

CAPÍTULO CUARTO

LA JUSTICIA INTERNACIONAL FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS: ESTUDIO DE CASOS PRÁCTICOS

I. PROLEGÓMENOS DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS

La justicia internacional sobre los derechos humanos (que podemos identificar como el aparato institucional de alcance supranacional que busca corregir y castigar las deficiencias domésticas en la protección, promoción y garantía de los derechos humanos, a fin de materializar una vida digna en el seno global, en cumplimiento de los acuerdos internacionales sobre la materia) ha cobrado relevancia actual, principalmente, por dos motivos.

En primer lugar, derivado del papel que las sentencias internacionales sobre derechos humanos tienen para la verdadera configuración de los Estados constitucionales de derecho, pues un Estado que no respete ni reconozca, maximice y atienda dichas determinaciones internacionales, que buscan lograr una protección efectiva de las personas, difícilmente podría considerarse como constitucional de derecho.

En segundo lugar, porque la jurisprudencia emitida por los tribunales internacionales constituye, en esencia, una extensión de las disposiciones contenidas en los tratados internacionales sobre o que contengan derechos humanos; por ello, es indispensable que se estudie, comprenda y aplique la misma jurisprudencia en el seno nacional.³¹³ Aún más, para una mejor armonización de los criterios jurisprudenciales nacionales e internacionales, se requiere un diálogo entre los jueces de los diversos órdenes jurídicos, que sólo se puede iniciar si se asume un derecho constitucional y jurisprudencial

³¹³ En esta línea de pensamiento, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituyen una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese acuerdo internacional. Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 293/2011..., *cit.*, p. 61.

de corte multinivel o, mejor, un nuevo derecho constitucional común de alcance global.³¹⁴

Sobre el valor de la jurisprudencia internacional, en México, por ejemplo, el máximo tribunal del país ha establecido que la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los jueces mexicanos, con independencia de que México sea parte en el caso judicial que la generó; ello, siempre y cuando sea más favorable a la persona.³¹⁵

Ahora bien, cabe indicar que a pesar de las grandes dificultades que tiene la justicia internacional para su efectiva realización en el ámbito nacional, ya que para ello se requiere que previamente los Estados reconozcan la jurisdicción de las cortes internacionales, así como que suscriban y ratifiquen los acuerdos internacionales que reconozcan derechos humanos, se sabe que, en general, las normas y decisiones internacionales tienen un alto índice de cumplimiento, a pesar de las limitaciones del esquema de coacción en el seno internacional.³¹⁶

A todo esto, se resalta que la relevancia del análisis de la justicia internacional sobre derechos humanos se materializa en el contexto global bajo un sistema universal operado por la Organización de las Naciones Unidas (en el cual, si bien no existe un tribunal con competencia exclusiva en derechos humanos, sí se cuenta como una Corte Internacional de Justicia que puede protegerlos indirectamente, y un aparato institucional con atribuciones no jurisdiccionales en la materia), así como con tres sistemas regionales de protección de derechos humanos, que se desenvuelven en el continente europeo, americano y africano; tales sistemas cuentan con sus propias insti-

³¹⁴ Sobre esto, Sergio García Ramírez ha señalado que el diálogo jurisprudencial influye de forma decisiva en la elaboración de un *ius commune*. Tal diálogo, que antes era escaso, hoy en día abunda, para lo cual existen buenos ejemplos de ello en la experiencia entre la Corte Interamericana y los tribunales nacionales; en concreto, la sentencia del 18 de septiembre de 2003 de dicho tribunal internacional en el caso *Bulacio vs. Argentina*. Cfr. García Ramírez, Sergio, “La navegación americana de los derechos humanos: hacia un *ius commune*”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *Ius commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, p. 78.

³¹⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 293/2011..., *cit.*, p. 61.

³¹⁶ Por ejemplo, se ha dicho que la mayoría de las normas jurídicas internacionales son cumplidas cotidianamente y permiten que el orden internacional se desarrolle sin contratiempos (*i. e.*: normas sobre finanzas, comercio, transporte, telecomunicaciones, principalmente), el problema se da con las violaciones a las normas que prohíben el uso de la fuerza. Cfr. Vallarta Marrón, José Luis, *Derecho internacional público*, México, Porrúa, 2006, pp. 23 y 24.

tuciones y tribunales especializados, además de representarse con acuerdos internacionales que les dan vida. Todo lo anterior, sin olvidar que en el ámbito asiático se cuenta con una estructura naciente en torno a la protección de los derechos humanos.

En suma, se puede afirmar que los cuatro sistemas de protección de derechos humanos (universal, europeo, americano y africano) se desenvuelven en lo que para fines de nuestra investigación hemos identificado como justicia internacional sobre derechos humanos.

Con todo, cabe notar que en el contexto asiático existen ciertos instrumentos e instituciones para la protección de derechos humanos; pero esos instrumentos son de naturaleza incipiente, por lo que no califican para hablar de un sistema de protección de derechos humanos asiático propiamente dicho; a pesar de ello, en esta investigación se presentarán algunos de los elementos más relevantes sobre la protección de los derechos humanos en esa región del mundo.

Pues bien, en adelante describiremos, con cierto detalle, cada uno de los sistemas de protección de derechos que operan en el mundo (universal, europeo, americano y africano) y el sistema incipiente asiático.

1. *Sistema universal de protección de derechos humanos*

Si bien existen diversos puntos de vista en torno al origen de los derechos humanos, de modo que algunos autores identifican la fuente del cuerpo de derechos básicos en los inicios del siglo XIII en Europa, se debe considerar que los derechos humanos representan una interpretación moderna y una expansión del concepto tradicional de Estado de derecho.³¹⁷

De esta forma, se observa que los derechos humanos han cobrado relevancia en el ámbito internacional a partir de la fundación de las Naciones Unidas, que, conforme a la carta de San Francisco, tiene como uno de sus propósitos el desarrollo, estímulo y respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos.³¹⁸

Para tal efecto, las Naciones Unidas cumplen esa encomienda mediante las siguientes instituciones y órganos: el Consejo de Derechos Humanos, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y con

³¹⁷ Smith, Rhona K. M, *Textbook on International Human Rights*, 4a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2010, p. 5.

³¹⁸ Artículo 1o., numeral 3, de la Carta de las Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, disponible en <http://www.un.org/es/charte-united-nations/index.html>, fecha de consulta: 26 de octubre de 2017.

los distintos comités de protección de derechos que se establecen en el marco de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Ello, con independencia de que la Corte Internacional de Justicia ha tenido un papel relevante en la protección de los derechos humanos como órgano judicial de las Naciones Unidas, a pesar de que la misma resuelve conflictos entre Estados; por ejemplo, se tiene el *caso Avena*, en el cual el gobierno mexicano demandó a los Estados Unidos en 2003 por violaciones a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, derivado de lo cual se buscaba la anulación de las condenas de pena de muerte de 52 mexicanos. El fallo de la Corte de 2004 determinó que al no informar a los mexicanos sus derechos y al no notificar a las autoridades consulares mexicanas los arrestos y condenas de los mismos, se habían incumplido las obligaciones establecidas en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares por parte de Estados Unidos, por lo que era procedente la revisión y reconsideración judicial de las sentencias de pena de muerte emitidas por los tribunales americanos.³¹⁹

Dicho caso demostró que la Corte Internacional de Justicia, al resolver un conflicto entre Estados, puede, paralelamente, intentar proteger derechos humanos, como fue la vida de varios mexicanos condenados a la pena de muerte; se dice intentar porque Estados Unidos ha incumplido la sentencia del *caso Avena*, ya que dos mexicanos fueron ejecutados en Texas en 2008 y 2011. Respecto al incumplimiento de la sentencia *Avena*, la Suprema Corte de Justicia estadounidense señaló que la misma deriva de un acuerdo internacional que no tiene la naturaleza de ser autoejecutable, por lo que no posee carácter obligatorio en el orden jurídico interno, al no haber emitido el Congreso una legislación de implementación de tales obligaciones internacionales en el ámbito nacional de dicho país.³²⁰

Sobre el Consejo de Derechos Humanos, se señala que es un órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas que sustituyó al Comité de Derechos Humanos creado en 1946, el mismo fue establecido por resolución de dicha asamblea en 2006.³²¹

³¹⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La Corte Internacional de Justicia y la protección de los derechos del individuo. El caso Avena*, México, 2015, pp. 8-10.

³²⁰ *Ibidem*, pp. 65, 68 y 69.

³²¹ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional de los derechos humanos y su recepción nacional*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, p. 63. Sobre el extinto Comité de Derechos Humanos de 1946, cabe resaltar que el mismo fue diseñado como un órgano bastante limitado, pues sólo realizaba estudios y recomendaciones; en un principio, sólo conocía de ciertas violaciones graves y sistemáticas y no podía analizar las denuncias

El Consejo está conformado por 47 Estados miembros elegidos de forma directa e individual en votación secreta por la mayoría de los miembros de la Asamblea General de las Naciones Unidas; su integración está sustentada en una distribución geográfica equitativa. El Consejo busca promover el respeto universal de los derechos humanos, para lo cual puede emitir recomendaciones sobre transgresiones a esos derechos; por otro lado, analiza la situación de los derechos humanos en todos los Estados miembros de las Naciones Unidas, a los cuales les aplica exámenes periódicos universales una vez cada cuatro años. En dicho proceso, el Estado señala cuáles son las acciones que ha emprendido a favor de los derechos humanos y cómo ha materializado sus obligaciones sobre la materia. Asimismo, el Consejo contempla un mecanismo de denuncias particulares de los individuos y organizaciones por posibles violaciones a los derechos humanos.³²²

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos es el principal funcionario de las Naciones Unidas que ostenta la responsabilidad en materia de derechos humanos. La figura fue creada por la Asamblea General de dicha organización internacional en el seno de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos llevada a cabo en Viena en 1993.³²³

Las funciones principales del Alto Comisionado son las siguientes: *a)* promover y proteger el disfrute efectivo de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; *b)* formular recomendaciones a los órganos competentes del sistema universal de derechos humanos sobre el mejoramiento de la protección de estos derechos, y *c)* prestar apoyo sustantivo a las reuniones del Consejo de Derechos Humanos y dar seguimiento a sus deliberaciones.³²⁴

Respecto de los distintos comités de protección de derechos humanos que se establecen en el marco de los instrumentos internacionales, cabe indicar que, a diferencia del Consejo de Derechos Humanos, los comités no fueron diseñados como entes intergubernamentales (compuestos por representantes de los gobiernos), sino más bien como órganos formados por expertos independientes, quienes deben ser personas con reconocida competencia en materia de derechos humanos, que no representan a los Estados de su nacionalidad. Tales expertos son nombrados entre los nacionales de

que presentaran los particulares, además de que su procedimiento era confidencial hasta su conclusión. *Cfr.* Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, pp. 59 y 60.

³²² Castañeda, Mireya, *op. cit.*, pp. 63 y 64.

³²³ *Ibidem*, pp. 64 y 65.

³²⁴ Castañeda, Mireya, *op. cit.*, p. 65.

los Estados parte de cada tratado, con base en parámetros de distribución geográfica.³²⁵

Actualmente existen diez órganos o comités creados en virtud de diversos tratados, los cuales se presentan a continuación.³²⁶

<i>Órganos creados por tratados internacionales</i>		
<i>Órgano</i>	<i>Tratado</i>	<i>Integración</i>
Comité de Derechos Humanos	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	18 expertos independientes
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	18 expertos independientes
Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial	18 expertos independientes
Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer	Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer	23 expertos independientes
Comité contra la Tortura	Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y su protocolo facultativo	10 expertos independientes
Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes	Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y su protocolo facultativo	25 expertos independientes
Comité de los Derechos del Niño	Convención sobre los Derechos del Niño	18 expertos independientes

³²⁵ Anaya Muñoz, Alejandro, *Los derechos humanos en y desde las relaciones internacionales*, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2014, p. 75.

³²⁶ Para el elaboración del presente cuadro que contiene los órganos creados por tratados internacionales, se utilizaron los cuadros e ideas de Mireya Castañeda y Alejandro Anaya. Véase Castañeda, Mireya, *Introducción al sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012, pp. 63 y 65, y Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 78.

<i>Órganos creados por tratados internacionales</i>		
Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares	Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares	10 expertos independientes
Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	18 expertos independientes
Comité de Desapariciones Forzadas	Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas	10 expertos independientes

Los comités realizan diversas funciones con el objetivo de promover la implementación de los acuerdos intencionales que les dieron vida. Una de sus principales labores es monitorear el cumplimiento de las disposiciones contenidas en los tratados respectivos.³²⁷

Entre las facultades esenciales que tienen los comités se identifican las siguientes: *a)* examen de informes periódicos, *b)* emisión de observaciones finales, *c)* atender las denuncias entre Estados, *d)* recibir comunicaciones de particulares, *e)* realizar investigaciones especiales, y *f)* emitir observaciones generales.³²⁸

Finalmente, se resalta que todos los comités de implementación de los tratados de derechos humanos no pueden obligar a los Estados a que cumplan sus recomendaciones; lo único que pueden hacer mediante su trabajo es monitorear y evaluar las situación de los derechos humanos y, en todo caso, plantear públicamente que determinado Estado no ha cumplido con sus obligaciones jurídicas en el contexto de algún tratado internacional.³²⁹

2. *Sistema europeo de derechos humanos*

El sistema europeo de derechos humanos surgió después de la Segunda Guerra Mundial en el Consejo de Europa, órgano creado en 1949, integra-

³²⁷ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 75.

³²⁸ Castañeda, Mireya, *Introducción al sistema de tratados...*, *cit.*, p. 65.

³²⁹ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 77.

do por 47 países miembros, que tiene como objetivo salvaguardar y buscar la mayor efectividad de los derechos humanos.³³⁰

Se aclara que la Unión Europea y el Consejo de Europa son estructuras internacionales independientes y diferentes entre sí; el Consejo es una organización intergubernamental regional, parecida a la Organización de los Estados Americanos; por su parte, la Unión Europea es una estructura de gobernanza supranacional. Así, se observa que el régimen europeo de derechos humanos no es parte del esquema institucional de la Unión Europea, que tiene sus propios órganos de promoción de derechos humanos.³³¹

Ahora bien, como fundamento normativo del sistema europeo, se tiene el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (adoptada el 4 de noviembre de 1950 por los miembros del Consejo de Europa), con el cual se dio el primer paso para la creación del sistema europeo de protección de derechos humanos. En tal instrumento internacional se estableció la puesta en marcha de un mecanismo complejo integrado en su inicio por dos instancias: una comisión no judicial y un tribunal, que tendrían como encomienda la tutela de los derechos humanos previstos en el citado Convenio, en el caso de que la misma encomienda no haya sido posible materializar en el ámbito nacional.³³²

A todo esto, en el contexto del derecho internacional, aun cuando en principio la ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no era obligatoria, a partir de 1993, todo Estado que quisiera formar parte del Consejo de Europa debía ratificar el Convenio, además de aceptar la competencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por lo cual, el sistema europeo de derechos humanos ha adquirido una vigencia regional absoluta, a diferencia de su homólogo interamericano.³³³

Pues bien, se resalta que el Convenio de 1950 se limitó a recoger los derechos con menores dificultades para su eficaz protección internacional, a saber: los derechos políticos y civiles. En concreto, el mecanismo de pro-

³³⁰ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., pp. 102 y 103.

³³¹ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 85.

³³² Acosta Alvarado, Paola Andrea, *Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2008, p. 21.

³³³ *Idem*. De esta forma, actualmente la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos y el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Europea de Derechos Humanos son obligatorias para todos los Estados miembros del Consejo de Europa. *Cfr.* Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 88.

tección aseguró su efectividad, al permitir que los Estados y las personas puedan denunciar las violaciones a los derechos reconocidos, acabando con el principio de protección diplomática.³³⁴

El Convenio Europeo está inspirado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; entre los derechos que reconoció inicialmente se tienen los siguientes: vida, libertad, seguridad, irretroactividad de las leyes, libertad de pensamiento, conciencia, religión, expresión, reunión y asociación, entre otros más. Cabe anotar que el Convenio ha sido completado por diversos protocolos adicionales, que pueden divertirse en tres grupos: *a)* los que incorporan derechos; *b)* los que modifican el sistema de protección, y *c)* los que abordan la competencia e interpretación.³³⁵

De dichos protocolos, destaca el Protocolo 9 de 1990, con el cual se estableció por primera vez que las personas, las organizaciones no gubernamentales y un grupo de individuos podían presentar un caso ante la Corte Europea de Derechos Humanos, aunque con ciertas restricciones, pues debía concluir su intervención la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos.³³⁶ Con mucho, hasta las reformas introducidas por el citado Protocolo 9, las personas, grupos u organismos de la sociedad civil no podían llevar el caso directamente ante la Corte.³³⁷

Por otro lado, con el Protocolo 11, que entró en vigor en 1998, se transformó la estructura del sistema europeo de derechos humanos mediante la eliminación de la Comisión Europea de Derechos Humanos;³³⁸ asimismo, se resalta que dicho Protocolo dejó sin efectos el diverso Protocolo 9, que sólo estuvo vigente de 1994 a 1998.

De esta forma, tras la entrada en vigor del Protocolo 11 en noviembre de 1998, el tribunal de Estrasburgo tiene una doble naturaleza; es único, al haberse eliminado a la Comisión Europea de Derechos Humanos, y además es permanente. De tal suerte, que la presentación de una demanda de

³³⁴ Hermida del Llano, Cristina, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona, Anthropos, 2005, p. 23.

³³⁵ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., pp. 104 y 105.

³³⁶ Artículos 3o. y 5o. del Protocol 9 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, disponible en <https://rm.coe.int/168007bd22>, página consultada: el 1 de noviembre de 2017.

³³⁷ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 86.

³³⁸ La Comisión Europea de Derechos Humanos suspendió sus funciones en noviembre de 1998. Hasta antes de esa fecha la Comisión examinaba la admisibilidad dentro del marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de todo procedimiento de una persona o de un Estado interpuesto contra otro Estado miembro de la Convención. Cfr: Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., p. 106.

alguna persona conlleva su estudio por parte de los jueces de la Corte Europea de Derechos Humanos.³³⁹

En concreto, con las reformas del Protocolo 11 se logró la desaparición de la Comisión Europea de Derechos Humanos, el fortalecimiento de la Corte Europea de Derechos Humanos y la eliminación de la facultad del Comité de Ministros del Consejo de Europa, para determinar si se habían afectado los derechos humanos en un asunto en particular.³⁴⁰

Con todo, los protocolos más recientes que modifican la Convención Europea de Derechos Humanos son el 15 y 16. El Protocolo 15, de 2013, introduce una referencia al principio de subsidiariedad y a la doctrina del margen de apreciación; asimismo, reduce de seis a cuatro meses el tiempo límite para someter una petición a la Corte, después de emitida la decisión final en el ámbito nacional. Dicho Protocolo entrará en vigor tan pronto como todos los Estados parte de la Convención lo hayan firmado y ratificado.³⁴¹

Sin entrar a detalle, se destaca que el margen de apreciación aludido puede entenderse como un parámetro de interpretación y aplicación de los derechos humanos que se atribuye a un Estado por un tribunal regional. Su existencia se sustenta en la ausencia de un consenso sobre un tema, entre los diferentes Estados parte de un tratado, lo que genera que los tribunales regionales se vean imposibilitados para la construcción de una regla de interpretación unificada.³⁴²

Por su parte, el Protocolo 16 de 2013 va a permitir que las más altas cortes y tribunales de un Estado parte de la Convención puedan solicitar a la Corte Europea de Derechos Humanos una opinión consultiva sobre cuestiones relacionadas con el principio de interpretación y aplicación de

³³⁹ Hermida del Llano, Cristina, *op. cit.*, p. 24.

³⁴⁰ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 86. Debe recordarse que antes del Protocolo 11, cuando no era remitido a la Corte Europea un caso examinado por la Comisión Europea, el Comité de Ministros tenía el poder de determinar, con base en un informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos, si en efecto se habían violado los derechos humanos de alguna persona y fijaba las acciones que el Estado responsable debía asumir. Véase Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 86.

³⁴¹ Protocols to the Convention, disponible en http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n13739061715477258442752_pointer, fecha de consulta: 2 de noviembre de 2017.

³⁴² Barbosa Delgado, Francisco R., “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”, *Derecho del Estado*, núm. 26, enero-junio de 2011, pp. 109 y 110, disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n26/n26a05.pdf>, fecha de consulta: 2 de noviembre de 2017.

los derechos y libertades definidos en la Convención Europea de Derechos Humanos y sus protocolos.³⁴³

Además del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus protocolos, otro de los instrumentos base del sistema europeo es la Carta Social Europea de 1961, que complementó los derechos económicos y laborales.³⁴⁴ Ésta tiene tres protocolos de 1988, 1991 y 1995, así como una versión revisada en 1996, que entró en vigor en 1999.³⁴⁵

La Carta Social Europea revisada tuvo como propósito darle un impulso diferente a la Carta original y ampliar los derechos humanos; la misma reconoció los siguientes derechos sociales: trabajo, seguridad social, formación profesional; asimismo, el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social, así como el derecho a la vivienda.³⁴⁶ Con mucho, se resalta que la Carta Social Europea no es materia de ejecución judicial.³⁴⁷

Por otro lado, sobre los órganos del sistema europeo, se tiene que a partir de 1998 sólo se cuenta con la Corte Europea de Derechos Humanos, que tiene su sede en Estrasburgo, Francia. Fue creada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. La composición de la Corte es de un número igual a los Estados parte del citado Convenio; esto es, 47 jueces (igual número que los Estados miembros del Consejo de Europa), quienes son elegidos por nueve años sin posibilidad de reelección.³⁴⁸

La elección de los jueces está a cargo de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, la que los elige por mayoría absoluta de votos, de una lista de tres candidatos presentada por cada Estado.³⁴⁹ Aunque los jueces son electos en relación con un Estado, ellos analizan los casos como individuos, por lo que no representan a su Estado; ellos son totalmente independientes, y no pueden intervenir en alguna actividad que sea incompatible con su responsabilidad de independencia e imparcialidad.³⁵⁰

³⁴³ Protocols to the Convention, disponible en http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n13739061715477258442752_pointer, fecha de consulta: 2 de noviembre de 2017.

³⁴⁴ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., p. 104.

³⁴⁵ European Social Charter (revised), disponible en <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/163>, fecha de consulta: 1 de noviembre de 2017.

³⁴⁶ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., pp. 107 y 108.

³⁴⁷ Donnelly, Jack, *Derechos humanos internacionales*, trad. de Natalia Barraza Carbajal, México, Trillas, 2015, p. 123.

³⁴⁸ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., pp. 110 y 111.

³⁴⁹ Acosta Alvarado, Paola Andrea, *Tribunal Europeo y Corte Interamericana...*, cit., p. 31.

³⁵⁰ Composición de la Corte Europea de Derechos Humanos, disponible en http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/judges&c=#n1368718271710_pointer, fecha de consulta: 1 de noviembre de 2017.

Las atribuciones jurisdiccionales que tiene la Corte Europea de Derechos Humanos son consultivas, preventivas y contenciosas, además de realizar funciones normativas (aprueba su reglamento) y administrativas (designa a su secretario). La función consultiva se extiende a todos los asuntos referentes a la interpretación y aplicación del Convenio y sus protocolos; la función preventiva implica la posibilidad de la Corte de solicitar a un Estado la adopción de medidas provisionales, mientras analiza algún caso judicial; por otro lado, la función contenciosa se refiere al poder para conocer de las demandas presentadas por cualquier persona u organización no gubernamental o por cualquier Estado por violaciones de otro Estado parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos.³⁵¹

A todo esto, la Corte Europea de Derechos Humanos ha emitido más de 10,000 sentencias; algunas de las decisiones más relevantes han permitido cambios significativos en la legislación nacional; sin embargo, la Corte se ha convertido en víctima de su propio éxito, ya que cuenta con una enorme acumulación de peticiones sin procesar y grandes demoras en la conclusión de los casos.³⁵²

Ahora bien, una de las cuestiones más innovadoras de la Corte ha sido la implementación del principio de interpretación evolutiva, que indica que las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos no deben interpretarse de acuerdo con las interpretaciones formuladas en el momento de su creación (que es la regla en el derecho internacional), sino a la luz de las prácticas actuales. De esta forma, se aprecia que la Corte ha operado como un mecanismo para la evolución progresiva de los derechos humanos.³⁵³

Adicionalmente, se tiene al Comité de Ministros del Consejo de Europa (integrado por los ministros de relaciones exteriores de los Estados miembros del Consejo), que es el órgano encargado de monitorear el cumplimiento de las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, así como de establecer medidas para detener o reparar el daño por parte de los Estados. Ahora bien, aunque el Comité no puede obligar al cumplimiento de las sentencias, la presión “entre pares” juega un papel relevante para que los Estados que violan las normas del sistema cumplan con las sentencias.³⁵⁴ Pese a ello, se sabe que dado el contexto de la extensa e intensa cooperación

³⁵¹ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., pp. 111 y 112.

³⁵² Donnelly, Jack, *op. cit.*, p. 124.

³⁵³ *Idem.*

³⁵⁴ Sepúlveda, Magdalena *et al.* (eds.), *Human Rights Reference Handbook*, San José, University of Peace, 2004, pp. 127 y 135, cit. por Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 87.

regional en Europa, la mayoría de los Estados cumplen con las decisiones generadas en el ámbito del sistema europeo.³⁵⁵

3. *Sistema interamericano de derechos humanos*

Para comenzar, cabe presentar el origen y desarrollo de los instrumentos del sistema interamericano; así, se tiene que los Estados americanos se hallaban agrupados desde 1890 en la Unión Panamericana, y a la luz de dicha Unión se llevaron a cabo algunas acciones relacionadas con la protección de los derechos humanos; por ejemplo, el establecimiento del asilo político; aunque tales acciones no adquirieron un carácter sistemático ni tampoco se logró la creación de un órgano de protección de derechos humanos.³⁵⁶

Pese a ello, con la creación de la Organización de Estados Americanos (OEA) y la suscripción de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en 1948 se generaron los primeros cimientos de lo que ahora conocemos como el sistema interamericano de protección de derechos humanos.³⁵⁷

En concreto, la OEA fue establecida en la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos, celebrada en Bogotá, Colombia, en 1948. La Carta de la OEA, suscrita el mismo año, entró en vigor en 1951; la misma define los propósitos de la organización, a saber: la preservación de la paz y la seguridad de la región, la defensa colectiva y la promoción de la democracia representativa; a diferencia de la Carta de la ONU, la Carta de la OEA no establece un rubro sobre la promoción de los derechos humanos, aunque sí señala que todo ser humano tiene derechos fundamentales. Todavía más, en la misma Novena Conferencia Internacional se adoptó, el 2 de mayo de 1948, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, por lo que la misma es anterior a la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.³⁵⁸

En los once años posteriores a la creación de la OEA no hubo un seguimiento para establecer mecanismos institucionales de protección de los derechos humanos en la región. Sólo se tuvieron algunas acciones, como

³⁵⁵ Donnelly, Jack, *op. cit.*, p. 125.

³⁵⁶ González Morales, Felipe, *Sistema interamericano de derechos humanos. Transformaciones y desafíos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 29.

³⁵⁷ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 73.

³⁵⁸ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 79.

la encomienda al Comité Jurídico Interamericano para la elaboración de un proyecto de estatuto a fin de generar las bases para una futura corte interamericana. Sin embargo, el Comité estimó prematuro el preparar tal estatuto, ya que no se contaba con un tratado sobre derechos humanos. Con todo, en los años cincuenta se aprobaron dos pactos sobre derechos de las mujeres, a saber: la Convención Interamericana sobre la Nacionalidad de la Mujer y la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos de la Mujer; pero al carecer de una estructura de protección efectiva era evidente que en aquella época no existía un verdadero sistema interamericano de protección de los derechos humanos.³⁵⁹

En ese tiempo fue incorporada a la OEA la Comisión Interamericana de Mujeres, pero esta Comisión no era un órgano de protección de derechos humanos, sino más bien una entidad dedicada al análisis de dicha temática. Por ello, sería sólo con la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1959, cuando se puso en marcha un verdadero sistema de protección de derechos humanos en la región americana.³⁶⁰

Así, durante la Quinta Reunión de Consulta de los Ministros de Asuntos Exteriores (que es un órgano principal de la OEA) en 1959, se creó, mediante resolución, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entidad de naturaleza política encargada de la promoción de los derechos humanos, cuyas tareas de supervisión empezaron en 1960.³⁶¹

En la primera etapa de su existencia, las tareas de la Comisión se centraban en realizar estudios e informes generales (no de países), así como en hacer recomendaciones generales a los Estados miembros de la OEA. En 1965 se modificó por primera vez el Estatuto de la Comisión, a fin de establecer la facultad de examinar comunicaciones o peticiones individuales, aunque sólo en relación con algunos de los derechos humanos reconocidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (*i. e.*: a la vida, igualdad ante la ley, libertad de credo, libertad de expresión, acceso a la justicia, entre otros más).³⁶²

Como se puede observar, el sustento jurídico de la Comisión Interamericana era débil, ya que no se basaba en la Carta de la OEA ni en otro tratado internacional; por ello, en 1967 fue reformada la Carta mediante el protocolo de Buenos Aires, con objeto de incluir a la Comisión Interamericana como órgano de la OEA; asimismo, se le dio la facultad de supervi-

³⁵⁹ González Morales, Felipe, *op. cit.*, p. 30.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 31.

³⁶¹ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 74.

³⁶² Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 80.

sar el respeto de todos los derechos humanos contenidos en la Declaración Americana.³⁶³

Más adelante, regresaremos sobre la integración y funciones actuales de la Comisión; ahora cabe continuar con el desarrollo de los instrumentos del sistema interamericano; así, se tiene que las intenciones originales de la OEA de adoptar un acuerdo general sobre derechos humanos se materializaron en 1969 con la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que fue suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos (que entró en vigor en 1978).³⁶⁴

En términos generales, el Pacto de San José se refiere de forma casi exclusiva a los derechos humanos civiles y políticos; de hecho, sus disposiciones son más protectoras que el mismo Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado en 1966 y, en algunos casos, que el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. Sin embargo, la referencia a los derechos económicos, sociales y culturales en la propia Convención Americana son mínimas, ya que sólo se contienen en los artículos 26 y 42, sin que se puedan iniciar casos concretos en defensa de tales derechos; así, únicamente se contempló el mecanismo de envío por parte de los Estados a la Comisión Interamericana de copias de los informes que en materia económica, social y cultural se presenten ante los órganos de la OEA.³⁶⁵

Por esta razón, es evidente que la Convención Americana apareció notoriamente desfasada respecto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Organización de las Naciones Unidas en 1966; aunque cabe resaltar que el instrumento general que sí reconocía los derechos económicos, sociales y culturales fue la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948,³⁶⁶ que en su capítulo primero proclamó los derechos humanos, y en el segundo capítulo, los deberes, para lo cual establece dos categorías de derechos humanos: los civiles y políticos, así como los económicos, sociales y culturales.³⁶⁷

³⁶³ *Idem.*

³⁶⁴ González Morales, Felipe, *op. cit.*, p. 37.

³⁶⁵ *Ibidem*, pp. 38 y 39.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 39.

³⁶⁷ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 136. A todo esto, conviene identificar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva 10/89, señaló que aunque la Declaración Americana no haya nacido como un tratado internacional, ello no implica que no tenga efectos jurídicos y que no pueda ser interpretada en el marco de la Carta de la OEA y del Pacto de San José, Véase Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 136.

En lo referente a los mecanismos de protección de los derechos humanos, el Pacto de San José fue sumamente relevante para el desarrollo del sistema interamericano por dos razones: en primer lugar, porque fortaleció a la Comisión Interamericana al dotarla de una función de sometimiento de casos a un órgano judicial; en segundo lugar, porque estableció una Corte Interamericana en donde hasta ese momento no existía ningún tribunal internacional de derechos humanos con jurisdicción en los países del continente americano, pues las Naciones Unidas no habían establecido un tribunal internacional dedicado a la protección exclusiva de esos derechos.³⁶⁸

Para seguir avanzado con el desarrollo de los instrumentos del sistema interamericano, se resalta que el problema de la ausencia del reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales en el Pacto de San José se resolvió con la adopción del primer Protocolo adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales, suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, conocido como Protocolo de San Salvador, que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999.³⁶⁹

El Protocolo de San Salvador, a diferencia del Pacto de San José, sí contiene un listado de los derechos económicos, sociales y culturales muy similar al contenido del Pacto Internacional de las Naciones Unidas que contempla tales derechos; así, por ejemplo, el Protocolo reconoce el derecho a vivir en un medio ambiente sano.³⁷⁰

En concreto, el Protocolo de San Salvador contempla el derecho al trabajo, los derechos sindicales, a la seguridad social, a la salud, al medio ambiente, a la alimentación, a la educación, a los beneficios de la cultura, los derechos de los niños y los ancianos y el derecho a la protección de los minusválidos.³⁷¹

Respecto de los medios de protección de los derechos consagrados, el Protocolo es muy limitado, ya que establece un mecanismo de informes

³⁶⁸ González Morales, Felipe, *op. cit.*, pp. 40 y 41. De hecho, en la actualidad se carece de una corte de derechos humanos con carácter general en el seno de las Naciones Unidas, pues la Corte Penal Internacional sólo se refiere a algunas violaciones graves de los derechos humanos (crímenes internacionales); por su parte, como se ha señalado, la Corte Internacional de Justicia, entre sus diversas competencias, puede conocer de situaciones que afecten a los derechos humanos, pero no tiene una competencia general en la materia; menos aún, los comités de los pactos internacionales creados en el contexto de las Naciones Unidas, pueden enviarle casos de violaciones a derechos humanos, como sí lo hace la Comisión Interamericana a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cfr. González Morales, Felipe, *op. cit.*, p. 41.

³⁶⁹ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., p. 139.

³⁷⁰ González Morales, Felipe, *op. cit.*, p. 54.

³⁷¹ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., p. 140.

específicos periódicos sobre las medidas progresivas que hayan establecido los Estados para asegurar la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el Protocolo. Con todo, cabe mencionar que conforme a otros instrumentos del sistema de la OEA, los Estados ya se encuentran obligados a presentar informes en materia económica y social.³⁷²

Ahora bien, los informes periódicos que consagra el Protocolo de San Salvador no son presentados directamente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sino al secretario general de la OEA, que los remite para su revisión al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para Educación, la Ciencia y la Cultura, además de enviarle copia de los mismos a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; de esta forma, el Protocolo señala que los consejeros de tales entidades podrán, en sus informes anuales, formular las observaciones que estimen convenientes a los Estados.³⁷³

Otro tema a destacar del citado Protocolo se relaciona con la posibilidad de recurrir a las peticiones individuales que contempla el Pacto de San José en caso de violación a los derechos, a formar sindicatos o a la educación; asimismo, se establece que la Comisión Interamericana puede formar observaciones y recomendaciones sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales en todos los Estados parte del Protocolo.³⁷⁴

Así, se puede asumir que a la luz del Protocolo de San Salvador sólo es posible presentar denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de violaciones al derecho de sindicación y al derecho a la educación; aunque, en rigor, el derecho de sindicación ha sido entendido históricamente por la Corte Interamericana como parte del derecho de asociación, que fue reconocido en el Pacto de San José, por lo que el único avance real sobre la posibilidad de presentar denuncias individuales se dio respecto al derecho a la educación.³⁷⁵

Con base en todo lo señalado, se puede asumir que los principales instrumentos del sistema interamericano de protección de derechos son la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y el Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988.

No obstante lo anterior, se aclara que existen muchos instrumentos internacionales que se consideran también parte del sistema, que para los fines de nuestra investigación no es necesario estudiar; entre ellos, se tiene la

³⁷² González Morales, Felipe, *op. cit.*, p. 54.

³⁷³ *Idem.*

³⁷⁴ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 140.

³⁷⁵ González Morales, Felipe, *op. cit.*, p. 55.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte de 1990, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) de 1994, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994 y la Convención Interamericana para Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de 1999.³⁷⁶

Sobre los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, se tiene que el mismo, inspirado en el sistema europeo, está conformado por dos órganos, a saber: una Comisión Interamericana de Derechos Humanos y una Corte Interamericana de Derechos Humanos.³⁷⁷

A. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

La Comisión es un órgano político del sistema interamericano que se integra por siete miembros elegidos por la Asamblea General de la OEA, mediante ternas presentadas por los Estados miembros para un periodo de cuatro años, con posibilidad de reelección por una sola vez. Su principal función es la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, así como servir de órgano de consulta de la OEA en dicha materia, para lo cual utiliza tres herramientas: a) informes: temáticos o por países; b) medidas de protección, y c) trámite de quejas individuales.³⁷⁸

En concreto, podemos identificar que los principales procedimientos de monitoreo, escrutinio y protección de los derechos humanos que utiliza la Comisión son la elaboración de informes especiales sobre el estatus de derechos humanos en ciertos países o sobre temas específicos en la región, así como la recepción de peticiones individuales.³⁷⁹

Para el caso de los informes especiales, la Comisión se basa en la información proveniente de distintas fuentes, como de las organizaciones de la sociedad civil o de los órganos de las Naciones Unidas; un esquema relevante en este sentido es el de las visitas *in loco*. Tales visitas son misiones a un Estado realizadas por la Comisión, en las que recaba información de primera mano y analiza directamente la situación de derechos humanos en

³⁷⁶ Para un análisis detallado de cada uno de dichos instrumentos interamericanos, véase Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., pp. 141-145.

³⁷⁷ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., p. 145.

³⁷⁸ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 78.

³⁷⁹ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 81.

el país visitado, al juntarse con los servidores públicos del Estado, las organizaciones de la sociedad civil y las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Con mucho, cabe indicar que para que se pueda llevar a cabo una visita *in loco*, la Comisión debe contar con una invitación o anuncio previa del gobierno en cuestión.³⁸⁰

El resultado de este tipo de proceso de investigación y estudio es un informe de país, en el cual la Comisión señala sus principales preocupaciones y formula una serie de recomendaciones al Estado visitado. Se destaca que la selección de los países o las temáticas sobre las cuales se efectúa una investigación y se publica un informe especial dependen directamente de los comisionados.³⁸¹

En cuanto a los informes temáticos, la Comisión elabora y publica los mismos informes sobre asuntos específicos, como son las medidas que deben adoptarse para garantizar un mayor acceso a la justicia o la situación de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.³⁸² Los informes temáticos más recientes publicados por la Comisión son los siguientes: *a)* estándares para un internet libre, abierto e incluyente; *b)* las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas, y *c)* medidas dirigidas a reducir el uso de la presión preventiva en las Américas.³⁸³

Por lo que se refiere a la recepción de peticiones individuales por parte de la Comisión, se señala que cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental puede dirigir peticiones a la Comisión que contengan denuncias por violaciones al Pacto de San José o de otros instrumentos del sistema interamericano por un Estado miembro de la OEA y parte del Pacto de San José. En el mismo sentido, los Estados parte pueden enviar a la Comisión, comunicaciones sobre violaciones a la Convención Americana efectuadas por otro Estado parte. La Comisión también puede, por iniciativa propia, comenzar la tramitación de una petición que contenga los requisitos para tal fin.³⁸⁴ Asimismo, la Comisión está facultada para recibir peticiones que contengan una denuncia por violaciones a la Declaración

³⁸⁰ *Idem*. Sobre esto, se resalta que la Comisión puede en casos graves o urgentes, realizar una visita *in loco* con el previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue que se cometió la transgresión. Cfr. Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., p. 148.

³⁸¹ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 81.

³⁸² Véase Mandato y funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/funciones.asp>, fecha de consulta: 5 de noviembre de 2017.

³⁸³ Para un estudio detallado de dichos informes temáticos véase <http://www.oas.org/es/cidh/informes/tematicos.asp>.

³⁸⁴ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., p. 149.

Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de Estados miembros de la OEA que no sean parte del Pacto de San José.³⁸⁵

Sobre el trámite general de las peticiones, la Comisión debe determinar, en primer lugar, si aquellas son admisibles; si el asunto es admitido, la Comisión estudia el fondo o los méritos del caso, después de considerar los argumentos y evidencias de las partes; si no se logra una solución amistosa, la Comisión elabora un informe provisional en el cual esboza sus conclusiones. Si determina que sí hubo afectaciones a los derechos humanos, en el respectivo informe presenta sus recomendaciones al Estado involucrado. En el supuesto de que el Estado no acepte o no implemente las recomendaciones, la Comisión lo hace público y lo incluye en su informe anual. Finalmente, si el Estado ha reconocido la competencia de la Corte Interamericana, puede remitirse el asunto a la misma.³⁸⁶

Respecto al esquema general de peticiones, cabe resaltar el problema y la tensión que actualmente vive la Comisión, pues al año recibe alrededor de dos mil peticiones, por lo que sus procedimientos no se encuentran preparados para atender tal número de causas. Esto ha propiciado un atraso procesal en el trámite de las mismas (de alrededor de cinco años), lo que comporta que las peticiones estarán esperando ese número de años para ser estudiadas por primera vez; ello, sin considerar el tiempo para el estudio de la petición una vez que se acepte su tramitación.³⁸⁷ Lo anterior es un grave problema para la eficacia del sistema interamericano, que debe ser atendido de inmediato, a fin de lograr la efectiva protección de los derechos humanos en la región, pues es inconcebible que una petición presentada, por ejemplo, en 2017, no pueda ser atendida hasta 2022.

Además de los informes especiales y las peticiones individuales, la Comisión puede solicitar a un Estado que adopte medidas cautelares, que pueden guardar o no conexión con una petición o caso en situaciones de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos del sistema

³⁸⁵ Artículo 51 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/reglamento-comision-interamericana-derechos-humanos.pdf>, fecha de consulta: 5 de noviembre de 2017.

³⁸⁶ Sepúlveda, Magdalena *et al.* (eds.), *Human Rights Reference Handbook*, Costa Rica, University of Peace, 2004, p. 149 cit. por Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, pp. 81 y 82.

³⁸⁷ Paul Díaz, Álvaro, “La revisión inicial de peticiones por la Comisión Interamericana y la subsidiariedad del sistema de derechos humanos”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, núm. 43, 2º semestre de 2014, p. 618, disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/rdpuvcv/n43/a17.pdf>, fecha de consulta: 5 de noviembre de 2017.

interamericano.³⁸⁸ Asimismo, puede solicitar a la Corte Interamericana que emita medidas provisionales en situaciones de extrema gravedad y urgencia, a fin de evitar daños irreparables a las personas, para lo cual se deben considerar las siguientes hipótesis: *a)* que el Estado no haya implementado las medidas cautelares otorgadas por la Comisión, *b)* que las medidas cautelares no hayan sido eficaces y *c)* que exista una medida cautelar conectada a un caso ante la Corte.³⁸⁹

Sobre esto, cabe resaltar que el Pacto de San José señala que la propia Corte Interamericana, en los casos que esté conociendo, puede adoptar las medidas provisionales que considere oportunas; pero si se trata de un caso que aún no ha sido sometido a su conocimiento, puede actuar a solicitud de la Comisión Interamericana.³⁹⁰

Para finalizar el tema de la Comisión Interamericana, se precisa que la misma puede designar dentro de su equipo, o de manera externa, relatores especiales para que asuman asuntos concretos, así, se tiene a la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes, Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de la Libertad, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, entre muchas otras más.³⁹¹

B. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte es una institución jurídica autónoma de la OEA cuya función esencial es la aplicación e interpretación del Pacto de San José y demás instrumentos del sistema interamericano.³⁹² Fue creada mediante la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y llevó a cabo su primera sesión en 1979; se conforma por siete jueces, que operan a título personal; esto es, no representan a sus Estados, y son elegidos por los Estados parte

³⁸⁸ Artículo 25 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/reglamento-comisión-interamericana-derechos-humanos.pdf>, fecha de consulta: 5 de noviembre de 2017.

³⁸⁹ Artículo 76 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/reglamento-comisión-interamericana-derechos-humanos.pdf>, fecha de consulta: 5 de noviembre de 2017.

³⁹⁰ Artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm, fecha de consulta: 5 de noviembre de 2017.

³⁹¹ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, pp. 78 y 79.

³⁹² Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 152.

de la Convención en la Asamblea General de la OEA. La jurisdicción de la Corte es opcional para los Estados que han ratificado dicha Convención.³⁹³

En torno a la creación de la Corte, se señala que ésta goza de legitimidad democrática, ya que tal órgano judicial fue concebido por los Estados miembros de la OEA que elaboraron y aprobaron el Pacto de San José en 1969, por lo que tal consenso fue el elemento integrador del principio democrático, que se vivió al momento de suscribir la Convención Americana, la cual permitió el surgimiento de la Corte Interamericana.³⁹⁴

Las principales tareas o funciones de la Corte son de naturaleza consultiva, preventiva, contenciosa y de supervisión; además, cuenta con tareas normativas, ya que expide su propio reglamento, así como con funciones administrativas, pues designa a su personal y administra su presupuesto.³⁹⁵

Sobre la función consultiva, se observa que en el sistema interamericano se aparta ampliamente del típico mecanismo consultivo del derecho internacional, ya que todos los Estados miembros de la OEA, así como sus órganos, pueden elevar consultas a la Corte; por otro lado, las consultas pueden referirse a la interpretación o alcance de cualquier disposición del sistema interamericano y de toda disposición del derecho internacional de los derechos humanos, de las cuales los Estados sean partes de los tratados que las contengan; todavía más, los Estados están facultados para presentar consultas a la Corte sobre la compatibilidad de sus normas internas con las obligaciones del sistema interamericano.³⁹⁶

Ahora bien, sobre las opiniones consultivas, la Corte ha precisado que el objetivo de estas opiniones es ayudar a los Estados y a los órganos a cumplir y aplicar los acuerdos en materia de derechos humanos sin necesidad de recurrir al formalismo y al esquema de sanciones que comporta el proceso contencioso.³⁹⁷

El trámite para las opiniones consultivas inicia con la presentación de la solicitud de consulta ante la Secretaría Ejecutiva de la Corte. La consulta debe ser clara y concisa. Una vez recibida la misma, la Corte convoca a todos los Estados miembros de la OEA, así como a las organizaciones civiles, a formular su postura en torno a la consulta; si lo estima necesario, la Corte puede citar a audiencias públicas para analizar el tema. Una vez

³⁹³ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p.82.

³⁹⁴ Hernández Castaño, Diana Patricia, *Legitimidad democrática de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el control de convencionalidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2014, pp. 55 y 56.

³⁹⁵ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., p. 154.

³⁹⁶ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 93.

³⁹⁷ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., p. 155.

que concluye tales fases, el órgano judicial emite su opinión, que debe ser ampliamente justificada.³⁹⁸

Respecto a la función preventiva, la Corte puede decretar medidas provisionales en casos de extrema gravedad y urgencia a fin de evitar daños irreparables a las personas, en todos los asuntos contenciosos sometidos a su jurisdicción. Como se indicó, cuando se trate de casos no sometidos a su conocimiento, la Comisión Interamericana podrá solicitarle a la Corte la adopción de tales medidas provisionales.³⁹⁹

A diferencia de lo que acontece en el sistema europeo, en el sistema interamericano las medidas de protección son realmente herramientas tutelares, más que simples mecanismos procesales para proteger un proceso judicial.⁴⁰⁰

En otro orden de ideas, se señala que el aspecto más complejo de las medidas provisionales es su levantamiento, ya que la adopción de las medidas se torna relativamente ágil, su mantenimiento opera en tanto no se demuestre que se han eliminado los requisitos para su adopción: extrema gravedad, urgencia y evitar daños irreparables; pero para levantar la medida se necesitan cubrir otros elementos. En particular, si uno de los tres requisitos señalados deja de tener vigencia, corresponde a la Corte verificar la pertinencia de continuar con la medida provisional; ello dependerá del caso en concreto, pues hay asuntos en los que el levantamiento de la medida es sencillo; por ejemplo, cuando alguien es puesto en libertad por así señalarse en la propia medida provisional (*caso Cesti Hurtado* de 2000).⁴⁰¹

Sobre la función contenciosa, se tiene que el derecho de petición individual es la piedra angular del sistema interamericano, ya que el mismo se concibió bajo el esquema europeo; como se ha señalado, se compone de dos instancias: una cuasijudicial y de agotamiento obligatorio ante la Comisión Interamericana, y otra, de naturaleza judicial, ante la Corte Interamericana.⁴⁰²

Así, la función contenciosa de la Corte implica determinar si un Estado ha violado alguno de los derechos humanos consagrados en el Pacto de San José; ello, siempre y cuando el Estado haya reconocido la jurisdicción de la

³⁹⁸ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, pp. 93 y 94.

³⁹⁹ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 157.

⁴⁰⁰ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 94.

⁴⁰¹ Corzo Sosa, Edgar, *Medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 47, 56 y 57.

⁴⁰² Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 79.

Corte. Por ejemplo, México reconoció la competencia contenciosa de ese órgano judicial en 1998.⁴⁰³

Sólo los Estados parte de la Convención Americana y de la Comisión Interamericana pueden enviar un caso a la Corte; esto es, las personas o grupos de personas no pueden acudir directamente a la misma.⁴⁰⁴ Sin embargo, los representantes de las presuntas víctimas pueden presentar de forma independiente solicitudes, argumentos y pruebas, así como participar en las diversas etapas del proceso; de hecho, las excepciones preliminares hechas valer por el Estado demandado pueden ser observadas por los representantes de las presuntas víctimas.⁴⁰⁵ Como dato relevante, se precisa que la Comisión habitualmente envía el caso a la Corte Interamericana cuando así lo requiere o solicita el peticionario.⁴⁰⁶

Por lo que hace al procedimiento, cuando se remite un caso a la Corte, el tribunal lleva a cabo un examen de admisibilidad; si la Corte asume un caso como admisible, procede a evaluar los méritos o la sustancia del asunto, de esta manera, emite una sentencia en la que determina si el Estado denunciado es responsable de vulnerar los derechos humanos; asimismo, establece diversas medidas para reparar el daño y evitar que vuelva a acontecer un caso similar en el futuro.⁴⁰⁷ La sentencia de la Corte es definitiva e inapelable, por lo que se asume como el principal órgano con mayor poder para hacer efectivo el Pacto de San José.⁴⁰⁸

Ahora bien, sobre las reparaciones que puede decretar la Corte en sus sentencias, se resalta que ella ha construido mediante jurisprudencia, desde hace más de veinte años, la idea de una reparación integral, que ha sido reconocida y adoptada por la Organización de las Naciones Unidas y por

⁴⁰³ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., pp. 157 y 158.

⁴⁰⁴ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 82.

⁴⁰⁵ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., p. 158.

⁴⁰⁶ Donnelly, Jack, *op. cit.*, p. 126. Ello cobra importancia si se considera que la Comisión Interamericana recibe cada año más de mil peticiones individuales. *Cfr.* Donnelly, Jack, *op. cit.*, p. 126.

⁴⁰⁷ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 82. Cabe hacer notar que en el procedimiento ante la Corte se admite la presentación de un *amicus curiae*; es decir, una persona o institución ajena al asunto y al proceso que expone a la Corte argumentos sobre los hechos del caso o formula consideraciones jurídicas sobre el proceso, mediante un documento o a través de alegatos en las audiencias. *Cfr.* Bolaños Linares, Rigel, *Tutela eficaz de los derechos humanos e inconvencionalidad de la jurisprudencia. Con un enfoque de derecho laboral burocrático*, México, Porrúa, 2015, p. 68.

⁴⁰⁸ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., p. 159. En este sentido, se enfatiza que a diferencia de las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana, las sentencias de la Corte son vinculantes; esto es, de cumplimiento obligatorio de los Estados. *Cfr.* Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 82.

la Corte Penal Internacional como un estándar en materia de construcción del derecho humano a ser reparado integralmente.⁴⁰⁹

Entre las medidas que utiliza la Corte para lograr una reparación integral de las víctimas, se tienen las siguientes: *a)* medidas de restitución: anulación de actos o procesos judiciales, restitución de derechos laborales, eliminación de antecedentes penales, devolución de tierras tradicionales y ancestrales; *b)* medidas de rehabilitación: asistencia médica, psicológica y psiquiátrica y rehabilitación en relación con el proyecto de vida; *c)* medidas de satisfacción y garantías de no repetición: publicación y difusión de la sentencia, realización de actos públicos de reconocimiento de responsabilidad, medidas educativas y de capacitación para víctimas, designación de días dedicados a la memoria de las víctimas, creación de monumentos, bustos o placas y establecimiento de cátedras, cursos o becas con el nombre de las víctimas; *d)* reforma y adecuación de normas: reforma constitucional para prohibir o restringir la censura previa, tipificación de delitos, normas sobre independencia judicial y reformas legislativas para garantizar la investigación efectiva de desapariciones forzadas, y *e)* reparaciones pecuniarias: daños indemnizables, daños materiales e inmateriales, costas y gastos.⁴¹⁰

En torno a la función de supervisión de la Corte, se identifica que ella ha establecido diversos mecanismos de supervisión del cumplimiento de sus sentencias. En particular, desde 1999, la Corte empezó a expedir órdenes de cumplimiento a los Estados que han incumplido las sentencias; asimismo, a partir de 2001, en todas las resoluciones, la Corte requiere a los Estados para que realicen un reporte de cumplimiento cada seis, doce o dieciocho meses de emitida la sentencia.⁴¹¹ Aún más, la Corte realiza informes de supervisión de sentencias, en los cuales efectúa una valoración sobre el grado de cumplimiento de la misma, para lo cual puede celebrar audiencias de cumplimiento, en las que pregunta al Estado las razones por las que no ha atendido la sentencia.⁴¹²

Con todo, la Corte no puede recurrir al uso de la fuerza pública para hacer cumplir sus sentencias, aunque sí puede acudir a la Asamblea General de

⁴⁰⁹ Vivas Barrera, Tania Giovanna, “Eficacia de las órdenes de la Corte Interamericana sobre la reparación de la violación de derechos humanos. Análisis comparado”, en Chacón Triana, Nathalia *et al.*, *Eficacia del sistema interamericano de derechos humanos*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015, pp. 18 y 22.

⁴¹⁰ Vivas Barrera, Tania Giovanna, *op. cit.*, pp. 22-24.

⁴¹¹ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 82.

⁴¹² Open Society Justice Initiative, *From Judgment to Justice. Implementing International and Regional Human Rights Decisions*, Nueva York, Open Society Foundations, 2010, pp. 80 *cit.* por Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 83.

la OEA a fin de presentar un informe anual sobre su labor, en el cual debe indicar los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a las mismas.⁴¹³

4. *Sistema africano de derechos humanos*

El sistema africano de protección de derechos humanos surgió en el contexto de la Organización de la Unidad Africana, creada en 1963 y reemplazada posteriormente por la Unión Africana; esta última se estableció mediante su Carta constitutiva de julio de 2000, que entró en vigor en mayo de 2001 y comenzó a funcionar formalmente en julio de 2002 en Sudáfrica.⁴¹⁴

Ahora bien, considerando que el continente africano ha sido identificado históricamente como una región en la cual los derechos humanos de las personas son violados, se tuvo que en el seno de la Carta de la Organización de la Unidad Africana, adoptada por los Estados africanos en 1963, se estableció como uno de sus objetivos el promover la cooperación internacional de acuerdo con los principios establecidos en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.⁴¹⁵

Con todo, la Carta de la Organización para la Unidad Africana no establecía obligaciones concretas en materia de derechos humanos, por lo que en la década de los setenta se comenzó a discutir la idea de adoptar un instrumento especial sobre la promoción y defensa de los derechos humanos en el continente africano. Fue años después cuando se logró materializar dicha intención, a través de la adopción, en junio de 1981, por los Estados miembros de la Organización para la Unidad Africana, de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, identificada como Carta de Banjul.⁴¹⁶

La citada Carta Africana entró en vigor en octubre de 1986 y se instituyó como la piedra angular del sistema africano de protección de derechos humanos. En ella se contempló la creación de la Comisión Africana de Derechos Humanos, al igual que la ampliación del esquema de protección de derechos humanos.⁴¹⁷

La creación del sistema africano de derechos humanos tuvo como sustento la tendencia mundial hacia la regionalización de la defensa de los de-

⁴¹³ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., p. 160.

⁴¹⁴ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 97.

⁴¹⁵ Gómez, Mara, *op. cit.*, pp. 327 y 328.

⁴¹⁶ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 97.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 98.

rechos, pues cabe recordar que al momento de la creación del sistema africano ya existían los sistemas regionales de protección en Europa y América.⁴¹⁸

Por lo que hace al proceso de sucesión de la Organización para la Unidad Africana en la Unión Africana, se precisa que una diferencia radical entre la Carta de la Organización para la Unidad Africana de 1963 y el Acta Constitutiva de la Unión Africana de 2000 se tuvo que esta última sí consagra obligaciones expresas sobre los derechos humanos, para lo cual se indica que los Estados parte deben promover y proteger los derechos humanos y de los pueblos, con base en la Carta Africana de Derechos Humanos y otros tratados internacionales en la materia. Todavía más, el Acta Constitutiva señala que la Unión Africana puede intervenir en los Estados parte en casos considerados graves, como crímenes de guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad. Por otro lado, en el contexto de dicha Acta Constitutiva, se han generado diversas instituciones, como el Consejo de Paz y Seguridad y el Consejo Económico, Social y Cultural.⁴¹⁹

A. Instrumentos del sistema africano de derechos humanos

Como se ha indicado, la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 es el instrumento esencial del sistema africano de derechos humanos. Dicho acuerdo internacional tiene elementos que lo distinguen de los tratados sobre derechos humanos contenidos en otros sistemas regionales. En primer lugar, el tratado omite la tradicional división entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, por lo que establece una protección jurídica de los mismos en igual medida y a cargo de los Estados parte; en segundo lugar, la Carta Africana es el primer acuerdo internacional de su tipo que contempla expresamente la protección de los derechos de los pueblos; en tercer lugar, se señala que las personas, además de derechos, tienen determinados deberes (pago de impuestos, respeto a los padres y el fortalecimiento de los valores africanos).⁴²⁰ Finalmente, la Carta autoriza a la Comisión Africana de Derechos Humanos a considerar los desarrollos efectuados por otras instituciones nacionales o internacionales en la materia al momento de realizar sus funciones.⁴²¹

⁴¹⁸ Gómez, Mara, *op. cit.*, p. 330.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 331.

⁴²⁰ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, pp. 98 y 99. Con mucho, el incumplimiento de los deberes no implica la pérdida de los derechos consagrados en la Carta de Banjul. *Cf.* Gómez, Mara, *op. cit.*, p. 334.

⁴²¹ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 99.

Entre los derechos humanos civiles y políticos que consagra la Carta se tienen: el derecho a la vida, a la seguridad, a la libertad, a la prohibición de la tortura, a la no discriminación, a un juicio justo, a la libertad de conciencia y de expresión, derecho de reunión, a la propiedad y a la participación política. Por su parte, se reconocen como derechos económicos y sociales los siguientes: derecho al trabajo, a la salud y a la educación. En otro sentido, la Carta Africana consagra derechos de los pueblos, entre los que se encuentran el disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales y el derecho al desarrollo económico, social y cultural.⁴²²

Pese al citado reconocimiento de derechos humanos, se destaca que en las disposiciones de la Carta Africana se aceptan cláusulas de reintegración, que menoscaban la protección de los derechos;⁴²³ por ejemplo, el artículo 10 de la Carta establece que toda persona tiene derecho a la libre asociación siempre y cuando cumpla con la ley. Sobre esto, la Comisión Africana de Derechos Humanos, en la comunicación *Constitutional Rights Project vs. Nigeria*, señaló que la única razón para limitar los derechos humanos está consagrada en el artículo 27.2 de la Carta Africana (esto es, por afectaciones a los derechos de terceros, la seguridad colectiva, la moralidad y el interés común); por otro lado, indicó que la justificación a la limitación de los derechos debe ser proporcional con la necesidad y ventajas que se busquen; asimismo, que lo más relevante es que la limitación no erosione el derecho; de tal manera que lo convierta en una ilusión.⁴²⁴

Además de la Carta de Banjul, en el sistema africano de derechos humanos se cuenta con otros tratados internacionales que complementan aquella. Por ejemplo, la Carta Africana sobre el Bienestar y los Derechos de los Niños, adoptada en 1990, con entrada en vigor en 1999, así como el Protocolo sobre la Corte Africana de Derechos Humanos adoptado en 1998, con entrada en vigor en 2004 y el Protocolo sobre los Derechos de la Mujer en África de 2003, entrada en vigor en 2005.⁴²⁵

B. Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos

La Comisión Africana es un órgano técnico con autonomía creado por la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, que tiene en-

⁴²² Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., pp. 123-125.

⁴²³ Donnelly, Jack, *op. cit.*, p. 127.

⁴²⁴ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., pp. 125-127.

⁴²⁵ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 99.

comendada la función de promover y proteger los derechos humanos en el continente africano.⁴²⁶

La Comisión se integra por once expertos independientes elegidos por la Asamblea de la Unión Africana (órgano supremo de la Unión) entre las propuestas enviadas por los Estados parte de la Carta Africana de Derechos Humanos.⁴²⁷ Estas personas deberán contar con la mayor reputación en la región y actuar a título personal una vez elegidos.⁴²⁸

Las reuniones de la Comisión son dos veces al año, principalmente en marzo o abril y en octubre o noviembre. Las sesiones duran aproximadamente quince días, salvo cuando la carga de trabajo de la Comisión aumenta.⁴²⁹ Cabe resaltar que la primera sesión de la Comisión Africana tuvo lugar el 2 de noviembre de 1987 en Etiopía.⁴³⁰

Ahora bien, sobre la funciones de la Comisión Africana, ella realiza acciones muy similares a los órganos de los tratados de la Organización de las Naciones Unidas y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aunque con mayores limitaciones.⁴³¹

En concreto, las principales funciones de la Comisión Africana son: *a*) examinar los informes periódicos de los Estados sobre la implementación de las disposiciones sobre derechos humanos;⁴³² *b*) llevar a cabo visitas a los Estados africanos para observar la situación de los derechos humanos en la región; *c*) interpretar la Carta Africana de Derechos Humanos a petición de un Estado parte o de una institución de la Unión Africana; *d*) la recepción e investigación de comunicaciones individuales y estatales sobre violaciones a los derechos humanos,⁴³³ y *e*) requerir a los Estados (por iniciativa propia o a petición de parte) que adopten medidas provisionales de protección o incluso adoptarlas ella misma, en caso de que exista un riesgo a la vida o integridad de las víctimas.⁴³⁴

Respecto de las anteriores funciones, cabe detenernos en el estudio de las comunicaciones, para lo cual se indica que cualquier persona física o moral o un Estado parte pueden elevar una queja ante la Comisión Africana. En el caso de las comunicaciones estatales, si no se logra una solución

⁴²⁶ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., p. 127.

⁴²⁷ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 88.

⁴²⁸ Gómez, Mara, *op. cit.*, p. 335.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 336.

⁴³⁰ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., p. 128.

⁴³¹ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 88.

⁴³² *Idem*.

⁴³³ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., p. 128.

⁴³⁴ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 110.

amistosa entre los Estados involucrados, la Comisión prepara un informe y recomendaciones, los cuales son enviados a los Estados involucrados y a la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno (en la práctica este procedimiento no se ha utilizado con frecuencia).⁴³⁵ Por ello, se ha señalado que la Comisión Africana depende mucho de los órganos políticos de la Unión Africana, a diferencia de otros regímenes de protección de derechos.⁴³⁶

Por lo que hace a las comunicaciones presentadas por cualquier persona física o moral, con las que se brinda una oportunidad de participación a las organizaciones no gubernamentales en la protección de derechos humanos, si la Comisión Africana señala que la queja es admisible, procede a notificar al reclamante y al Estado demandado, a fin de que remitan sus comentarios sobre los hechos en cuestión. Un vez analizada toda la información presentada por las partes, la Comisión determina si fue incumplida la Carta Africana de Derechos Humanos. La decisión final de la Comisión establecerá recomendaciones al Estado demandado; asimismo, esbozará las medidas que debe adoptar el mismo Estado para atender la violación de los derechos humanos.⁴³⁷

En otro orden de ideas, se precisa que en ambos tipos de comunicaciones (individuales y estatales), si la Comisión Africana identifica que en las mismas se presenta una grave situación de violación derechos humanos, debe informarlo a la Asamblea de la Unión Africana y al Consejo de Paz y Seguridad, que pueden solicitar a la Comisión Africana un estudio detallado del caso.⁴³⁸

Finalmente, se resalta que la Comisión puede someter casos de violaciones de derechos humanos a la Corte Africana de Derechos Humanos cuando se presente alguna de las siguientes circunstancias: *a)* el Estado demandado en una comunicación ante la Comisión no cumpla con las recomendaciones formuladas por la misma; *b)* el Estado no adopte las medidas de protección solicitadas por la Comisión; *c)* la Comisión detecte un caso de violaciones serias y masivas que requieran la participación de la Corte, y *d)* la Comisión, en cualquier etapa del trámite de las comunicaciones, considere necesario enviar el asunto a la Corte Africana.⁴³⁹ Por todo ello, la principal herramienta de monitoreo de los derechos humanos de la Comisión es la

⁴³⁵ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., pp. 128 y 129.

⁴³⁶ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 89.

⁴³⁷ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., p. 129.

⁴³⁸ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, pp. 109 y 110.

⁴³⁹ *Ibidem*, pp. 110 y 111.

consideración de las quejas individuales o estatales y su posible sometimiento a la Corte Africana.⁴⁴⁰

C. Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

La intención de establecer una Corte Africana de Derechos Humanos surgió en 1961 en el seno de una reunión de juristas en Lagos, Nigeria, lo cual no se pudo concretar con la adopción de la Carta Africana de Derechos Humanos, pues en ella sólo se estableció a la Comisión Africana como institución para la promoción y protección de los derechos humanos.⁴⁴¹

Bajo este contexto, las organizaciones no gubernamentales y las instituciones académicas comenzaron una batalla a fin de lograr la creación de una corte de derechos humanos para la región africana, y al cabo de cierto tiempo se consiguió la redacción de un borrador del Protocolo que posteriormente daría vida a la Corte Africana de Derechos Humanos.⁴⁴²

Así, el tribunal africano fue establecido en el Protocolo de la Carta Africana para la creación de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptado en 1998 por los Estados miembros de la Organización de la Unidad Africana, que entró en vigor en 2004. De esta forma, la Corte fue inaugurada en 2006 por la Asamblea de la Unión Africana.⁴⁴³

Actualmente la Corte Africana opera con base en dicho Protocolo; sin embargo, se precisa que en 2008 fue adoptado el Protocolo sobre el estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos, que aún no entra en vigor (pues no se han logrado las quince ratificaciones requeridas para tal fin). Según este nuevo protocolo, la actual Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos se va a fusionar con la Corte Africana de Justicia (que nunca llegó a operar porque su protocolo de creación no entró en vigor), dando como resultado un diverso órgano judicial denominado Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos.⁴⁴⁴

⁴⁴⁰ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 90.

⁴⁴¹ Kane, Ibrahima y Motala, Ahmed C., "The Creation of a New African Court of Justice and Human Rights", *The African Charter on Human and People's Rights. The System in Practice 1986-2006*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 406-440, *cit.* por Gómez, Mara, *op. cit.*, p. 337.

⁴⁴² Kane, Ibrahima y Motala, Ahmed C., *op. cit.*, pp. 406-440, *cit.* por Gómez, Mara, *op. cit.*, pp. 337 y 338.

⁴⁴³ Gómez, Mara, *op. cit.*, p. 338.

⁴⁴⁴ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 101.

La Corte Africana está compuesta de once jueces, para lo cual cada Estado parte puede nominar a tres candidatos. La Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana designa a los jueces mediante votación secreta, la duración del encargo de los jueces es de seis años, y pueden ser reelegidos por una sola ocasión.⁴⁴⁵

Las atribuciones jurisdiccionales que tiene la Corte Africana se pueden dividir en tres grupos: *a)* función consultiva, *b)* función preventiva y *c)* función contenciosa. Ello, con independencia de las tareas normativas (aprueba sus reglas internas) y administrativas (designar a sus oficiales).⁴⁴⁶

Sobre la función consultiva, la Corte puede emitir opiniones consultivas cuando lo solicita un Estado miembro de la Unión Africana, los órganos de la Unión Africana o cualquier organización africana reconocida por la Unión Africana. Las opiniones versan sobre cualquier tema general relacionado con la Carta Africana u otro instrumento en materia de derechos humanos. Las opiniones consultivas no pueden estar conectadas con asuntos que estén siendo estudiados por la Comisión Africana.⁴⁴⁷

Respecto a la función preventiva, la Corte Africana, en los asuntos de extrema gravedad y urgencia o cuando sea indispensable evitar un daño irreparable a las personas, puede adoptar medidas provisionales⁴⁴⁸ previamente a que se dicte la sentencia; todo ello en interés de las partes o de la misma justicia.⁴⁴⁹

Por lo que respecta a la función contenciosa, la Corte Africana puede recibir y estudiar los casos concretos sobre violación de derechos humanos relacionados con los Estados que han ratificado el Protocolo a la Carta Africana sobre la creación de la Corte; en concreto, los sujetos legitimados para someter casos a la Cortes son: *a)* la Comisión Africana; *b)* los Estados parte del Protocolo; *c)* las organizaciones intergubernamentales africanas, y *d)* cualquier persona y las organizaciones no gubernamentales (ONG), siempre y cuando el Estado involucrado declare que acepta dicho procedimiento (se tiene noticia de que hasta 2012 sólo cinco países habían efectuado su aceptación).⁴⁵⁰

En torno a las particularidades del procedimiento contencioso ante la Corte Africana, se precisa que una vez presentada la demanda, la Corte de-

⁴⁴⁵ Gómez, Mara, *op. cit.*, p. 340.

⁴⁴⁶ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 131.

⁴⁴⁷ Gómez, Mara, *op. cit.*, pp. 342 y 343.

⁴⁴⁸ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 131.

⁴⁴⁹ Gómez, Mara, *op. cit.*, p. 347.

⁴⁵⁰ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 89.

termina si tiene o no jurisdicción sobre el asunto, así como la admisibilidad del mismo (*i. e.*: revelar la identidad del solicitante, aunque puede permanecer en el anonimato y ser presentada la queja después de agotar los recursos internos). Cabe notar que el procedimiento ante la Corte Africana se lleva de forma escrita y oral.⁴⁵¹

La etapa escrita consiste en las comunicaciones de las partes o de la Comisión Africana, las defensas, observaciones y réplicas, así como todos los documentos de prueba.⁴⁵² Por su parte, la fase oral concretamente implica una audiencia ante la que comparecen las partes y sus peritos, expertos y testigos. Las audiencias de los casos son por regla general públicas; sin embargo, se pueden efectuar en privado cuando la Corte así lo determine o cuando alguna de las partes lo solicite, lo que puede acontecer en protección de la moral general, la seguridad o el orden público.⁴⁵³

Por otro lado, en el procedimiento contencioso la Corte Africana puede permitir los *amicus curiae* y, de ser el caso, requerirlos para mejor proveer.⁴⁵⁴ En concreto, en el contexto de la participación ciudadana en la jurisdicción, es importante la figura del *amicus curiae*, ya que amplía los escenarios de participación en el proceso judicial; desde el seno procesal, la figura se instrumenta mediante un escrito que contiene aportes de diversa naturaleza sobre temas específicos de una causa particular, y que pueden ser apropiados para la sentencia que se emita; además, resalta que la persona que presente el *amicus curiae* debe ser imparcial y no tener algún interés determinado en el sentido de la decisión.⁴⁵⁵

Ahora bien, una vez que se han recolectado la pruebas y celebrado las audiencias sobre el fondo del asunto, la Corte tiene noventa días para emitir su sentencia del caso, en la cual se debe pronunciar sobre la veracidad de los hechos manifestados, así como determinar la responsabilidad del Estado y las reparaciones de daño que resulten pertinentes.⁴⁵⁶

El sentido de la sentencia se determina por la mayoría de los jueces que componen la Corte Africana; en contra de la sentencia no procede ningún tipo de recurso de apelación; desde luego, las sentencias son de naturaleza

⁴⁵¹ Gómez, Mara, *op. cit.*, p. 346.

⁴⁵² Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 132.

⁴⁵³ Gómez, Mara, *op. cit.*, pp. 346 y 347.

⁴⁵⁴ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 112.

⁴⁵⁵ Sancari, Sebastián, "Tensiones, conflictos y desafíos en la labor jurisdiccional de la Corte Suprema", en Bercholz, Jorge O. y Sancari, Sebastián (comps.), *Justicia y política. Insumos útiles para determinar el rol de cortes supremas y tribunales constitucionales en el diseño jurídico e institucional del Estado*, Buenos Aires, Aldina Editorial Digital, 2016, p. 93.

⁴⁵⁶ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, pp. 112 y 113.

vinculante para los Estados, que deben cumplirlas en los plazos y términos consagrados en la propia decisión.⁴⁵⁷

A todo esto, si bien no existen medios de apelación contra las sentencias de la Corte Africana, cabe precisar que dicho órgano judicial mantiene su facultad de interpretar sus decisiones cuando lo soliciten las partes en el plazo de doce meses después de la notificación de la decisión. Asimismo, existe la posibilidad de que la partes soliciten a la Corte la revisión de la sentencia en el supuesto de que aparezca una nueva prueba que lo requiera, petición que debe presentarse en el plazo de seis meses contado a partir de la aparición de la prueba. Con todo, el trámite de solicitud de interpretación o de revisión no suspenden el cumplimiento de la decisión.⁴⁵⁸

Sobre la supervisión y monitoreo del cumplimiento de las sentencias de la Corte Africana, se cuenta con dos mecanismos que contribuyen a ello; por un lado, en el informe anual que presenta la Corte a la Asamblea de la Unión Africana se puede integrar una lista detallada de los Estados que estima la Corte que no han cumplido cabalmente con sus sentencias;⁴⁵⁹ por el otro, la supervisión del cumplimiento de las sentencias recae en el Comité Ejecutivo de la Unión Africana en representación de la Asamblea General de dicha organización.⁴⁶⁰

Finalmente, como dato a resaltar de la Corte Africana, se señala que ésta recibió su primer caso contencioso en 2008 y emitió su primera sentencia en 2009, y desde esa fecha ha recibido alrededor de veinte casos, por lo que tiene aún mucho camino por recorrer en comparación con sus homólogas europea e interamericana.⁴⁶¹

5. *La protección de derechos humanos en el contexto asiático*

Para comenzar, se resalta que en Oriente Medio y el Magreb existe la Liga Árabe, que fue establecida en 1945 mediante la firma de su pacto fundacional en la ciudad de El Cairo.⁴⁶² La Liga creó en 1968 el Comité Árabe de Derechos Humanos, cuya tarea esencial es la promoción de esos

⁴⁵⁷ Gómez, Mara, *op. cit.*, p. 348.

⁴⁵⁸ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 113.

⁴⁵⁹ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 89.

⁴⁶⁰ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 113.

⁴⁶¹ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 89.

⁴⁶² Véase Pacto de la Liga Árabe: disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/352/14.pdf>, fecha de consulta: 10 de noviembre de 2017.

derechos, que realiza mediante la redacción de informes en torno a la situación de los derechos humanos en la región asiática.⁴⁶³ Asimismo, existe una Carta de Derechos Humanos adoptada el 23 de mayo de 2004 en el seno de la Liga Árabe, misma que entró en vigor el 15 de marzo de 2008 (luego de la ratificación de siete países). El antecedente de ese instrumento se tuvo en la Carta Árabe de Derechos Humanos de 1994, que fue firmada por Iraq, pero nunca se ratificó.⁴⁶⁴

Ahora bien, en la Carta Árabe de Derechos Humanos de 2004 se estableció la creación de un *Comité Árabe de Derechos Humanos*, que se conforma de siete miembros elegidos mediante voto secreto por los Estados parte de la Carta.⁴⁶⁵ Se trata de una transformación del ya existente Comité Árabe de Derechos Humanos de 1968, pues el nuevo Comité reasume sus funciones con una composición diferente.⁴⁶⁶

Adicionalmente, en 2013 se decidió, por parte de los Estados miembros de la Liga, la creación de una Corte Árabe de Derechos Humanos; sin embargo, todavía no se conoce cuáles serán las atribuciones de dicho órgano judicial ni cuándo comenzará a operar.⁴⁶⁷

Por otro lado, en el sudeste asiático, el proceso de creación de un sistema regional de protección de derechos humanos tuvo lugar en el contexto de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático. Esta organización regional de Estados fue establecida en 1967 por Tailandia, Indonesia, Malasia, Singapur y Filipinas mediante la firma de la Declaración de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático.⁴⁶⁸

A todo esto, en 2007 se inició un proceso de renovación de dicha organización regional, lo que dio como resultado la suscripción de la Carta de la Asociación de Naciones del sudeste asiático, que entró en vigor en 2008. En ese documento se retoma la idea de protección de los derechos huma-

⁴⁶³ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p.119.

⁴⁶⁴ Véase Alles Delphine, Clara Egger, “Los sistemas de protección de derechos humanos de los países del sur: una mirada a las interacciones entre multilateralismo global y regional”, trad. de Ana Inés Fernández Ayala, *Foro Internacional*, México, El Colegio de México, 2016, vol. LVI, núm. 1, enero-marzo de 2016, p. 47, disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/599/59945551003.pdf>, fecha de consulta: 10 de noviembre de 2017.

⁴⁶⁵ Artículo 45 de la Carta Árabe de Derechos Humanos, disponible en: http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/Revised_Arab_Charter_Human_Rights_2004_Em.pdf, fecha de consulta: 10 de noviembre de 2017.

⁴⁶⁶ Para la redacción de este párrafo se han remontado las ideas esbozadas en Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p.121.

⁴⁶⁷ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p.121.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. 115.

nos en la región del Sudeste Asiático. Para tal efecto, se ordenó en la misma Carta la creación de un órgano de derechos humanos, que debía operar según lo acordado por el Comité de Ministros de la Asociación. Con base en la Carta, en 2009 el Comité de Ministros puso en operación a la Comisión Intergubernamental de Derechos Humanos de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático.⁴⁶⁹

La Comisión Intergubernamental tiene un compromiso con la promoción y protección de los derechos humanos, aunque como organismo intergubernamental tiene muchas limitaciones en términos de su trabajo independiente.⁴⁷⁰

Las principales funciones de la Comisión Intergubernamental de Derechos Humanos son: *a)* elaborar un informe general anual sobre la situación de los derechos humanos en la región; *b)* prestar asistencia técnica y coadyuvar en la ejecución e implementación efectiva de las normas sobre derechos humanos, y *c)* servir como plataforma de diálogo entre los diferentes actores involucrados con la promoción y defensa de los derechos humanos.⁴⁷¹

Finalmente, existe una Declaración de los Derechos Humanos de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, adoptada en 2012 en Camboya; en ella se reconocen derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, así como el derecho humano al desarrollo y la paz.⁴⁷²

De acuerdo con la señalado en torno a la situación de los derechos humanos en el continente asiático, podemos corroborar que si bien existen ciertos instrumentos y órganos con competencia en derechos humanos, los mismos están aún en un proceso de desarrollo, por lo que no es adecuado afirmar que existe un verdadero sistema regional de protección de derechos humanos en Asia como el que opera en Europa o América; con mucho, se piensa que en un futuro cercano la región asiática podrá comenzar a operar un esquema más sofisticado a fin de proteger los derechos humanos de todos sus habitantes.

⁴⁶⁹ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, pp. 115 y 116. El fundamento jurídico para la creación del referido órgano de derechos humanos se tiene en el artículo 14 de la Carta de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, disponible en <http://agreement.asean.org/media/download/20160509062115.pdf>, fecha de consulta: 12 de noviembre de 2017.

⁴⁷⁰ Donnelly, Jack, *op. cit.*, p. 129.

⁴⁷¹ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 117.

⁴⁷² Asean Human Rights Declaration, disponible en <http://www.mfa.go.th/asean/contents/files/other-20121217-165728-100439.pdf>, fecha de consulta: 12 de noviembre de 2017.

6. *A modo de reflexión final*

Como reflexión final sobre el estudio de los cuatro sistemas de protección de derechos humanos (universal, europeo, americano y africano), se señala que el mismo resultó fructífero, ya que pudimos identificar los diversos grados de avance de la justicia internacional sobre los derechos humanos, así como comparar cada sistema y ubicar sus áreas de oportunidad, todo lo cual, nos permitió obtener una radiografía completa de la situación actual en torno a la protección internacional de los derechos humanos.

Todavía más, del análisis de los sistemas universal, europeo y africano de derechos humanos podemos desprender diversas pautas a considerar para mejorar el sistema interamericano de derechos humanos, que pueden operar como un borrador inicial para discusiones futuras a desarrollar en el ámbito práctico y teórico, a fin de perfeccionar el esquema de protección regional.

En concreto, se identifican las siguientes pautas, que cabría seguir estudiando con objeto de lograr una efectiva protección de los derechos humanos en la región interamericana:

- a) Del sistema universal, se desprende la posibilidad de que los tratados internacionales de la región interamericana cuenten con comités de expertos independientes que supervisen el cumplimiento permanente de los mismos tratados.
- b) Del sistema europeo, se obtiene la idea de que sí es posible materializar un elevado grado de cumplimiento de las sentencias internacionales, por lo que los países de la región interamericana deberían adoptar una filosofía de cumplimiento de las resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- c) Del sistema africano, se desprende la circunstancia de que las personas, grupos de personas y las organizaciones no gubernamentales deberían acudir directamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a defender los derechos humanos; ello, siempre y cuando así lo reconozca el Estado en cuestión o cuando se trate de violaciones serias y masivas a los derechos.

II. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LOS CASOS PRÁCTICOS

Antes del análisis de cada uno de los casos internacionales, se debe justificar la elección de los mismos a fin de eliminar la arbitrariedad en su presentación y, consecuentemente, respaldar la objetividad de la presente investigación.

Pese a ello, se resalta de nueva cuenta que siempre se manifiesta cierto nivel de subjetividad en las investigaciones científicas; por ejemplo, desde la misma elección del tema de estudio, lo cual no significa que estemos exentos de respaldar con razones de diversa índole la elección de los casos que constituirán nuestra muestra de los criterios de corrección en la argumentación desplegada en la justicia internacional.

En otro orden de ideas, se retoma el postulado esbozado al momento de justificar los casos analizados en la justicia constitucional, a saber: que nuestra intención no será generar una teoría científica de corrección de la argumentación jurídica sobre la justicia internacional a partir del análisis de diversos enunciados particulares (casos prácticos), sino más bien extraer, mediante deducciones específicas, ciertas conclusiones y reflexiones de los casos internacionales estudiados, que puedan ser evaluadas bajo el test de falsación y contrastación de Popper; todo ello, con la intención de verificar científicamente nuestra investigación. Dicho ejercicio lo realizaremos en el siguiente capítulo.

En este sentido, se precisa que se analizarán tres casos prácticos internacionales, surgidos tanto en el seno de la Corte Europea de Derechos Humanos como en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en la Corte Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (uno por cada Corte). Las razones y criterios utilizados que sustentaron la elección de dichos casos fueron los siguientes:

1. Se trata de asuntos internacionales recientes. Para los fines de esta investigación, la noción de “recientes” implica casos que hayan sido resueltos dentro de los cinco años anteriores a 2018; así, se tiene que los tres casos a analizar fueron resueltos en 2013, 2016 y 2017, con lo cual se obtendrán criterios contemporáneos en torno a la evaluación de la argumentación jurídica.
2. Se trata de casos que resolvieron las cortes de derechos humanos que conforman la instancia jurisdiccional del sistema europeo, interamericano y africano de protección de derechos humanos, respectivamente, que actualmente se encuentran en operación a nivel internacional; lo anterior, ya que se sabe que en 2013 se creó en el contexto de la Liga Árabe la Corte Árabe de Derechos Humanos; sin embargo, todavía no ha entrado en funciones como sus homólogos.
3. Son casos que analizan temas de debate actual para nuestras sociedades, que necesitan ser atendidos y desarrollados aún por otras cortes constitucionales y por los propios operadores jurídicos, como lo son el derecho a recibir y obtener información mediante internet

para las personas en situación de reclusión, el acceso a una pensión de sobrevivencia (que incluye el derecho a la salud) para las parejas homosexuales y el derecho al sufragio pasivo mediante candidaturas independientes.

4. Se trata de casos que abordan un enfoque diferente y novedoso en torno a las tensiones que se presentan cotidianamente en las cortes constitucionales; así, en los asuntos a estudiar se exponen colisiones entre derechos humanos y principios constitucionales en sentido estricto (pues los derechos humanos en sentido amplio también pueden entenderse como principios del Estado constitucional); de esta forma, en los tres casos internacionales se identificarán tensiones poco usuales, como, la surgida entre el derecho a recibir y obtener información vía internet con el principio de prevención del delito y seguridad pública, o la colisión entre el derecho de acceso a una pensión de sobrevivencia para parejas del mismo sexo con el principio de legalidad.
5. Son asuntos internacionales que presentan criterios de evaluación de la argumentación compatibles y, en algunos casos, idénticos, con lo cual se pone de manifiesto la preferencia que tuvieron los jueces con ciertas teorías de la argumentación jurídica, como la de Alexy; así, en concreto, se observará que el subprincipio de necesidad expuesto por dicho autor está presente en las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.
6. Se trata de casos que recurren y aplican el método comparativo para respaldar la argumentación esgrimida; esto es, no sólo se conforman con recurrir a razones de tipo nacional, sino que asumen una postura abierta a otros escenarios posibles, tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales, lo cual se aprecia adecuado para la mejor toma de decisiones en el contexto de los derechos humanos.
7. Son casos que pueden ser analizados en el ámbito académico, ya que desarrollan una argumentación ordenada y de fácil comprensión sin recurrir a formalismos excesivos e inútiles; todo lo cual contribuye a que las sentencias puedan ser utilizadas como modelos para la enseñanza de la argumentación jurídica mediante el método de estudio de casos prácticos. De ahí que, por ejemplo, algunas de las sentencias a estudiar (la emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos) han sido presentadas en investigaciones académicas recientes.

8. Se trata de casos prácticos que recurren a una argumentación de corte extensiva; esto es, a un esquema de justificación complejo que esboza razones de diversa índole y naturaleza, que buscan respaldar de mejor forma el sentido de la decisión adoptada por los jueces internacionales.

Con base en dichas razones, los casos prácticos internacionales a estudiar fueron elegidos de forma objetiva a través de criterios y parámetros específicos, por lo que la muestra de casos ha sido detenidamente justificada, tal como lo exigen las reglas metodológicas y científicas respecto a la presentación de muestras empíricas concretas.

Con mucho, se precisa que la muestra de casos internacionales es muy limitada (sólo se analizan tres asuntos), derivado de lo cual se reitera que nuestro objetivo no será crear una teoría de alcance general sobre los criterios de evaluación de la argumentación, sino más bien dar algunas bases y elementos concretos que contribuyan al desarrollo de la argumentación jurídica, lo cual será menos pretencioso, pero más realista, pues del estudio de tres casos prácticos internacionales no se puede derivar una teoría general de la argumentación. Con todo, la idea central es propiciar la comprensión, desarrollo y mejora de la toma de decisiones judiciales en el seno nacional, lo que reviste utilidad para el contexto de la práctica argumentativa contemporánea.

III. ANÁLISIS DEL CASO *JANKOVSKIS VS. LITHUANIA* “ACCESO A INTERNET EN PRISIÓN” ANTE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (APLICACIÓN 21575/08)

1. Descripción del caso

Para comenzar, en este caso, Henrikas Jankovskis presentó una reclamación en contra de la República de Lituania ante la Corte Europea de Derechos Humanos el 7 de enero de 2008, en la cual alegó que se le había violado su derecho a recibir información reconocido en el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante Convenio Europeo de Derechos Humanos), derivado de la negativa a acceder a internet en prisión.⁴⁷³

⁴⁷³ Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jankovskis v. Lithuania*, (Application no. 21575/08), sentencia del 17 de enero de 2017, p. 1, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170354>, fecha de consulta: 4 de diciembre de 2017, (traducción propia).

Las circunstancias y antecedentes del asunto en cuestión se pueden resumir en los siguientes puntos:

- a) Henrikas Jankovskis se encuentra cumpliendo una sentencia en la correccional de Pravieniškės. El 30 de mayo de 2006 escribió una carta al Ministerio de Educación y Ciencia de Lituania, en la que preguntaba sobre información referente a la posibilidad de inscribirse en la universidad. Para ello, mencionó que era graduado de la Facultad de Medicina de la Universidad de Vilnius y que deseaba continuar sus estudios a distancia para adquirir un segundo grado académico en derecho con especialización en derechos humanos. Asimismo, refirió que era prisionero, por lo cual no podría atender físicamente las clases.⁴⁷⁴
- b) En una carta del 12 de junio de 2006 enviada al peticionario en la correccional de Pravieniškės, el Ministerio de Educación y Ciencia señaló que la información sobre los programas de estudios podría encontrarse en el página web: *www.aikos.smm.lt*. Asimismo, refirió que dicha página pertenecía al mismo Ministerio de Educación y Ciencia y que era administrada por una entidad pública denominada Centro para la Información y Tecnologías de la Educación.⁴⁷⁵
- c) El 28 de junio de 2006, el solicitante le envió una carta a las autoridades correccionales de Pravieniškės, relacionada con la respuesta emitida por el Ministerio de Educación, por medio de la cual les preguntó sobre el otorgamiento de una concesión para que accediera a una página web que contenía información sobre estudios del Ministerio de Educación, así como a sus cuentas de correo.⁴⁷⁶
- d) El 1 de julio de 2006, el gobernador de la correccional de Pravieniškės contestó la petición señalando que la respuesta del Ministerio de Educación no era comprensible, pues no consideraba la situación particular del solicitante, que se encontraba en prisión. Asimismo, notificó al peticionario que el requerimiento sobre tener acceso a internet no podía ser concedido porque al momento ninguna legislación permitía a los prisioneros el uso de internet o tener una cuenta de correo electrónico, por lo que las autoridades de la prisión eran incapaces de atender el requerimiento del prisionero.⁴⁷⁷

⁴⁷⁴ *Ibidem*, pp. 1 y 2.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 2.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 3.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 3.

- e) El reclamante presentó una queja ante el Departamento de Prisiones, argumentando que ninguna legislación prohíbe obtener información de una institución del Estado a través de medios electrónicos, para lo cual refirió la respuesta del Ministerio de Educación y requirió el acceso a internet. El 26 de julio de 2006, el Departamento de Prisiones respondió que los instrumentos legales que regulan la ejecución de las sentencias no permiten a los prisioneros el acceso y uso de internet, por lo que sugirió que el prisionero volviera a preguntarle al Ministerio de Educación sobre la obtención de la información que necesitaba.⁴⁷⁸
- f) El 1 de agosto de 2006, el prisionero inició procesos ante la corte, señalando las respuestas que había obtenido del Ministerio de Educación y las decisiones de las autoridades de la correccional de Pravieniškės de no darle acceso a internet.⁴⁷⁹
- g) En la respuesta emitida a la corte por parte de la correccional de Pravieniškės, se señaló que el uso de teléfonos celulares estaba prohibido en las prisiones, a fin de que los prisioneros no puedan continuar con sus actividades criminales cuando estén cumpliendo sus sentencias. De acuerdo con las autoridades de la correccional, un número de estafadores habían defraudado a la gente con grandes cantidades de dinero con la ayuda de los teléfonos celulares, por lo que si los prisioneros tuvieran el derecho de usar internet podrían continuar con sus actos criminales y coordinar las actividades de las organizaciones criminales.⁴⁸⁰
- h) El Departamento de Prisiones también requirió a la corte desestimar la demanda del prisionero, argumentando que aunque el artículo 96 del Código de Ejecución de Sentencias permite a los sentenciados usar computadoras, ello no implica que tengan derecho al uso de internet. Así, en su opinión no existe derecho conforme a la ley lituana para que un prisionero sea proveído de acceso a internet.⁴⁸¹
- i) El 2 de febrero de 2007, la Corte Regional Administrativa de Kaunas desestimó la queja del prisionero, para lo cual al analizar la regulación aplicable a los prisioneros señaló que los reclusos pueden comunicarse con las instituciones estatales por correo postal, y que

⁴⁷⁸ *Idem.*

⁴⁷⁹ *Ibidem*, p. 3.

⁴⁸⁰ *Idem.*

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 4.

sus cartas deben enviarse por conducto de las autoridades de la prisión. Asimismo, aludió que el acceso a internet de los prisioneros no es compatible con las normas jurídicas que les resultan aplicables. Por otro lado, precisó que de las prohibiciones existentes sobre teléfonos y radios de comunicación en prisión es obvio que aquéllas incluyen el internet, pues tienen como objetivo prevenir la comisión de crímenes en prisión.⁴⁸²

- j) El peticionario apeló la decisión e interpretación de la corte de primera instancia, para lo cual argumentó que la corte había ignorado el hecho de que el núcleo de su reclamación fue la restricción de su derecho a la educación y a obtener información, de cara al artículo 25 de la Constitución y a los artículos 10 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos.⁴⁸³
- k) Las autoridades de la correccional de Pravieniškės contestaron la apelación, y señalaron señalando que existía una secundaria en la prisión donde los estudiantes tenían acceso a toda la literatura necesaria para sus estudios, por lo que la ausencia de acceso a internet en la prisión no tenía un impacto en la calidad de los estudios.⁴⁸⁴
- l) El 11 de diciembre de 2007, la Suprema Corte Administrativa desestimó la queja del solicitante, para lo cual aludió que el internet provee una variedad de oportunidades para usar el correo electrónico, obtener información, descargar archivos y vender o comprar cosas. Así, el mismo puede ser usado más allá de propósitos educativos; sin embargo, el derecho de usar internet no es absoluto, por lo que puede ser restringido para ciertos grupos sociales. De esta forma, para la corte no existen provisiones legales en Lituania que permitan a los prisioneros el uso de internet; además, el derecho de los mismos de tener computadoras no debe ser interpretado ampliamente a fin de incluir el derecho de acceso a internet. La Suprema Corte Administrativa ha notado que si los prisioneros tuvieran acceso a internet, las autoridades de la prisión podrían ver obstaculizada su lucha contra el crimen, al estar imposibilitadas para monitorear completamente las actividades de los prisioneros.⁴⁸⁵

⁴⁸² *Idem.*

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 4.

⁴⁸⁴ *Idem.*

⁴⁸⁵ *Ibidem*, pp. 4 y 5.

2. *Derechos humanos en colisión*

En el caso en estudio se observa una interesante tensión entre diversos bienes jurídicos que comportan una protección convencional; en concreto, se trata de una tensión entre un derecho humano y un principio convencional,⁴⁸⁶ que no necesariamente implica un derecho humano, aunque sí se conecta con ciertos derechos humanos.

De esta forma, los derechos humanos y principios convencionales en tensión se mencionan a continuación.

El derecho a recibir y obtener información del prisionero, que deriva del derecho de libertad de expresión, reconocido en el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Este derecho debe entenderse en un sentido amplio; es decir, incluiría el propio derecho de acceso a internet para obtener la información, como lo veremos al analizar la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el tema en cuestión.

Asimismo, se tendría el derecho a la igualdad del prisionero, que se representa con la idea de prohibición de discriminación por cualquier situación como podría ser el estar privado de la libertad por la comisión de algún delito, principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Esos derechos humanos estarían en tensión con el principio convencional de prevención del delito y de seguridad pública, reconocidos en el mismo artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, como posibilidad de restricción a la libertad de expresión y sus dimensiones (derecho a recibir información a través de internet), así como con el principio convencional de la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, consagrados en el artículo 8o. de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Lo anterior, ya que en estricto sentido el derecho de acceso a internet a favor de los reclusos podría, en ciertos casos, representar una herramienta útil para la comisión de delitos informáticos o de otra índole, afectando así la seguridad pública. Aunque, se aclara, no en todos los casos se debe asu-

⁴⁸⁶ Hemos decidido llamar principio convencional a ciertos parámetros de interés general que se reconocen en la Convención Europea de Derechos Humanos, que si bien no representan algún derecho humano en concreto, sí surgen para lograr la mejor protección de los derechos humanos o, por paradójico que parezca, para restringirlos; entre los principios convencionales se identifican, los siguientes: seguridad nacional, integridad territorial, seguridad pública, defensa del orden, imparcialidad del Poder Judicial, entre muchos otros más. Véase artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf, fecha de consulta: 4 de diciembre de 2017.

mir una posición fatalista en torno al acceso a internet en las cárceles, como veremos más adelante al estudiar la argumentación desplegada por la Corte Europea de Derechos Humanos.

Pues bien, como se aprecia, el caso en estudio representa la idea de asuntos paradigmáticos que involucran una tensión compleja entre derechos humanos, o entre derechos y otros principios convencionales. Analicemos entonces la argumentación asumida por la Corte Europea para sustentar su decisión.

3. *Argumentación y sentencia*

Para empezar, se precisa que la Corte Europea inicia su análisis identificando el derecho doméstico relevante aplicable al caso; por ejemplo, la Constitución de Lituania y el Código de Ejecución de Sentencias; asimismo, alude a los instrumentos internacionales relevantes al caso; en concreto, hace alusión a documentos jurídicos internacionales concernientes al rol del internet en conexión con el derecho a recibir información, como la sentencia del caso *Kalda vs. Estonia* de 2016.⁴⁸⁷

Después de presentar el aparato jurídico nacional e internacional aplicable, los jueces de la Corte Europea describieron las consideraciones asumidas por cada una de las partes.

Por lo que hace al quejoso, él estimó que las restricciones a los presos para usar internet no están previstas en la ley de forma expresa, pues el Código de Ejecución de Sentencias sólo prohíbe explícitamente a los prisioneros tener teléfonos y otros medios de comunicación como radios, pero no se señalan en concreto limitaciones al acceso a internet, sino sólo se infieren tales restricciones por parte del gobierno.⁴⁸⁸

En otro sentido, el quejoso destacó que en su caso la restricción al uso de internet en la prisión no tuvo una conexión con el objetivo de prevenir crímenes, pues él solicitó acceso a internet sólo para la página web indicada por el Ministerio de Educación, a fin de obtener información sobre programas de estudio a distancia en Lituania. Asimismo, considera que la prohibición no es proporcional, pues el Ministerio le ha dicho que toda la información sobre los programas de educación están disponibles en una página web del gobierno; así, alude que un número de Estados permiten, de forma limitada, el acceso a

⁴⁸⁷ Corte Europea de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 6-9.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, p. 10.

internet para fines educativos, lo que demuestra que la restricción absoluta que existe en Lituania es desproporcionada.⁴⁸⁹

Por lo que respecta al gobierno, el mismo manifestó que la reclamación del quejoso es inadmisibile, ya que no sufrió una significativa afectación, porque él ha atendido ciertos cursos en la correccional de Pravieniškės; por otro lado, respalda la decisión de la corte, en torno a que las obligaciones positivas del Estado, conforme al artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, no pueden interpretarse como un requerimiento para proveer una forma particular de acceso a la información por parte de los prisioneros.⁴⁹⁰

En el mismo sentido, el gobierno entiende que la prohibición del acceso a internet en prisión busca prevenir crímenes; así cree que dar acceso al mismo puede ser usado como un medio de comunicación similar a otros objetos prohibidos; por ejemplo, teléfonos móviles, que algunas veces los prisioneros usan ilegalmente a fin de cometer nuevos delitos, concretamente fraude telefónico, o para influir a que otros participen en actividades delictivas.⁴⁹¹

Asimismo, la autoridad señala que la interferencia a los derechos del prisionero es necesaria y proporcional; como lo notó la Suprema Corte Administrativa, el abanico de oportunidades ofrecidas por internet puede constituir una amenaza para los derechos de otras personas. Sobre esto, se requiere un gran esfuerzo de las autoridades de la prisión para prevenir cualquier potencial acto ilegal. Así, se estableció que internet es una manera de recibir información, por lo que los prisioneros pueden ejercer dicho derecho de forma efectiva por otros medios, como la correspondencia postal a través de las autoridades de la prisión. En el presente caso, la información referente a la admisión a escuelas es difundida en la prensa y en publicaciones especiales, las cuales pueden ser comunicadas por los familiares del quejoso.⁴⁹²

Una vez identificadas las consideraciones hechas valer por las partes, los jueces de la Corte Europea se dieron a la tarea de analizar la admisibilidad del asunto, para lo cual estimaron, entre muchas otras cosas, que la queja se refería al derecho a recibir información reconocido en el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos; en concreto, determinaron que la reclamación del quejoso era admisible.⁴⁹³

⁴⁸⁹ *Ibidem*, pp. 10 y 11.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, p. 11.

⁴⁹¹ *Ibidem*, pp. 11 y 12.

⁴⁹² *Ibidem*, p. 12.

⁴⁹³ *Ibidem*, pp. 12 y 13.

Después de superar la etapa de admisibilidad de la reclamación, la Corte Europea entró al estudio del fondo del asunto, lo que implicó analizar los méritos de la queja, para lo cual dividió su razonamiento en dos etapas; por un lado, para identificar la existencia de una interferencia; por el otro, para saber si la interferencia era justificada.⁴⁹⁴

Sobre la existencia de una interferencia, la Corte precisó que el público tiene un derecho a recibir información sobre intereses generales; todavía más, destacó que la misma ha sostenido que dicho derecho prohíbe al gobierno prevenir a una persona de la recepción de información que otros desean o están en posibilidad de impartir.⁴⁹⁵

Aún más, para la Corte, en el caso en análisis, la cuestión a considerar no era la negativa de las autoridades para atender la solicitud de información, sino más bien el punto a dilucidar se relacionaba con la forma en que se solicitó el acceso a la información; esto es, vía internet y derivado de un pedimento de un prisionero. En este sentido, la Corte reiteró que a la luz de su accesibilidad y capacidad para almacenar y comunicar una vasta cantidad de información, el internet juega un importante rol en la expansión del acceso público a las noticias y facilita la diseminación de la información en general.⁴⁹⁶

Pese a ello, la Corte advirtió que una prisión inevitablemente comporta diversas restricciones para las comunicaciones de los prisioneros en comparación con el mundo exterior; en donde se incluyen las habilidades para recibir información. Así, el artículo 10 de la Convención Europea no puede ser interpretado en el sentido de que imponga una obligación general de acceso a internet, o de acceso a específicos sitios de internet para los prisioneros.⁴⁹⁷

Sin embargo, en las circunstancias del caso, desde que el acceso a la información relacionada con la educación está garantizado bajo el derecho de Lituania, la Corte acepta que la restricción de acceso al sitio de internet que el Ministerio de Educación señala en contestación a la solicitud del quejoso sobre programas educativos constituye una interferencia con el derecho a recibir información.⁴⁹⁸

Por otra parte, respecto de la justificación de la interferencia, la Corte dividió su argumentación en tres partes, a saber: a) si la interferencia estaba

⁴⁹⁴ *Ibidem*, pp. 14 y 15.

⁴⁹⁵ *Ibidem*, p. 13.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, pp. 13 y 14.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 14.

⁴⁹⁸ *Idem*.

prescrita en una ley; *b*) si la interferencia persiguió un objetivo legítimo, y *c*) si la interferencia era necesaria en una sociedad democrática.

Sobre si la interferencia estaba prescrita en una ley, la Corte reconoció que en 2006, cuando el quejoso solicitó acceso a internet en la cárcel, no existía un impedimento expreso para el uso de internet en las prisiones. La prohibición sobre *otras formas de comunicación electrónica*, dentro de las cuales pueden ser comprendidas también las formas de acceso a internet, fueron incluidas en marzo de 2010 en el anexo 1 del Código de Ejecución de Sentencias. Sea como fuera, la Corte identificó que en 2006 diversas normas y leyes domésticas establecían una prohibición concreta para prisioneros respecto de teléfonos móviles y radios de comunicación, por lo que no era irracional sostener que todas esas prohibiciones podrían ser eludidas si los reclusos tenían acceso a internet.⁴⁹⁹

Por lo anterior, la Corte no consideró que el quejoso fuera dejado sin una indicación respecto a que existía una prohibición para el uso de internet en prisión, derivado de lo cual concluyó que la prohibición a los presos sobre el uso de internet en la cárcel estaba prescrita por una ley dentro del contexto del artículo 10.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos.⁵⁰⁰

Ahora bien, por lo que hace a si la interferencia persiguió un objetivo legítimo, la Corte aceptó el argumento de la autoridad sobre que la interferencia en cuestión buscó cumplir con el objetivo de proteger los derechos de otras personas y prevenir el desorden y la comisión de delitos. Todavía más, la Corte reconoció que las cortes nacionales debían identificar la situación prevaleciente en el Estado, en la que un número de estafadores telefónicos de las prisiones habían defraudado a personas con grandes cantidades de dinero.⁵⁰¹

En otro orden de ideas, sobre si la interferencia era necesaria en una sociedad democrática, los jueces internacionales advirtieron, en primer lugar, que el sitio de internet al que el quejoso quería tener acceso contenía información acerca de aprendizaje y programas estudios en Lituania; por ejemplo, sobre los requisitos de ingreso a una escuela, así como información sobre ofertas de trabajo para desempleados. Así, para la Corte no era irracional sostener que dicha información era directamente relevante para los intereses educativos del quejoso, lo que a su vez era importante para su rehabilitación y subsecuente reintegración a la sociedad.⁵⁰²

⁴⁹⁹ *Ibidem*, pp. 14 y 15.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, p. 15.

⁵⁰¹ *Idem*.

⁵⁰² *Ibidem*, p. 15.

Adicionalmente, la Corte estimó que las decisiones de las autoridades de Lituania se centraron en las prohibiciones legales para el acceso a internet de los prisioneros en lugar de examinar el argumento del quejoso respecto a la necesidad de poder acceder a una página web específica para su educación.⁵⁰³

En sentido similar, los jueces internacionales observaron que las autoridades de la prisión y las cortes locales de Lituania no fueron tan lejos incluso para discutir que el extendido acceso a internet puede implicar costos adicionales para el Estado; así, no consideraron el hecho de que el quejoso requirió acceso a una página web creada y administrada por el Ministerio de Educación, que es una institución del Estado.⁵⁰⁴

A todo esto, los jueces de la Corte europea fueron conscientes de que en varias recomendaciones del Consejo de Europa y en otros instrumentos internacionales el servicio público de internet tiene un valor e importancia para el disfrute de un rango de derechos humanos reconocidos; en concreto, el acceso a internet ha sido ampliamente entendido como un derecho, por lo cual se ha llamado a un desarrollo efectivo de las políticas a fin de lograr un acceso universal a internet y superar la brecha digital.⁵⁰⁵

De esta manera, la Corte consideró que tal desarrollo refleja el importante rol que juega internet en la vida diaria de las personas, en particular, desde que cierta información está disponible exclusivamente en internet. De hecho, en el caso que se estudia, la página web a la que deseaba ingresar el quejoso provee comprensiva información sobre diversas opciones de estudio en Lituania; así, las autoridades de dicho país no consideraron una posibilidad de dar una concesión limitada o controlada de acceso a internet al quejoso, a fin de que pudiera ingresar a un sitio particular administrado por una institución estatal, lo cual no representaba ningún riesgo de seguridad.⁵⁰⁶

Por todo lo anterior, para los jueces internacionales no existieron suficientes razones expuestas para justificar la interferencia al derecho de recibir información del quejoso; aún más, la objeción del gobierno de que el quejoso no sufrió significativas desventajas con la restricción debe ser desestimada; de esta forma, la Corte concluyó su argumentación señalando que la interferencia con el derecho del quejoso de recibir información, en las específicas circunstancias del caso, no puede ser considerada como neces-

⁵⁰³ *Ibidem*, p. 16.

⁵⁰⁴ *Idem*.

⁵⁰⁵ *Ibidem*, p. 16.

⁵⁰⁶ *Ibidem*, pp. 16 y 17.

ria en una sociedad democrática, por lo que determinó que sí hubo una violación al artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos.⁵⁰⁷

Con base en dichas razones, por unanimidad, los jueces de la Corte de Estrasburgo decidieron lo siguiente: *a)* rechazar los méritos de las objeciones del gobierno respecto a que el quejoso no sufrió una significativa desventaja en sus derechos; *b)* declarar la demanda sobre el derecho a recibir información como admisible; *c)* sostener que hubo una violación al artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, y *d)* sostener que la identificación de la violación constituye por sí misma una justa y suficiente satisfacción por el daño no pecuniario aludido por el quejoso.⁵⁰⁸

4. *Criterios de evaluación de la argumentación utilizados*

Como se pudo observar a lo largo de la argumentación desplegada en el caso “acceso a internet en prisión”, sí existieron algunos criterios de evaluación de la misma, por lo que se puede asumir que el estudio de dicho asunto judicial contribuye al desarrollo de nuestra investigación, esencialmente, por dos motivos; por un lado, porque confirma el estatus actual en México y otros países latinoamericanos en torno a la preferencia de la teoría de la argumentación de Alexy para justificar las decisiones (recuérdese el esquema argumentativo utilizado por nuestro máximo tribunal en el caso “uso lúdico de la marihuana”); por el otro, porque resalta nuevos criterios para la toma de decisiones en casos considerados paradigmáticos.

Ahora bien, sin desconocer la falta de justificación en la elección de los criterios de evaluación en el caso en comentario (lo cual ya representa un problema en la decisión), a modo de resumen se decantan los siguientes parámetros de evaluación utilizados en el mismo:

- De los fines legítimos.
- De necesidad.
- Económico.

Como se aprecia, los criterios de evaluación de la argumentación son limitados en comparación con otros casos, como los analizados a lo largo de la presente investigación; sin embargo, cabe indicar que los mismos fueron contundentes para respaldar el sentido de la decisión. Repasemos pues las

⁵⁰⁷ *Ibidem*, p. 17.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, pp. 18 y 19.

implicaciones de cada uno de los parámetros que sirvieron de sustento de la sentencia emitida por el Tribunal de Estrasburgo.

Sobre el criterio de los fines legítimos, se observa que el mismo deviene de las ideas plasmadas por Robert Alexy en su teoría de la argumentación jurídica; en el caso concreto, los jueces internacionales estudiaron el alcance de la interferencia al derecho de los presos de recibir información a través de internet, para lo cual concluyeron que la afectación del derecho de acceso a internet, consecuentemente, de recibir información, sí perseguía un fin legítimo, que debía ser protegido por la autoridad; esto es, la prevención del delito y del desorden social. Derivado de lo cual estaba justificada la afectación a dicho derecho humano, al menos bajo este parámetro de la argumentación.

Por lo que respecta al criterio de necesidad, se observa que también se sustentó en el pensamiento de Alexy, aunque tuvo ciertas variaciones en su aplicación, pues los jueces internacionales no efectuaron un análisis más profundo en torno a la búsqueda de otras medidas menos dañinas del derecho a recibir información (como lo exige esta grada de test de Alexy). En particular, con el mismo la Corte Europea se preguntó si la vulneración a ese derecho era necesaria en una sociedad democrática, por lo cual identificó que el quejoso deseaba acceder a una página web con contenido educativo, lo que era relevante para su rehabilitación social. Aún más, como se recordará, para los jueces internacionales el acceso a internet es un derecho humano, por lo que se debe buscar que todas las personas tengan acceso al mismo, a fin de eliminar la brecha digital existente.

Con base en dichas consideraciones, para el tribunal de Estrasburgo las autoridades responsables fallaron en considerar como medida alterna (menos gravosa) la posibilidad de dar acceso a internet de forma controlada al quejoso, lo cual conllevaría que sólo pudiera ingresar a una página web que contenía información educativa y opciones de estudios operada por una institución pública, lo que en esencia no implicaba un riesgo para el orden público o la seguridad de las personas. Por ello, se concluyó que no se cumplió con el criterio de necesidad de esta manera, para la Corte Europea la afectación al derecho de recibir información del reclamante no pudo ser estimada como necesaria en una sociedad democrática del ámbito actual.

Bajo este sendero, se aprecia que el criterio de necesidad fue determinante para el sentido de la decisión, ya que al no poderse acreditar se determinó que las autoridades locales no habían respaldado adecuadamente sus decisiones sobre afectar el derecho de recibir información vía internet por parte del quejoso.

Finalmente, en torno al criterio económico, se tiene que la Corte Europea lo utilizó para resaltar que las autoridades locales de Lituania no reali-

zaron un examen exhaustivo de la causa de la queja, ya que no discutieron el hecho de que el mantenimiento de la información educativa en la página web a la que el quejoso desea acceder representaba un costo para el Estado, pues la misma página era mantenida y operada por un ente público, por lo cual, se interpreta, aunque no lo indicara así expresamente el tribunal, que al negarle el acceso a la página de internet al recluso, se estarían desaprovechando los recursos invertidos por el Estado para la difusión de información educativa en Lituania vía internet.

Con base en los tres criterios de evaluación de la argumentación operados por la Corte Europea en su conjunto, se puede asumir que el sentido de la sentencia de la Corte fue correcto y adecuado, ya que pudo justificar que la afectación al derecho de recibir información (vía internet) no era necesaria en una sociedad democrática; así, al no haber logrado acreditar todas las gradas del test aplicado, se asume que efectivamente era injustificada la afectación a ese derecho, por lo que se debía restituir al quejoso en sus derechos.

En síntesis, a pesar de que en la aplicación del test de proporcionalidad de Alexy la decisión sí logró acreditar que la interferencia perseguía un fin legítimo, se tuvo que no superó el criterio de necesidad ni el de economía (que no surgió en la teoría de la argumentación de Alexy), por lo que la sentencia debía ordenar dejar sin efectos las determinaciones de las autoridades locales, que habían establecido como correcto el postulado de afectar el derecho de recibir información a través de internet por parte de los reclusos.

IV. ANÁLISIS DEL *CASO DUQUE VS. COLOMBIA*

“ACCESO A PENSIÓN DE SOBREVIVENCIA PARA PAREJAS DEL MISMO SEXO” DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. *Descripción del caso*

Para tener una radiografía completa del caso en estudio, en el presente apartado se expondrán todas las cuestiones fácticas y de derecho que generó el asunto en análisis. Se aclara que para la presentación de tales cuestiones se seguirá, en cierta medida, el esquema propuesto por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CoIDH);⁵⁰⁹ así, se tienen las siguientes consideraciones de hecho y de derecho:

⁵⁰⁹ Sobre esto, se precisa que la CoIDH presentó los hechos del asunto bajo los siguientes rubros: a) situación de Ángel Alberto Duque y su solicitud a Colfondos respecto a la pensión de sobrevivencia de su pareja; b) marco legal del sistema de seguridad social en Colombia; c)

- 1) Ángel Alberto Duque (quejoso) y el señor J. O. J. G fueron pareja hasta el 15 de septiembre de 2001, cuando este último falleció como consecuencia del síndrome de inmunodeficiencia adquirida que padecía. Cabe hacer notar que Duque es portador de la infección por VIH, por lo que se encontraba recibiendo un tratamiento antirretroviral al momento de la muerte de su pareja, mismo que no debía suspenderse, pues podría implicar un riesgo para su vida.⁵¹⁰
- 2) El señor J. O. J. G estaba afiliado a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías (Colfondos, S. A.); a consecuencia de su muerte, Duque solicitó, el 19 de marzo de 2002 a dicha compañía, que le precisara los requisitos para tramitar la pensión de sobrevivencia de su pareja.⁵¹¹
- 3) El 3 de abril de 2002, Colfondos atendió la solicitud del señor Duque señalándole que no tenía el carácter de beneficiario, de conformidad con la Ley 100 de 1993, pues la misma se entiende, derivado de una norma reglamentaria, en el contexto de la unión entre un hombre y una mujer y no entre personas del mismo sexo, por lo que el solicitante no podría acceder a la pensión de sobrevivencia.⁵¹²
- 4) Derivado de la respuesta negativa de Colfondos, el 26 de abril de 2002 el señor Duque presentó una acción de tutela solicitando acceso a la pensión a su favor, para lo cual señaló que había sido pareja del señor J. O. J. G, que no tenía ingresos propios, que vivía con VIH, que estaba bajo un tratamiento antirretroviral que no debía suspenderse, y que al tener acceso a la pensión de sobreviviente, contaría con los medicamentos y la atención médica que su condición requería.⁵¹³
- 5) El 5 de junio de 2002, el Juzgado Décimo Civil de Bogotá negó la tutela promovida al argumentar que el quejoso no reunía los requisitos de ley para recibir la pensión de supervivencia, así como que ninguna jurisprudencia ha reconocido tal derecho a las parejas de

acciones de tutela presentadas para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia, y d) jurisprudencia posterior de la Corte Constitucional de Colombia. Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Duque vs Colombia*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 26 de febrero de 2016, Serie C, núm. 310, p. 20, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf, fecha de consulta: 10 de diciembre de 2017.

⁵¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 21.

⁵¹¹ *Idem*.

⁵¹² *Ibidem*, pp. 21 y 22.

⁵¹³ *Ibidem*, pp. 23 y 24.

homosexuales, por lo que no era procedente inaplicar la ley que regulaba la pensión de supervivencia ni conceder el amparo solicitado.⁵¹⁴

- 6) La sentencia que negó la tutela fue impugnada por el quejoso; sin embargo, el Juzgado Doce Civil de Bogotá confirmó la negativa mediante resolución del 19 de julio de 2002. Para sustentar su determinación, el juzgado señaló que no se vislumbró una violación de los derechos constitucionales del quejoso, ya que se buscó obtener un amparo para la protección de derechos patrimoniales y prestaciones sociales, que no son objeto del mismo, pues tales derechos tienen su fuente inmediata en la ley.⁵¹⁵
- 7) El 26 de agosto de 2002, el caso de tutela fue radicado en la Corte Constitucional de Colombia, pero no fue elegido para su estudio y revisión.⁵¹⁶
- 8) El 8 de febrero de 2005 se presentó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una petición por la Comisión Colombiana de Juristas y Germán Humberto Rincón Perfetti en representación del señor Duque.⁵¹⁷
- 9) Cabe indicar que durante el trámite internacional de la citada petición, en el ámbito nacional, a partir de 2007, la Corte Constitucional colombiana comenzó a reconocer a las parejas del mismo sexo ciertos derechos, como el de pensión, seguro social y propiedad; aún más, en 2008, la Corte determinó en la sentencia C-336, que las parejas del mismo sexo tienen derecho a la pensión de sobrevivientes. Por otro lado, a partir de 2010 la Corte Constitucional de Colombia precisó en varias sentencias que en el supuesto de que un miembro de una pareja del mismo sexo hubiese muerto antes de la sentencia C-336 de 2008, no implicaría que a su pareja se le deba negar la pensión de sobrevivencia.⁵¹⁸
- 10) De regreso al proceso internacional, el 2 de noviembre de 2011, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó el informe de admisibilidad del caso, en el cual declaró la admisión de la petición por la probable afectación de los derechos reconocidos en los artículos 5, 8.1, 24 y 25 del Pacto de San José (derecho a la in-

⁵¹⁴ *Ibidem*, p. 24.

⁵¹⁵ *Ibidem*, pp. 24 y 25.

⁵¹⁶ *Ibidem*, p. 25.

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 4.

⁵¹⁸ *Ibidem*, p. 25.

tegridad personal, de garantía y protección judicial e igualdad ante la ley).⁵¹⁹

- 11) El 2 de abril de 2014, la Comisión Interamericana emitió su informe de fondo del caso; en él estableció ciertas conclusiones y recomendaciones para el Estado colombiano. En concreto, concluyó que el Estado era responsable por la violación de los derechos de Ángel Alberto Duque a la integridad personal, garantías judiciales, protección judicial, de igualdad y no discriminación. Por otro lado, la Comisión recomendó al Estado colombiano lo siguiente: *a)* reparar al señor Duque por las violaciones a sus derechos humanos, lo que implicaría el otorgamiento de la pensión de sobrevivencia, una justa compensación y el acceso ininterrumpido a los servicios de salud; *b)* garantizar la no repetición de los hechos, y *c)* adoptar medidas para garantizar que las parejas del mismo sexo no sean discriminadas en el ámbito de los servicios de seguridad social.⁵²⁰
- 12) El 21 de octubre de 2014, la Comisión Interamericana remitió el caso a la CoIDH, a fin de obtener justicia para el señor Duque, para lo cual refirió que el Estado colombiano en sus informes respectivos, no presentó una propuesta particular de reparación integral a favor de la víctima; asimismo, que no reconoció la existencia de un ilícito internacional.⁵²¹
- 13) El envío del caso por parte de la Comisión Interamericana fue notificado al Estado y a los representantes de la posible víctima el 11 de noviembre de 2014 por la CoIDH. El 12 de enero de 2015, los representantes del señor Duque presentaron vía correo electrónico su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas ante la CoIDH.⁵²²
- 14) El 1 de abril de 2015, el Estado demandado presentó vía correo electrónico ante la CoIDH su escrito de contestación y de excepciones preliminares.⁵²³
- 15) El 1 de junio de 2014, los representantes del señor Duque y la Comisión Interamericana enviaron sus observaciones a las excepciones preliminares interpuestas por el Estado demandado, para lo cual pidieron a la CoIDH que fueran rechazadas.⁵²⁴

⁵¹⁹ *Ibidem*, p. 4.

⁵²⁰ *Ibidem*, pp. 4 y 5.

⁵²¹ *Ibidem*, p. 5.

⁵²² *Ibidem*, p. 6.

⁵²³ *Idem*.

⁵²⁴ *Ibidem*, p. 6.

- 16) El 25 de agosto de 2015 fue celebrada una audiencia pública; en ella se recibieron las declaraciones del señor Duque y de los peritos de las partes, así como las observaciones y alegatos finales orales de las partes.⁵²⁵
- 17) El 25 de septiembre de 2015, los representantes de la presenta víctima y el Estado demandado enviaron sus respectivos alegatos finales escritos; asimismo, la Comisión Interamericana presentó sus observaciones finales escritas del caso.⁵²⁶
- 18) La CoIDH comenzó en análisis y deliberación de la sentencia que se comenta el 25 de febrero de 2016.⁵²⁷

Una vez detallado el origen del caso y las etapas jurídicas que atravesó éste para llegar a la CoIDH, en adelante se precisarán los derechos humanos en tensión que se manifestaron en el asunto en estudio.

2. *Derechos humanos en colisión*

Del estudio del caso en cuestión se desprende una colisión interesante entre derechos humanos y principios del Estado constitucional de derecho, que si bien no fue planteada expresamente por los jueces interamericanos, sí resulta visible de las consideraciones y hechos del asunto; en concreto, se observa una tensión entre los siguientes derechos humanos y principios:

Por un lado, se tiene el derecho humano a la igualdad y no discriminación del señor Duque, reconocido en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que él no pudo acceder a la pensión de sobreviviente, derivado de su orientación sexual, que lo llevó a tener como pareja una persona del mismo sexo, la cual no era posible obtener, bajo las leyes vigentes de la época en que solicitó la pensión.

Asimismo, a pesar de que la CoIDH no los reconoció, como veremos más adelante, se tienen los derechos humanos a la vida y a la integridad personal consagrados en los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; ello, derivado de que la negación de acceso a la pensión de sobreviviente implicó la interrupción de la asistencia médica y del otorgamiento de los medicamentos al señor Duque, que en su calidad de paciente con VIH necesitaba y no podía interrumpir por ninguna circuns-

⁵²⁵ *Idem.*

⁵²⁶ *Ibidem*, p. 7.

⁵²⁷ *Idem.*

tancia, pues de lo contrario su vida e integridad física estaría en grave riesgo como es entendido en el ámbito médico.

Ahora bien, esos derechos humanos estarían en colisión con el principio de legalidad, que puede entenderse como la obligación que tienen todas las autoridades en un Estado constitucional de derecho de cumplir y aplicar las leyes siempre y cuando sean compatibles con los derechos humanos. En el caso que se comenta, se tuvo que una ley no regulaba la posibilidad de que parejas del mismo sexo pudieran acceder a una pensión de sobrevivencia, y sólo se permitía para las parejas conformadas por personas de diferente sexo, por lo que las autoridades colombianas, en cumplimiento del principio de legalidad, determinaron negarle el acceso a la pensión al señor Duque; esto es, privilegiaron el principio de legalidad sobre los derechos humanos a la vida, a la integridad personal y a la igualdad.

Cabe notar que el principio de legalidad, bajo una interpretación extensiva, se encuentra reconocido en el artículo 9o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regula la irretroactividad de la ley en materia penal; lo anterior es así ya que las autoridades y jueces locales de Colombia tuvieron como sustento de su actuación la idea de la aplicación de las leyes; esto es, la materialización del principio de legalidad del Estado constitucional colombiano, que, en nuestra opinión, no fue asumida correctamente, ya que si bien dicho principio sigue siendo vigente en un Estado democrático, el mismo debe operar si las leyes son compatibles con los derechos humanos; de no ser así, es posible inaplicar las mismas leyes, sin que ello implique una vulneración del Estado constitucional; por el contrario, comporta su perfeccionamiento y realce.

En suma, la colisión que se presentó en este caso fue distinta a las tensiones que hemos analizado a lo largo de la presente investigación, ya que implicó un enfrentamiento entre un derecho humano y un principio del Estado constitucional de derecho, por lo que se reafirma la posibilidad de colisiones entre distintos intereses jurídicos valiosos de relevancia para su protección convencional y constitucional.

3. Argumentación y sentencia

Para comenzar, se señala que la CoIDH se centró en analizar las excepciones preliminares hechas valer por el Estado demandado, que en esencia indicó que el quejoso no había agotado todos los recursos existentes en el derecho doméstico respecto al reconocimiento de la pensión de supervivencia,

como es el recurso administrativo ante la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías y el respectivo recurso judicial.⁵²⁸

Para la CoIDH, la acción de tutela presentada por el señor Duque (que buscaba obtener la pensión de sobrevivencia y el acceso a servicios médicos) era un recurso adecuado y efectivo para atender las necesidades del reclamante, ello con independencia de la existencia de otros recursos ordinarios específicos, que también podían ser interpuestos para lograr el mismo fin. De esta manera, la Corte determinó que el señor Duque sí había agotado los recursos de la jurisdicción interna, en términos de lo señalado por el artículo 46 del Pacto de San José, por lo que, con base, principalmente, en dicha razón, desestimó las excepciones preliminares hechas valer por el Estado demandado.⁵²⁹

Todavía más, por lo que respecta a la falta de agotamiento de los recursos internos frente a los derechos a la vida e integridad personal, el Estado demandado señaló que la acción de tutela constituye una figura judicial efectiva para proteger los derechos a la vida, a la salud y a la integridad personal, derivado de lo cual, el señor Duque tenía que agotar el recurso frente a la falta de continuidad o interrupción del tratamiento médico antirretroviral, que no se encontraba ligada a la reclamación de acceso a la pensión de sobreviviente.⁵³⁰

En respuesta a los señalamientos, la CoIDH identificó que la acción de tutela promovida por el señor Duque refería la violación de su derecho a la salud, lo cual estaba en conexión con el acceso a un esquema de protección específico del derecho a la salud, al que sólo se podía acceder si se contaba con la pensión de superviviente. A la luz de ello, para la Corte los recursos internos frente a los derechos a la vida e integridad personal fueron agotados mediante la presentación de la acción de tutela por parte del quejoso, en la cual solicitó el acceso a la citada pensión, por lo que la CoIDH desestimó también esta excepción preliminar presentada por el Estado demandado.⁵³¹

Sobre el análisis expuesto por la CoIDH en lo que toca al fondo del asunto, para efectos prácticos, éste se dividió en tres rubros: *a)* el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación; *b)* los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, y *c)* el derecho a la integridad personal y el derecho a la vida.⁵³²

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 8.

⁵²⁹ *Ibidem*, pp. 12 y 15.

⁵³⁰ *ibidem*, p. 16.

⁵³¹ *Ibidem*, pp. 17 y 18.

⁵³² *Ibidem*, p. 26.

A. *El derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación*

La argumentación de este punto fue dividida, a su vez, en los siguientes puntos: *a)* derecho a la igualdad y a la no discriminación; *b)* el derecho a la igualdad ante la ley en el presente caso; *c)* la aludida cesación y reparación del hecho ilícito internacional en el presente asunto, y *d)* conclusión.⁵³³

Sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación, la Corte fijó los parámetros de comprensión y alcance del mismo, para lo cual aludió a las interpretaciones que sobre la discriminación ha dado el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas; asimismo, refirió el estatus actual del principio de igualdad y no discriminación como norma del *ius cogens*, así como la obligación de los Estados de adoptar medidas positivas para revertir o modificar circunstancias discriminatorias existentes en sus sociedades. Finalmente, la CoIDH observó que existe un vínculo estrecho entre las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación.⁵³⁴

En torno al derecho a la igualdad ante la ley en el presente caso, la Corte identificó que las normas jurídicas de Colombia, que reglamentaban las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial y de seguridad social, contenían una diferencia de trato entre las parejas heterosexuales y las parejas del mismo sexo (que no podían formar tal unión).⁵³⁵

Por otro lado, la Corte argumentó que la orientación sexual de las personas es una categoría protegida por el Pacto de San José, por lo que está prohibida bajo la misma cualquier regla, acto o práctica discriminatoria sustentada en la orientación sexual de las personas.⁵³⁶

Aún más, para los jueces interamericanos toda diferencia de trato debe tener una justificación objetiva y razonable, a fin de que no sea discriminatoria; en este sentido, la Corte indicó que la posible restricción de un derecho humano requiere de una fundamentación rigurosa, a saber: que las razones emitidas para establecer la diferencia sean serias y que se sustenten en una argumentación exhaustiva.⁵³⁷ De esta forma, para la Corte, el Estado demandado no presentó una explicación sobre la necesidad de la diferencia

⁵³³ *Ibidem*, p. 27.

⁵³⁴ *Ibidem*, pp. 28 y 29.

⁵³⁵ *Ibidem*, p. 31.

⁵³⁶ *Idem*.

⁵³⁷ *Ibidem*, p. 32.

de trato para las parejas del mismo sexo en relación con las parejas integradas por personas de diferente sexo.⁵³⁸

Para respaldar su argumentación jurídica, la CoIDH aludió a diversos instrumentos y consideraciones internacionales que abordan el tema; en concreto, refirió sobre el derecho a la pensión de las parejas del mismo sexo, que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas ha asumido que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prohíbe toda discriminación (de hecho o de derecho) por motivos, entre otros, de posición económica, estado de salud y orientación sexual, que busquen afectar el ejercicio del derecho a la seguridad social.⁵³⁹

En el mismo sentido, destacó la CoIDH que en la Observación General 20, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha precisado que los Estados parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tienen que cerciorarse de que las preferencias sexuales de las personas no sean un obstáculo para hacer realidad los derechos consagrados en dicho Pacto.⁵⁴⁰

Por otro lado, los jueces interamericanos resaltaron la existencia de los Principios de Yogyakarta sobre el derecho internacional de los derechos humanos en torno a la orientación sexual, que establecen en su principio 13, que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a diversas medidas de protección social, sin discriminación por cuestiones de orientación sexual.⁵⁴¹

De la misma forma, precisó la CoIDH que el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ahora Consejo de Derechos Humanos) ha determinado que la diferenciación en el acceso al derecho de pensión entre las parejas del mismo sexo y las parejas integradas por personas de diferente sexo no puede ser razonable ni objetivo, pues no se cuenta con factores que justifiquen la existencia de tal distinción.⁵⁴²

Con todo, los jueces interamericanos no se conformaron con aludir a criterios y posturas internacionales, sino que también analizaron y observaron la situación del tema en el ámbito nacional de los siguientes países de la región interamericana: México, Uruguay, Argentina, Brasil, Chile y Estados Unidos, lo cual se aprecia adecuado, pues uno de los retos que enfrenta la

⁵³⁸ *Idem.*

⁵³⁹ *Idem*, p. 32.

⁵⁴⁰ *Idem.*

⁵⁴¹ *Idem.*, p. 32.

⁵⁴² *Ibidem*, p. 33.

CoIDH es mirar hacia el ámbito de protección de los derechos humanos en sede nacional, y no sólo internacional.

Por lo que hace a México, la CoIDH observó que en la Ciudad de México está regulada desde 2006 la sociedad de convivencia entre personas del mismo sexo y el matrimonio entre ellas desde 2009. Todavía más, en 2015 la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que las leyes de los estados que consideren que la finalidad del matrimonio es la procreación o que lo entiendan únicamente como el que se celebra entre un hombre y una mujer son inconstitucionales. Además, señaló que no se debe excluir injustificadamente el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas integradas por personas de distinto sexo.⁵⁴³

Para el caso de Uruguay, señaló la Corte que desde 2007 se cuenta con la Ley sobre la Unión Concubinaria, que se aplica a las parejas del mismo sexo, en la cual se reconoce a los beneficiarios de la pensión de sobrevivencia, cualquiera que sea su sexo u orientación sexual. Asimismo, se identificó que en ese país se reconoció el matrimonio de las parejas del mismo sexo desde 2013.⁵⁴⁴

Respecto a Argentina, en la ciudad de Buenos Aires, desde 2002, se reconoce la unión civil de las parejas del mismo sexo; en el ámbito nacional, ésta es posible desde 2010; asimismo, en 2008 la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció el derecho a la pensión a los convivientes del mismo sexo; en esta misma línea, la Corte Suprema autorizó en 2011 el derecho al pago retroactivo de la pensión por fallecimiento a las parejas del mismo sexo.⁵⁴⁵

En el caso de Brasil, la CoIDH identificó el avance en la materia por parte de dicho país; así, señaló que, en diciembre de 2010, un decreto ejecutivo autorizó el derecho a las parejas del mismo sexo a recibir pensión por la muerte de su pareja. Aún más, en mayo de 2011, el Supremo Tribunal Federal reconoció a las parejas de mismo sexo y les garantizó los mismos derechos que a las integradas por personas de diferente sexo. Finalmente, en mayo de 2013 el Consejo Nacional de Justicia determinó, con base en el principio de no discriminación, que no es dable negar el matrimonio o las uniones de hecho a las parejas homosexuales.⁵⁴⁶

⁵⁴³ *Idem.*

⁵⁴⁴ *Idem.*, p. 33.

⁵⁴⁵ *Ibidem*, p. 34.

⁵⁴⁶ *Idem.*

En sentido similar, aunque varios años después, en Chile, desde octubre de 2015, las parejas del mismo sexo tienen los mismos derechos pensionarios que las parejas heterosexuales.⁵⁴⁷

Sobre la situación en los Estados Unidos, la Corte Suprema de Justicia de ese país ha señalado que la protección del derecho a contraer matrimonio aplica con igual fuerza para las parejas homosexuales. De esta forma, la Corte Suprema ha expresado que si bien los estados de la Federación son libres para determinar los beneficios que confieren a todas las parejas, en la historia americana se han reconocido diversos derechos en el matrimonio, entre los que se encuentran el acceso al hospital, los derechos y beneficios de los sobrevivientes y el derecho al seguro de salud.⁵⁴⁸

Por lo que hace a Colombia, la CoIDH esbozó que la Corte Constitucional colombiana, en su sentencia C-336 de 2008 en materia de pensiones de sobrevivencia a parejas homosexuales, precisó que el Estado debe establecer las condiciones para el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, para lo cual deben existir esquemas jurídicos similares para todas las personas sin importar su orientación sexual. En este sentido, en torno a las pensiones de sobrevivientes, los jueces constitucionales colombianos concluyeron que no existe una justificación racional para mantener un trato discriminatorio que impida a las personas homosexuales acceder a la pensión de sobrevivientes como lo hacen las parejas heterosexuales.⁵⁴⁹

Pues bien, con base en todas las consideraciones y argumentaciones expuestas por la CoIDH en torno al derecho a la igualdad ante la ley en el presente caso, la misma CoIDH determinó que la falta de consenso en algunos países de la región sobre el respeto de los derechos de las minorías sexuales no puede ser utilizado como un argumento para negar o restringir sus derechos humanos o, peor aún, para continuar con la discriminación histórica que esas minorías han padecido.⁵⁵⁰

En concreto, la Corte concluyó que el Estado demandado no presentó una justificación objetiva y razonable para la existencia de una restricción a fin de que las parejas homosexuales puedan tener acceso a una pensión de sobrevivencia, por lo que los jueces interamericanos encontraron que la distinciones señaladas en las normas impugnadas por el señor Duque en torno a la orientación sexual para obtener dicha pensión son, desde luego, discriminatorias y vulneran el contenido del artículo 24 del Pacto de San José.⁵⁵¹

⁵⁴⁷ *Ibidem*, p. 34.

⁵⁴⁸ *Ibidem*, pp. 34 y 35.

⁵⁴⁹ *Ibidem*, p. 35.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, p. 36.

⁵⁵¹ *Idem*.

Por consiguiente, la Corte determinó que la normatividad interna vigente en 2002, que no posibilitó el pago de pensiones a parejas homosexuales, materializó una diferencia de trato que violó el derecho convencional a la igualdad y no discriminación, por lo cual, en criterio de la CoIDH, el Estado demandado cometió un hecho ilícito internacional, que afectó los derechos humanos del quejoso.⁵⁵²

En otro sentido, sobre la cesación y reparación del hecho ilícito internacional en el presente asunto, la CoIDH constató que la sentencia C-336 de 2008 reconoció que las parejas homosexuales tienen derecho a la pensión de sobrevivencia en los mismos términos que una pareja heterosexual, así como que la unión entre parejas homosexuales podía ser acreditada a través de un notario público; por otro lado, identificó la CoIDH que la sentencia T-051 de 2010 estableció que los cambios implementados por la sentencia C-336 de 2008 resultaban también aplicables a los casos en que el fallecimiento del causante se haya dado previamente a su emisión; en el mismo sentido, determinó que la unión entre personas del mismo sexo podía ser acreditada por diversos medios probatorios.⁵⁵³

Bajo este sendero, la Corte resaltó el importante avance jurisprudencial realizado por la Corte Constitucional de Colombia desde 2008; sin embargo, identificó también que el Código Sustantivo del Trabajo establece que las acciones en torno a los derechos regulados en el mismo prescriben en tres años, que se computan desde que la obligación sea exigible; además, recordó que el mismo Estado consideró que la decisión sobre el otorgamiento de la pensión no corresponde únicamente al fondo de pensiones, sino también a una aseguradora, que no se sabe si cubrirá en su totalidad la pensión del señor Duque, que dejó de percibir desde 2002.⁵⁵⁴

Por ello, para la Corte no existió certeza sobre cómo procederían los involucrados en el pago de la pensión, por lo que, con independencia de que desde 2010, el señor Duque podía presentar una nueva solicitud de pensión de sobrevivencia ante la autoridad responsable en condiciones de igualdad, no es posible conocer si el recurso sería efectivo para restituir al quejoso.⁵⁵⁵

Por lo anterior, la Corte consideró que a pesar de que el quejoso podría presentar una solicitud de pensión, sin que sea sujeto de discriminación, derivado de la posible reparación del hecho ilícito internacional por la emisión de la jurisprudencia en 2008 y 2010, la realidad es que en el supuesto de

⁵⁵² *Idem.*

⁵⁵³ *Ibidem*, pp. 37 y 38.

⁵⁵⁴ *Ibidem*, p. 38.

⁵⁵⁵ *Ibidem*, pp. 38 y 39.

otorgarse la pensión no existe certeza sobre cómo será ésta; de esta forma, la CoIDH concluyó que el hecho ilícito internacional (del cual fue víctima el quejoso) no fue subsanado totalmente, ya que los pagos retroactivos que podría obtener no serían compatibles con los que habría percibido en 2002 si no se le hubiera discriminado.⁵⁵⁶

Por último, sobre la conclusión, se destaca que para la CoIDH, el Estado demandado es responsable por la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación reconocido en el artículo 24 del Pacto de San José, en conexión con el artículo 1.1 de dicha Convención, en menoscabo del señor Duque; ello, ya que no se le dio acceso en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia establecida en las normas jurídicas de Colombia.⁵⁵⁷

B. Los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial

Sobre la violación a los derechos de garantías judiciales y protección judicial alegadas por los representantes del señor Duque y la Comisión Interamericana, la Corte comenzó su análisis indicando que de conformidad con el artículo 25 del Pacto de San José, el Estado tiene la obligación de establecer recursos judiciales efectivos a las personas que consideren ser víctimas de violaciones de sus derechos humanos. Asimismo, precisó que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en dicho precepto convencional no es suficiente la existencia de los recursos, sino que se requiere que éstos tengan efectividad.⁵⁵⁸ Para lo cual, la Corte esbozó que para que un recurso sea efectivo se necesita que sea realmente idóneo para establecer si se ha materializado o no una afectación a los derechos humanos, y, de ser el caso, remediar dicha vulneración.⁵⁵⁹

Ahora bien, respecto a la efectividad de la acción de tutela y la apelación promovidas por el señor Duque, la CoIDH consideró que como consecuencia de la alegada urgencia, derivado del estado de salud del afectado (es una persona que vive con VIH), la acción de tutela era un recurso idóneo para defender sus derechos. Pese a ello, la Corte advirtió que las resoluciones de las autoridades responsables, además de rechazar la petición de acceso a la pensión, refirieron que los recursos que podía interponer el señor Duque

⁵⁵⁶ *Ibidem*, p. 39.

⁵⁵⁷ *Idem*.

⁵⁵⁸ *Ibidem*, pp. 40 y 41.

⁵⁵⁹ *Ibidem*, p. 41.

para solicitar la misma eran de naturaleza contenciosa-administrativa y de apelación contra la negativa a su petición.⁵⁶⁰

Bajo este escenario, los jueces interamericanos estimaron que no contaban con elementos para decretar la inexistencia de la voluntad del Estado demandado en otorgar protección jurídica al quejoso, ya que las resoluciones internas en diversas instancias se emitieron con base en las normas vigentes de la época; además, en ellas se identificaron las vías jurídicas adecuadas para que el señor Duque pudiera solicitar la pensión respectiva.⁵⁶¹

En suma, la Corte resolvió que no contaba con datos que le permitieran sentenciar que en Colombia no existía un recurso idóneo o efectivo para solicitar y acceder al pago de la pensión requerida; ello, porque no era dable efectuar un análisis en abstracto sobre la idoneidad o efectividad de los recursos que se podían ejercer, ya que los mismos no fueron interpuestos por el quejoso. Por tanto, determinó que el Estado colombiano no violó el derecho a la protección judicial, reconocido en el artículo 25.1 del Pacto de San José.⁵⁶²

Por otro lado, por lo que hace a la alegada violación del derecho a las garantías judiciales del señor Duque, según los representantes del quejoso, como consecuencia de los prejuicios y estigmatización de las parejas homosexuales esbozadas en las decisiones de las autoridades responsables, los jueces interamericanos reiteraron que la idea de imparcialidad exige que el juez que interviene en un caso concreto se acerque a los hechos de la causa suprimiendo todo prejuicio; en efecto, para la CoDIH, la imparcialidad de los jueces conlleva que no tengan un interés particular ni una posición tomada o alguna preferencia para las partes. Así, el juez debe actuar sin estar sujeto a influencia, presión, amenaza o intromisión; lo único que puede y debe mover al juez es el derecho.⁵⁶³

En este sentido, en el caso en estudio, la CoIDH estimó que del análisis detallado de las resoluciones de tutela y de apelación promovidas por el señor Duque no se advierte que la justificación de las mismas resoluciones haya sido determinada por un estereotipo en contra de la homosexualidad del quejoso; antes bien, se verificó que los órganos judiciales colombianos sustentaron sus determinaciones en las leyes vigentes de la época.⁵⁶⁴

⁵⁶⁰ *Ibidem*, p. 42.

⁵⁶¹ *Ibidem*, p. 43.

⁵⁶² *Idem*.

⁵⁶³ *ibidem*, p. 44.

⁵⁶⁴ *Ibidem*, p. 45.

De esta manera, la CoIDH resolvió, por un lado, que no es adecuado concluir que las autoridades responsables hayan actuado al margen de las normas jurídicas vigentes en Colombia y, por el otro, que no cuenta con elementos que le permitan apreciar si las autoridades judiciales operaron de forma parcial o con base en estereotipos referentes a la orientación sexual del señor Duque, que hayan sido determinantes para el sentido de sus decisiones. Por todo ello, la Corte sentenció que el Estado demandado no fue responsable por la vulneración de las garantías judiciales reconocidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁵⁶⁵

C. El derecho a la integridad personal y el derecho a la vida

En esta parte de la sentencia, la Corte recordó que los representantes del quejoso afirmaron que al negarle su derecho a la pensión de sobrevivencia (derivado de su condición de persona con VIH), el Estado violó los derechos de integridad física y psíquica del señor Duque. En concreto, afirmaron que la integridad física del reclamante estuvo en peligro de muerte por la falta de recursos que le permitieran acceder al tratamiento médico respectivo, con lo cual se violó el artículo 4.1 del Pacto de San José.⁵⁶⁶

Ahora bien, en el desarrollo de su argumentación, la CoIDH aludió a diversos instrumentos internacionales que regulan la situación del derecho a la salud de las personas con VIH; por ejemplo, las Directrices internacionales sobre el VIH/sida y los derechos humanos de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/sida. Del análisis de los mismos se determinó que la obtención de los fármacos antirretrovíricos son sólo un componente de una respuesta eficaz para los enfermos con VIH. Así, se observó que las mismas necesitan un enfoque integral que comprenda los rubros de prevención, tratamiento, atención y apoyo.⁵⁶⁷

En sentido similar, la CoIDH efectuó un repaso a la regulación colombiana sobre el tema; así, refirió que en Colombia se tiene la Ley 972 de 2005, en la cual se prescribe que el sistema general de seguridad social en salud garantiza la distribución de los medicamentos para atender las enfermedades catastróficas. Por otra parte, precisó que la Corte Constitucional colombiana determinó que cuando los pacientes con VIH requieran un tratamiento o procedimiento para garantizar su vida de forma digna, con

⁵⁶⁵ *Idem.*

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 46.

⁵⁶⁷ *Ibidem*, p. 49.

independencia de que se encuentre incluido o no el tratamiento en el Plan Obligatorio de Salud, si la persona está afiliada al régimen subsidiado o contributivo de salud, su derecho a la salud es fundamental y está protegido mediante la acción de tutela.⁵⁶⁸

Todavía más, los jueces interamericanos aludieron que en Colombia existe desde 2004 el Acuerdo 000260, “por el cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud”, del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en el cual se señala que las personas con ciertas patologías (como el VIH) se encuentran exentas de realizar pagos en el Plan Obligatorio de Salud.⁵⁶⁹

A fin de determinar si existió o no una violación a los derechos de integridad personal y a la vida del señor Duque, la CoIDH esbozó que no fueron presentados informes médicos, estudios o pruebas que acreditaran que el quejoso sufrió realmente una afectación a su salud o, peor aún, que el Estado demandado interrumpió la asistencia médica del paciente con VIH.⁵⁷⁰

En otro sentido, la Corte Interamericana retomó el peritaje emitido por el señor Ricardo Luque, en el cual se precisó que mediante el Sistema de Seguridad Social en Salud se provee el acceso universal a la atención integral a pacientes con VIH/sida, sin importar el régimen de afiliación que tengan o su capacidad de pago; asimismo, que desde 1997 el Estado demandado homologó las atenciones del régimen subsidiado con el contributivo, en ciertas enfermedades (como el VIH/sida), por lo que, en ambos sistemas, se tiene derecho al mismo tipo de servicios y medicamentos.⁵⁷¹

Con base en dichas consideraciones y razones, la CoIDH estimó que no contaba con datos que le permitieran concluir que el sistema subsidiado de prestación de servicios de salud le hubiera otorgado al quejoso una protección menor que el régimen contributivo. De esta forma, la Corte sentenció que el Estado demandado no fue responsable de la vulneración de los derechos a la integridad personal y a la vida, proclamados en los artículos 4.1 y 5.1 del Pacto de San José.⁵⁷²

Una vez detallada la argumentación desplegada por la CoIDH, cabe identificar las medidas de reparación decretadas por la vulneración de derechos en la sentencia; así, la CoIDH recordó que toda violación de una obligación internacional que genere un daño conlleva el deber de repararlo adecuadamente; asimismo, que las reparaciones deben manifestar un nexo

⁵⁶⁸ *Ibidem*, p. 50.

⁵⁶⁹ *Idem*.

⁵⁷⁰ *Ibidem*, p. 51.

⁵⁷¹ *Ibidem*, p. 53.

⁵⁷² *Idem*.

causal con los hechos del asunto, las vulneraciones decretadas, los daños comprobados y las medidas requeridas para enmendar los daños respectivos.⁵⁷³

Bajo esta senda, la CoIDH reiteró la necesidad de decretar diversas medidas de reparación, con objeto de resarcir los daños de forma completa, de esta manera, con independencia de las compensaciones pecuniarias que se declaren, deben precisarse medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición.⁵⁷⁴

Analicemos, pues, cada una de las medidas establecidas por la Corte. Iniciemos con las medidas de restitución; sobre éstas los jueces interamericanos señalaron que el Estado demandado debe garantizar al quejoso que la solicitud de pensión de sobrevivencia que presente sea resuelta de forma prioritaria en un tiempo de tres meses; de igual manera, que en el supuesto de que se le brinde dicha pensión, la misma debe integrar la suma de todos los pagos y sus intereses que no percibió el quejoso desde que presentó la solicitud de información a Colfondos en abril de 2002.⁵⁷⁵

Sobre las medidas de satisfacción, la CoIDH ordenó que el Estado demandado, en el plazo de seis meses, efectuara la publicación del extracto oficial de la sentencia realizado por la Corte, en el *Diario Oficial del Estado* y en un periódico de gran circulación en Colombia, así como de la sentencia en su totalidad, por un tiempo de por lo menos un año, en una página web oficial del Estado.⁵⁷⁶

Por lo que hace a la indemnización compensatoria por daño material e inmaterial, la CoIDH reiteró que el daño material comporta la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos realizados como consecuencia del acto inconvencional y las consecuencias de naturaleza monetaria que conlleven un nexo causal con los hechos del asunto.⁵⁷⁷

Ahora bien, en el presente asunto, los jueces interamericanos asumieron que el Estado era responsable por vulnerar el derecho a la igualdad, ya que fue aplicada una ley discriminatoria al quejoso; pese a ello, los jueces señalaron que los representantes no probaron la existencia de un daño emergente, derivado de lo cual no era dable otorgar una indemnización por daño material, en virtud de que se trata de un daño incierto, además de que el posible

⁵⁷³ *Ibidem*, pp. 53 y 54.

⁵⁷⁴ *Ibidem*, p. 54.

⁵⁷⁵ *Ibidem*, pp. 54 y 55.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, p. 55.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, p. 58.

daño sería indemnizado con el reconocimiento retroactivo de la pensión del señor Duque en el ámbito interno.⁵⁷⁸

A fin de tomar una postura en torno al daño inmaterial sufrido por el quejoso, la CoIDH retomó su idea de daño inmaterial, que comporta los sufrimientos y aflicciones generadas a la víctima y a sus familiares, el deterioro de los valores de las personas y las afectaciones no pecuniarias a las condiciones de existencia de la víctima o su familia. En este sentido, la Corte afirmó que no era posible decretar una cantidad monetaria exacta para cubrir el daño inmaterial, por lo que determinó establecer equitativamente una compensación por el daño sufrido, a fin de materializar una reparación integral a la víctima, a través del pago de una suma de dinero o la entrega de bienes o servicios.⁵⁷⁹

En el caso en estudio, la Corte recordó que sí existió una violación al derecho a la igualdad y no discriminación del señor Duque, ya que no pudo acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia a la que tenía derecho, lo que implicó que no recibiera ingresos por más de trece años, que le hubieran permitido mejorar sus condiciones de vida digna como persona con VIH; de esta forma, considerando el sufrimiento y daño inmaterial que dicha vulneración al derecho de igualdad generó a la víctima, los jueces interamericanos decretaron una indemnización equivalente a 10,000 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) a cargo del Estado demandado por concepto de daño inmaterial.⁵⁸⁰

Para seguir avanzado en la reparación establecida a favor del señor Duque, la CoIDH se dio a la tarea de analizar el pago, en su caso, de las costas y gastos del asunto, para lo cual retomó su jurisprudencia, que indica que las costas y gastos forman parte del concepto de reparación, pues las acciones efectuadas (a nivel nacional e internacional) por las víctimas, a fin de que se les restituyan sus derechos, encierran gastos que deben ser subsanados cuando se determina una responsabilidad internacional del Estado demandado.⁵⁸¹

Bajo este sendero, la CoIDH identificó que las pruebas aportadas por los representantes del quejoso no justificaron los gastos reclamados por los mismos; asimismo, que en otros rubros no aportaron pruebas sobre los gastos realizados, por lo que la Corte Interamericana declaró que no contaba

⁵⁷⁸ *Idem.*

⁵⁷⁹ *Ibidem*, p. 59.

⁵⁸⁰ *Idem.*

⁵⁸¹ *Ibidem*, p. 60.

con un sustento probatorio para determinar los gastos efectuados por los representantes del señor Duque.⁵⁸²

Pese a dicho escenario adverso, los jueces interamericanos decidieron fijar la cantidad de 10,000 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América), a fin de cubrir las acciones perpetuadas en la defensa del asunto a nivel nacional e internacional, cantidad que el Estado demandado debe pagar a los representantes del señor Duque, dentro del tiempo de seis meses, contado a partir de la comunicación de la respectiva sentencia; lo anterior, con independencia, de que pueda decretarse en contra del Estado el reembolso a la víctima de los gastos efectuados en el procedimiento de supervisión del cumplimiento de la sentencia.⁵⁸³

Con base en todas las anteriores consideraciones y razones expuestas, la CoIDH, con cuatro votos a favor y dos en contra,⁵⁸⁴ declaró que el Estado demandado fue responsable por la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley del señor Duque, consagrado en los artículos 1.1 y 24 de la Pacto de San José; asimismo, determinó que la sentencia constituye *per se* una manera de reparación; por otro lado, estableció que el Estado demandado debe garantizar al quejoso el trámite prioritario de su futura solicitud de acceso a la respectiva pensión de sobrevivencia, y, finalmente, que el Estado demandado debe cubrir, dentro de un año, contado a partir de la comunicación de la sentencia, las cantidades referidas en la decisión, respecto de la indemnización por daño inmaterial y del reintegro de costas y gastos del juicio.⁵⁸⁵

4. Criterios de evaluación de la argumentación utilizados

En el caso que se comenta, se identifica que la CoIDH utilizó diversos parámetros para evaluar su argumentación; en concreto, se resaltan los siguientes criterios:

- Criterio de razonabilidad.
- Criterio de argumentación exhaustiva.
- Criterio internacional.
- Criterio del derecho comparado interamericano.

⁵⁸² *Ibidem*, pp. 60 y 61.

⁵⁸³ *Ibidem*, p. 61.

⁵⁸⁴ Los jueces interamericanos disidentes fueron Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Vio Grossi. Véanse votos disidentes en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 2-14.

⁵⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 63 y 64.

Sobre el criterio de razonabilidad, se señala que el mismo encuentra su origen en la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, ya que tal criterio se relaciona con la idea de proporcionalidad en sentido amplio, como lo veremos adelante.

Para empezar, recordemos que cuando la CoIDH argumentaba sobre la prohibición de todo acto o norma discriminatoria basada en la orientación sexual de las personas, señalaba que para que pudiera establecerse alguna diferencia de trato ésta debía respaldarse por una justificación objetiva y razonable, lo que implicaba que tenía que perseguir un fin legítimo y existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido con la diferencia de trato.⁵⁸⁶

Bajo esta senda, es dable señalar que si no se materializaban las gradas del test de razonabilidad, se tenía que asumir que la norma o acto emitido era discriminatorio y debía ser expulsado del sistema jurídico que correspondiera.

En el caso en estudio, la CoIDH utilizó dicho criterio para evaluar y calificar que la medida impugnada por el señor Duque era discriminatoria y vulneraba su derecho a la igualdad, pues el Estado demandado no esbozó una justificación objetiva y razonable que respaldara la restricción de acceso a la pensión con base en la orientación sexual de las personas.⁵⁸⁷

Por lo anterior, se puede afirmar que el criterio fue útil y relevante para el sentido de la decisión, pues le permitió a la CoIDH identificar el carácter discriminatorio de la norma impugnada y, consecuentemente, decretar la vulneración del derecho de igualdad del quejoso.

Sobre el criterio de argumentación exhaustiva, cabe hacer notar que éste resulta novedoso, ya que activa una faceta creativa en los jueces, la cual se les exige emprender en todo Estado constitucional de derecho; en efecto, el criterio puede ser identificado con la idea de una argumentación maximalista; esto es, con un esquema argumentativo que recurre a todos los ámbitos posibles a fin de sustentar de mejor forma una determinación judicial. De esta forma, se aplaude el señalamiento y utilización de ese criterio por parte de los jueces interamericanos.

Ahora bien, se resalta que el parámetro de argumentación exhaustiva en el asunto en análisis implicó que la CoIDH considerara que toda restricción de un derecho humano requería de una justificación rigurosa, lo que comportaba que las razones esbozadas por el Estado para establecer una

⁵⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 31 y 32.

⁵⁸⁷ *Ibidem*, p. 36.

diferenciación de trato en una ley tenían que desarrollarse en el contexto de una argumentación de corte exhaustiva.⁵⁸⁸

En otras palabras, la argumentación jurídica desplegada para defender la diferencia de trato debía ser sumamente abierta a diversos tipos de razones y consideraciones apropiadas para la causa de distinción, lo que, desde luego, en el caso en concreto, no aconteció, por lo que se asumió implícitamente que no se logró acreditar este criterio de calificación de la decisión; así, a nuestro juicio, el criterio de argumentación exhaustiva fue también relevante para el sentido de la decisión presentada por los jueces interamericanos.

En torno al criterio internacional, se destaca que la CoIDH, siguiendo la práctica de diversos tribunales internacionales y nacionales (por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de nuestro país) para calificar de alguna forma su argumentación, utilizó diversos instrumentos y decisiones del ámbito universal, entre los cuales se retoman los siguientes: *a)* Observación General 19, el derecho a la seguridad social del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas; *b)* los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, y *c)* la Comunicación 941/2000 del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ahora Consejo de Derechos Humanos).⁵⁸⁹

En este sentido, para tomar una postura sobre el derecho de las personas homosexuales a un trato no discriminatorio en materia de acceso a las pensiones y seguridad social sirvió como parámetro de calificación de la decisión el análisis y estudio de la práctica internacional sobre el tema; así, se puede asumir que el criterio internacional contribuyó a evaluar la argumentación que desplegó la CoIDH para defender el derecho de igualdad del señor Duque con total independencia de su orientación sexual.

Finalmente, sobre el criterio del derecho comparado interamericano, se recuerda que la CoIDH lo utilizó para sustentar la corrección de su sentencia (en la que determinó que sí se vulneró el derecho a la igualdad y no discriminación del señor Duque); en particular, el mismo fue adecuado también para poner de relieve el estatus actual en la región interamericana, del derecho de acceso a las pensiones por parte de las parejas homosexuales.

Ciertamente, con base en dicho criterio, la CoIDH analizó la normatividad y jurisprudencia de diversos países de la región interamericana que han consagrado el acceso a las pensiones de sobrevivencia a las parejas ho-

⁵⁸⁸ *Ibidem*, p. 32.

⁵⁸⁹ *Ibidem*, pp. 32 y 33.

mosexuales, a saber: México, Uruguay, Argentina, Brasil, Chile, Estados Unidos de América y Colombia.⁵⁹⁰

A todo esto, se puede observar que este criterio del derecho comparado interamericano guarda mucha relación con el criterio de argumentación exhaustiva, pues ambos le exigen a los juzgadores que observen y analicen la situación que se presenta en otros países en relación con el conflicto que deben resolver; ello, a fin de obtener mayores herramientas para la toma de decisiones. Dicho esquema no podría realizarse bajo los umbrales de un juez pasivo y apático, que no se preocupe por estudiar todos los confines posibles del caso que tiene entre sus manos; así pues, se reconoce la utilidad de ambos parámetros para la fiscalización de las decisiones judiciales.

Pues bien, tomando como referencia todos los criterios de evaluación de la argumentación descritos, se puede afirmar que la sentencia emitida por la CoIDH en el asunto *Duque vs. Colombia* (acceso a pensión de sobrevivencia para parejas del mismo sexo) fue la más adecuada y correcta, pues la misma pudo justificar plenamente la inconvencionalidad de la norma jurídica que impedía que las parejas homosexuales accedieran a la pensión de sobrevivencia, lo cual implicó, en el caso concreto, la violación del derecho a la igualdad y no discriminación del señor Duque; todo ello, con base en un abanico de criterios racionales, que corroboraron que dicha decisión fue la mejor, al menos bajo los citados parámetros de calificación.

V. ANÁLISIS DEL CASO “CANDIDATURAS INDEPENDIENTES” ANTE LA CORTE AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS (APLICACIONES NÚM. 009/2011 Y NÚM. 011/2011)

1. Descripción del caso

El caso se generó por dos comunicaciones promovidas por distintos sujetos; por un lado, se tiene la aplicación 009/2011, promovida por Tanganyika Law Society y Legal and Human Rights Centre en contra de la República Unida de Tanzania; por el otro, la aplicación 011/2011, presentada por el señor Christopher R. Mtikila en contra de la República Unida de Tanzania.

Como características de las partes del asunto, se destacan las siguientes:

- a) La Tanganyika Law Society y el Legal and Human Rights Centre (que integran la primera aplicación) son organizaciones no guber-

⁵⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 33, 34 y 35.

namentales con carácter de observadores ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que tienen como principales objetivos representar los intereses de sus miembros, la administración de justicia y promover y proteger los derechos humanos de las personas.⁵⁹¹

- b) El señor Christopher R. Mtikila (que comprende la segunda aplicación) es un nacional de la República Unida de Tanzania, quien sometió la causa en su carácter de nacional de dicho país.⁵⁹²
- c) El Estado demandado ha ratificado la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos y el Protocolo para la creación de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; además, el Estado ha hecho una declaración aceptando que los individuos y organizaciones no gubernamentales con el carácter de observadores ante la Comisión puedan citarlo ante la Corte Africana.⁵⁹³

Una vez esbozadas las características principales de las partes, la Corte Africana se dio a la tarea de exponer los antecedentes fácticos y jurídicos del caso en cuestión, en particular, de la reclamación del señor Christopher R. Mtikila, los cuales resumimos a continuación:

1. En 1992, la Asamblea Nacional de la República Unida de Tanzania aprobó la octava enmienda constitucional, que entró en vigor ese mismo año. La enmienda requería que todo candidato a las elecciones presidenciales, parlamentarias y municipales debía ser un miembro o ser patrocinado por un partido político.⁵⁹⁴
2. En 1993, el señor Christopher R. Mtikila (segundo aplicante) llevó un caso constitucional a la Suprema Corte de la República Unida de Tanzania (*Christopher Mtikila vs. The Attorney General*, caso civil número 5), combatiendo las modificaciones a los artículos 39, 67 y 77 de la Constitución de Tanzania y la sección 39 de la Ley 1979 emitida por autoridades locales, para lo cual, el quejoso señaló que las

⁵⁹¹ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Case Tanganyika Law Society and Legal and Human Rights Centre and Reverend Christopher R. Mtikila vs. United Republic of Tanzania* (aplicaciones 009/2011 y 011/2011), Sentencia del 14 de junio de 2013, pp. 3 y 4, disponible en <http://www.african-court.org/en/index.php/55-finalised-cases-details/844-app-nos-009-011-2011-tanganika-law-society-and-legal-and-human-rights-centre-and-reverend-christopher-r-mtikila-v-united-republic-of-tanzania-details>, fecha de consulta: 18 de diciembre de 2017, traducción propia.

⁵⁹² *Ibidem*, p. 4.

⁵⁹³ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 4.

⁵⁹⁴ *Ibidem*, p. 17.

modificaciones estaban en conflicto con la propia Constitución de Tanzania, por lo que eran inválidas.⁵⁹⁵

3. En octubre de 1994, la Suprema Corte emitió su sentencia del caso en favor de Christopher Mtikila, por lo que declaró como inconstitucional la enmienda que prohibía las candidaturas independientes para contender en las elecciones presidenciales, parlamentarias y locales.⁵⁹⁶
4. En ese tiempo, el gobierno de Tanzania presentó, en octubre de 1994, un proyecto en el parlamento (decima primera ley de enmienda constitucional número 34 de 1994), a fin de anular el derecho de los candidatos independientes para contender en las elecciones presidenciales, parlamentarias y locales.⁵⁹⁷
5. En diciembre de 1994, la Asamblea Nacional de Tanzania aprobó el proyecto presentado (decima primera ley de enmienda constitucional número 34 de 1994), que tuvo como efecto restaurar la posición constitucional existente previo al caso civil número 5 de 1993, mediante la modificación al artículo 21.1 de la Constitución de Tanzania. El proyecto se convirtió en ley en enero de 1995 cuando obtuvo el consentimiento presidencial, la misma negó la sentencia de la Suprema Corte en el caso civil número 5 de 1993.⁵⁹⁸
6. En 2005, Christopher R. Mtikila presentó otro caso ante la Suprema Corte de Tanzania (*Christopher Mtikila vs. The Attorney General*, caso civil número 10 de 2005), en el cual de nuevo desafió las modificaciones a los artículos 39, 67 y 77 de la Constitución de Tanzania, contenidas en la decima primera ley de enmienda constitucional de 1994. En mayo de 2006, la Suprema Corte resolvió de nuevo a favor del reclamante, para lo cual sostuvo que las enmiendas impugnadas violaban los principios democráticos y la doctrina de la estructura básica reconocida en la Constitución. Con esta sentencia, la Suprema Corte permitió otra vez las candidaturas independientes.⁵⁹⁹
7. En 2009, el abogado general apeló ante la Corte de Apelación de la República Unida de Tanzania la sentencia de la Suprema Corte (apelación civil número 45 de 2009). En su sentencia de junio de 2010, la Corte de Apelación revocó la sentencia de la Suprema Cor-

⁵⁹⁵ *Ibidem*, pp. 17 y 18.

⁵⁹⁶ *Ibidem*, p. 18.

⁵⁹⁷ *Idem*.

⁵⁹⁸ *Idem*.

⁵⁹⁹ *Ibidem*, p. 19.

te, por lo que, ya no permitió las candidaturas independientes para la elección de presidente de la República, parlamento o gobierno local.⁶⁰⁰

8. La Corte de Apelación determinó que el asunto era una cuestión política, por lo que debía ser resuelto por el parlamento; posteriormente, el parlamento puso en marcha un proceso de consulta con el objetivo de obtener las opiniones de los ciudadanos de Tanzania sobre la posible enmienda de la Constitución.⁶⁰¹
9. Conforme al orden legal municipal actual en la República Unida de Tanzania, los candidatos que no son miembros o que no están patrocinados por un partido político están impedidos para participar en una elección presidencial, parlamentaria o local.⁶⁰²
10. El 2 de junio de 2011 y el 10 de junio de 2011, la Tanganyika Law Society y el Legal and Human Rights Centre y el señor Christopher R. Mtikila, respectivamente, presentaron sus quejas contra el Estado de Tanzania ante el registro de la Corte Africana; en concreto, reclamaron que dicho Estado a través de ciertas enmiendas a la Constitución había violado los derechos de los ciudadanos de libertad de asociación, de participación en asuntos públicos y el derecho contra la discriminación, derivado de las prohibiciones para que los candidatos independientes pudieran competir en las elecciones presidenciales, parlamentarias y locales.⁶⁰³
11. En la vigésima segunda sesión ordinaria celebrada del 12 al 23 de septiembre de 2011, y por una orden suscrita el 22 de septiembre de 2011, la Corte Africana decidió que los dos procesos (aplicación de la Tanganyika Law Society y el Legal and Human Rights Centre y del señor Christopher R. Mtikila) serían consolidados.⁶⁰⁴
12. Mediante cartas separadas suscritas el 17 de octubre de 2011, el registrador de la Corte Africana informó a las partes la decisión de esta última, de consolidar las aplicaciones, y envió a las mismas la orden de consolidación.⁶⁰⁵
13. A través de diversas cartas suscritas el 12 de abril de 2012, el registrador de la Corte Africana notificó a las partes que en la vigésima

⁶⁰⁰ *Idem.*

⁶⁰¹ *Idem.*

⁶⁰² *Ibidem*, p. 20.

⁶⁰³ *Ibidem*. p. 4.

⁶⁰⁴ *Idem*.p. 8.

⁶⁰⁵ *Ibidem*. p. 9.

cuarta sesión ordinaria efectuada del 19 al 30 de marzo de 2012, la Corte tomó la decisión de que la audiencia pública del caso se celebraría el 14 y 15 de junio de 2012, y que en la misma se abordarían las objeciones preliminares y méritos del asunto.⁶⁰⁶

14. La audiencia pública fue celebrada en la sede de la Corte Africana en Arusha, Tanzania, el 14 y 15 de junio de 2012, durante la misma se escucharon los argumentos orales sobre las objeciones preliminares y los méritos del caso; en la audiencia, los miembros de la Corte formularon preguntas a las partes, que las contestaron de forma oral.⁶⁰⁷
15. Mediante cartas separadas suscritas el 31 de julio de 2012, el registrador de la Corte Africana reenvió a las partes copias del acta de la audiencia pública, asimismo, les informó que si tenían comentarios sobre la misma audiencia podrían enviarlos dentro del plazo de treinta días.⁶⁰⁸
16. Con una nota verbal del 31 de agosto de 2012, recibida por el registrador de la Corte mediante correo electrónico el mismo día, el Estado demandado transmitió sus comentarios al acta de la audiencia pública; sin embargo, no fueron recibidos los comentarios de los quejosos.⁶⁰⁹

Pues bien, los anteriores puntos constituyen los antecedentes fácticos y jurídicos del caso en estudio; en adelante precisaremos los derechos humanos en tensión que la Corte Africana debía resolver, a fin de brindar justicia, en su caso, a las víctimas de las alegadas violaciones a los derechos humanos, todo ello, en el contexto del sistema africano de protección y defensa de derechos.

2. *Derechos humanos en colisión*

En la sentencia que se analiza no se planteó expresamente una tensión entre diversos derechos; sin embargo, para fines didácticos sí es posible identificar un tipo de colisión entre algunos principios, que deriva de las propias pretensiones de los quejosos y las respuestas dadas por las autorida-

⁶⁰⁶ *Ibidem*, p. 11.

⁶⁰⁷ *Ibidem*, pp. 15 y 16.

⁶⁰⁸ *Ibidem*, pp. 16 y 17.

⁶⁰⁹ *Ibidem*, p. 17.

des responsables, que cabría poner de manifiesto, a fin de obtener un panorama más amplio del caso que se estudia.

Bajo este escenario, del estudio de las alegaciones de los quejosos y de las respuestas dadas por las autoridades del Estado demandado, se tiene que los principios en tensión son los que se mencionan a continuación.

Por un lado, se tienen los derechos humanos de igualdad, libertad de asociación y de libre participación en el gobierno del país respectivo, consagrados en los artículos 2, 3, 10 y 13.1 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, que a decir de los quejosos fueron vulnerados con las determinaciones del Estado demandado, que establecieron y confirmaron que el único mecanismo para contender en las elecciones era a través de los partidos políticos; esto es, se eliminó la posibilidad de participar vía candidaturas independientes.

Ahora bien, tomando como referencia los argumentos esgrimidos por el Estado demandado, se destaca (aunque así no se haya expresado en la sentencia de la Corte Africana) que los derechos humanos de igualdad, libertad de asociación y de libre participación en el gobierno del país respectivo estarían en colisión con diversos principios constitucionales vigentes en Tanzania; en concreto, con los principios de unidad, buen gobierno, seguridad nacional, orden público y paz pública,⁶¹⁰ reconocidos en el sistema jurídico nacional del Estado demandado.

Así, cabe recordar que el gobierno de Tanzania sustentó la reforma constitucional (que prohibía las candidaturas independientes), impugnada por los quejosos, en la necesidad de proteger la gobernanza y unidad del país, así como el orden público y la defensa nacional.⁶¹¹

Lo anterior, ya que para el gobierno de Tanzania no se puede reconocer a los ciudadanos de dicho país una libertad absoluta e incontrolada, pues la misma puede generar anarquía y desorden social, por lo que la prohibición de la figura de las candidaturas independientes era necesaria para mantener los principios de unidad, buen gobierno, seguridad nacional, orden público, paz pública, defensa y moralidad; aún más, para el Estado demandado, la participación en las elecciones, mediante una representa-

⁶¹⁰ *Ibidem*, p. 32.

⁶¹¹ Cartes Rodríguez, Juan Bautista, “El Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos: ¿hacia un África en paz?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, 2017, vol. XVII, enero-diciembre de 2017, p. 271, disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/11037/13063>, página consultada el 19 de diciembre de 2017.

ción regional vía partidos políticos, era necesaria para evitar el tribalismo en Tanzania.⁶¹²

En este sentido, a pesar de que pueda ser complicado identificar una tensión entre, por ejemplo, el derecho a la libertad de asociación con el principio de orden público o el derecho de igualdad con el principio de unidad, se observa que la colisión en el caso en comento se dio en dicho sentido, por lo que la tarea de la Corte Africana fue resolver la colisión, con base en argumentos que establecerían la prevalencia, para el caso concreto, de los principios o derechos humanos respectivos, pues recordemos que los mismos no son de ejercicio absoluto, por dos cuestiones; por un lado, porque pueden ser delimitados (limitados) por la propia Constitución o las leyes que se emitan para precisar su alcance y ejercicio (con base en la misma Constitución) y, por el otro, porque es posible restringirlos temporalmente cuando entran en tensión con otro u otros derechos humanos (vía test de proporcionalidad), para lo cual se debe activar un esquema de argumentación exhaustiva (maximalista), como lo hemos asumido a lo largo de esta investigación.

3. *Argumentación y sentencia*

Para el análisis de la argumentación desplegada en el presente caso, se detallarán las objeciones preliminares hechas valer por el Estado demandado, así como las respuestas emitidas sobre las mismas por parte de los quejosos; finalmente, se esbozará la postura de la Corte Africana en torno a las objeciones preliminares del asunto.

Sobre las objeciones preliminares del Estado demandado, cabe indicar que las mismas se refirieron a la admisibilidad y a la jurisdicción; por lo que hace a la admisibilidad para el demandado, los reclamantes no agotaron los remedios locales, ya que la sentencia de la Corte de Apelación estableció que el asunto de la prohibición de las candidaturas independientes debía ser resuelto por el parlamento. El Estado demandado señaló que su gobierno preparó un proyecto de revisión constitucional en marzo de 2011, con objeto de fijar un mecanismo para el proceso de revisión; así, el demandado argumentó que la sentencia de apelación de 2010 no trató sustancialmente

⁶¹² Para la redacción del presente párrafo se utilizaron los argumentos emitidos por el Estado demandado en el caso que se comenta. Véase Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, pp. 32 y 33, traducción propia.

con el tema de las candidaturas independientes, dejando el asunto al parlamento, el cual no lo ha explotado.⁶¹³

Todavía más, el Estado demandado señaló que ha conseguido un avance significativo en el proceso de revisión de la Constitución de Tanzania; a fin de concluirlo, se ha establecido una Comisión, que tuvo como encargo el proceso de revisión constitucional; en este sentido, el demandado argumentó que desde que la Comisión ha estado recolectando opiniones de la sociedad sobre el tema, Christopher R. Mtikila ha tendido la oportunidad de dar sus opiniones sobre las candidaturas independientes.⁶¹⁴

Por otro lado, el Estado demandado indicó que no deberían ser admitidas las quejas, derivado de la demora irracional en la presentación de estas últimas; así, refirió que mientras la Corte de Apelación resolvió el asunto el 17 de junio de 2010, no fue hasta el 2 de junio de 2011 y el 10 de junio de 2011 cuando los quejosos presentaron sus reclamaciones.⁶¹⁵

En otro sentido, por lo que hace a la falta de jurisdicción de la Corte Africana, el Estado demandado señaló que en el tiempo de las alegadas violaciones a los derechos humanos en cuestión el Protocolo a la Carta Africana todavía no entraba en vigor, por lo que la Corte no tenía jurisdicción para conocer del asunto.⁶¹⁶

Respecto a las respuestas ofrecidas por los quejosos a las objeciones preliminares hechas valer por el demandado, los mismos quejosos señalaron que el proceso de revisión constitucional del Parlamento no constituye un remedio local viable que deba ser agotado, de conformidad con el artículo 6.2 del Protocolo a la Carta Africana y el artículo 56.5 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos. Así, de acuerdo con los quejosos, un remedio viable, que debe ser agotado, lo constituye un proceso judicial.⁶¹⁷

En otro orden de ideas, sobre la alegada demora en la presentación de las reclamaciones internacionales, los quejosos manifestaron que no existió una indebida demora; por un lado, porque dentro del tiempo de cuatro meses de la sentencia hubo elecciones generales, y los funcionarios estuvieron ocupados con ellas; por el otro, porque los quejosos tuvieron que esperar para que el parlamento acordara el asunto en seguimiento a la sentencia de la Corte de apelación.⁶¹⁸

⁶¹³ *Ibidem*, p. 22.

⁶¹⁴ *Ibidem*, p. 23.

⁶¹⁵ *Idem*.

⁶¹⁶ *Ibidem*, pp. 23 y 24.

⁶¹⁷ *Ibidem*, p. 24.

⁶¹⁸ *Idem*.

En relación con la ausencia de jurisdicción reclamada por el demandado, el quejoso Christopher R. Mtikila argumentó que se debe realizar una distinción entre las provisiones normativas y las institucionales. Los derechos que se deben proteger están consagrados en la Carta Africana de Derechos Humanos, de la cual ya era parte el Estado demandado en el momento de las violaciones, a pesar de que el Protocolo de la Carta entró en vigor posteriormente, mismo que es simplemente un mecanismo para proteger derechos. En concreto, la Carta Africana consagra derechos humanos, mientras que el Protocolo establece un marco institucional para forzar el cumplimiento de los mismos; así, para el quejoso, los derechos se consagraron en la Carta y el Estado demandado los había vulnerado.⁶¹⁹

Una vez precisado el esquema de objeciones preliminares desarrollado por las partes, cabe ahora exponer las consideraciones dadas por la Corte Africana sobre la admisibilidad de las reclamaciones; así, se tiene que en torno a la falta de agotamiento de los recursos internos, la Corte señaló que éstos son primordialmente judiciales, de los cuales la jurisprudencia ya había elaborado los criterios para conocer su disponibilidad, efectividad y suficiencia.⁶²⁰

En este sentido, los jueces africanos esbozaron diversas comunicaciones y jurisprudencias del ámbito comparado, que precisaban el alcance de la figura del agotamiento de los recursos internos, así como del sentido de los criterios que los representan; en concreto, citaron los siguientes criterios del sistema africano, interamericano y europeo de protección de derechos humanos: a) Comunicaciones 147/95 y 147/96 del *caso Sir Dawda K. Jawara vs. The Gambia*, emitida por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, mediante su Trigésimo Reporte Anual de Actividades (1999-2000); b) *caso Velásquez-Rodríguez vs. Honduras*, sentencia del 29 de julio de 1988, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y c) *caso Akdivar and Others vs. Turkey*, aplicación 21893/93, sentencia del 16 de septiembre de 1996 de la Corte Europea de Derechos Humanos.⁶²¹

Bajo este sendero, para la Corte Africana en la jurisprudencia sobre derechos humanos, la expresión “remedios locales” debe ser entendida y referida principalmente a remedios judiciales, que representan la forma más efectiva para reparar las violaciones a los derechos humanos. Así, no existi-

⁶¹⁹ *Ibidem*, p. 25.

⁶²⁰ *Idem*.

⁶²¹ *Ibidem*, p. 26.

ría disputa respecto a que el segundo quejoso ha agotado los recursos judiciales internos.⁶²²

En estas circunstancias, la Corte aceptó la idea de que no era necesario para los primeros quejosos (ONG) agotar los mismos recursos judiciales internos, pues ya se conocía cuál sería el resultado de ese ejercicio. Para la Corte, el proceso parlamentario (que para el demandado tenía que agotarse por los quejosos) era un proceso político, por lo que no constituía un remedio disponible, efectivo y suficiente, pues no era de libre acceso para las personas, además de ser discrecional, y podría ser abandonado en cualquier momento; asimismo, su resultado dependería de la voluntad de la mayoría. De esta forma, sin importar qué tan democrático fuera el proceso parlamentario, el mismo no sería equivalente a un proceso judicial independiente, que buscara la reivindicación de los derechos humanos consagrados en la Carta Africana.⁶²³

En suma, la Corte encontró que los quejosos habían agotado los recursos internos de conformidad con el artículo 6.2 del Protocolo de la Carta Africana y el artículo 56.5 de la misma Carta.⁶²⁴

Sobre el retraso en la presentación de las quejas ante la Corte, los jueces africanos compartieron el criterio de los reclamantes respecto de que no había existido un retraso excesivo en la presentación de las misma queja, porque después de la sentencia de la Corte de apelación, los reclamantes estuvieron esperando la reacción del parlamento sobre la sentencia. En tales circunstancias, el periodo de alrededor de 360 días desde la emisión de la decisión judicial hasta la presentación de las aplicaciones no fue excesivamente largo.⁶²⁵

En otro orden de ideas, por lo que hace a la objeción preliminar sobre la jurisdicción de la Corte para conocer del asunto, los mismos jueces africanos señalaron que los derechos humanos reclamados como vulnerados estaban protegidos por la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, así como que en el momento de la alegada violación el Estado demandado ya había ratificado la Carta Africana y estaba ligado por ella misma.⁶²⁶

Ahora bien, en el tiempo en que el Protocolo a la Carta Africana fue ratificado por el Estado demandado y cuando entró en vigor respecto a dicho

⁶²² *Ibidem*, p. 27.

⁶²³ *Ibidem*, p. 28.

⁶²⁴ *Idem*.

⁶²⁵ *Ibidem*, p. 28.

⁶²⁶ *Ibidem*, p. 29.

Estado, las violaciones reclamadas continuaban y siguen continuando, pues las candidaturas independientes aún no se permiten para acceder a la posición de presidente o para contender en las elecciones parlamentarias y las de gobiernos locales. Todavía más, las vulneraciones reclamadas continuaron más allá del tiempo en que el Estado demandado efectuó la declaración referida en el artículo 34.6 del Protocolo de la Carta Africana.⁶²⁷

Por todo lo anterior, la Corte Africana determinó que las reclamaciones eran admisibles, y que la misma tenía jurisdicción para conocer sobre ellas, por lo cual procedió a considerar los méritos de las quejas.⁶²⁸

En lo concerniente a los méritos del caso, en primer lugar, la Corte expuso las consideraciones de los reclamantes, después las alegaciones del Estado demandado y, finalmente, su decisión sobre el tema.

La esencia del caso se refiere a que la decima primera enmienda constitucional, aprobada en diciembre de 1994 por la Asamblea Nacional de Tanzania y por el presidente de la República de Tanzania el 17 de enero de 1995, vulnera los artículos 2o., 10 y 13 de la Carta Africana, ya que ésta se relaciona con la prohibición de las candidaturas independientes para contender en las elecciones presidenciales, parlamentarias y para los gobiernos locales.⁶²⁹

Bajo este sendero, para los quejosos la prohibición constituye una discriminación en contra de los candidatos independientes; asimismo, la enmienda vulnera el derecho de libertad de asociación y el derecho de participación en los asuntos públicos de su gobierno. Los quejosos argumentaron que los requerimientos para formar un partido político eran onerosos; por ejemplo, un partido político debe tener cierta cuota de números por regiones; también debe tener miembros no sólo de Mainland, sino además de Zanzibar. De esta manera, no se puede disfrutar del ejercicio de los derechos políticos a menos que se pertenezca a un partido político.⁶³⁰

Por su parte, el Estado demandado señaló que la prohibición de candidaturas independientes es un camino para evitar una libertad absoluta e incontrolada, que puede traer anarquía y desorden; así, la prohibición es necesaria para una buena gobernabilidad y unidad; aún más, para el demandado, la restricción de la figura de candidaturas independientes para posiciones de liderazgo del gobierno es necesaria para la seguridad nacional, defensa, orden público, paz pública y moralidad. De la misma forma, el Estado argumentó que los requisitos para el registro de un partido político,

⁶²⁷ *Idem.*

⁶²⁸ *Ibidem*, p. 31.

⁶²⁹ *Ibidem*, pp. 31 y 32.

⁶³⁰ *Ibidem*, p. 32.

por ejemplo, la obligación de incluir una representación regional, eran indispensables para evitar el tribalismo.⁶³¹

En torno a la alegada discriminación que dicen haber sufrido los quejosos, el Estado demandado indicó que las relevantes enmiendas constitucionales no fueron dirigidas a un individuo en particular, pues aplican de la misma forma a todos los ciudadanos de Tanzania, por lo que las mismas enmiendas no son discriminatorias.⁶³²

Finalmente, respecto a la alegada violación del derecho de libertad de asociación, el demandado argumentó que presentarse como candidato para una posición política era un asunto referente a una ambición personal, por lo que nadie es forzado a hacerlo si no lo desea; por lo que hace al segundo quejoso (Christopher R. Mtikila), el demandado señaló que este señor nunca ha sido impedido para participar en la política, pues él pertenece a un partido político y ha sido presentado como candidato para el puesto de presidente, pero ha perdido. Por todo ello, el Estado demandado solicitó que la Corte Africana desestimara las quejas presentadas.⁶³³

Ahora bien, referente a la decisión de la Corte Africana sobre los méritos del asunto, la misma indicó (a propósito del derecho a participar libremente en el gobierno de un país) que los quejosos afirmaron que la sentencia de la Corte de Apelación de Tanzania, los artículos 39, 47, 67 y 77 de la Constitución de la República Unidad de Tanzania y la Ley 7 de 2002 de las autoridades locales (que en su conjunto requieren que los candidatos para las elecciones presidenciales, parlamentarias y de los gobiernos locales sean miembros o estén apoyados por un partido político) constituyen una violación a los artículos 2o., 10 y 13 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, así como a los artículos 3o. y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁶³⁴

En concreto, sobre la alegada violación al artículo 13 de la Carta Africana, la Corte analizó críticamente el citado precepto, para lo cual recordó que el mismo precepto consagra el derecho de participar libremente en el gobierno de su país a todos los ciudadanos, lo cual pueden efectuar directamente o a través de representantes elegidos libremente.⁶³⁵

A todo esto, para la Corte era imperativo indicar que los derechos garantizados en el artículo 13 de la Carta Africana eran derechos individua-

⁶³¹ *Ibidem*, pp. 32 y 33.

⁶³² *Ibidem*, p. 33.

⁶³³ *Idem*.

⁶³⁴ *Ibidem*, p. 34.

⁶³⁵ *Ibidem*, p. 35.

les, los mismos no debían ser destinados a su disfrute sólo en asociación con otras personas o grupos de personas, como sería un partido político; por lo tanto, en una queja como la que se analizaba, lo que era de supremo significado fue determinar si un derecho individual había sido puesto en peligro o no; en otras palabras, si había sido vulnerado, y no si los grupos podrían disfrutar o no de este derecho individual.⁶³⁶

Bajo este escenario, para la Corte, en vista de la patente claridad de los términos del artículo 13 de la Carta Africana, que les otorga a los ciudadanos la opción de participar en el gobierno de su país directamente o mediante representantes, el requerimiento de que un candidato debe pertenecer a un partido político antes de que sea habilitado para participar en el gobierno de Tanzania, ciertamente, deroga los derechos consagrados en el citado precepto.⁶³⁷

Pese a ello, la Corte identificó que el disfrute de ese derecho puede ser restringido conforme al artículo 27.2 de la Carta Africana, que indica que los derechos y libertades de cada persona deben ser ejercidos con la debida atención de los derechos de los otros, de la seguridad colectiva, moralidad e intereses comunes. Aún más, se debe considerar la obligación que establece el artículo 29.4 de la Carta a todas las personas, referente a preservar y fortalecer la solidaridad nacional y social, particularmente cuando es amenazada, lo que, según la Corte, representa también límites para el disfrute del derecho de participar libremente en el gobierno de su país.⁶³⁸

Así, la Corte recordó que el Estado demandado con base en dichas restricciones argumentó que las mismas llaman a asistir al principio de necesidad basado en las necesidades sociales de las personas de Tanzania, para lo que la Corte se preguntó ¿cuáles son estas necesidades sociales? En respuesta a esa interrogante, presentada por la Corte durante la audiencia del caso, el demandado indicó que las circunstancias prevalecientes en Tanzania demandaron que sea mantenida la prohibición de candidaturas independientes.⁶³⁹

En particular, de acuerdo con el Estado demandado, la restricción es a la luz de la estructura de la unión, la República Unida de Tanzania que comprende Mainland Tanzania y Tanzania Zanzibar. Asimismo, el Estado afirmó que la restricción acerca de que deben ser por lo menos un número mínimo de miembros de un partido de Mainland y de Zanzibar era justi-

⁶³⁶ *Idem.*

⁶³⁷ *Ibidem*, pp. 35 y 36.

⁶³⁸ *Ibidem*, p. 36.

⁶³⁹ *Idem.*

ficable, y los requisitos que deben ser reunidos con respecto al registro de partidos políticos han resultado en la inexistencia del tribalismo en Tanzania. Bajo este sendero, el demandado expresó que la ley simplemente fijó el procedimiento para el ejercicio del derecho pero no lo restringió; así, el procedimiento solamente establece un mínimo de obligaciones que deben ser atendidas para disfrutar de los derechos políticos, obligaciones que son razonables.⁶⁴⁰

Cabe resaltar que el Estado demandado, a fin de sustentar su postura, hizo referencia al *caso Castañeda Gutman vs. México* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; en concreto, el demandado reiteró la posición de la Corte de Apelación en la apelación civil número 45 de 2009, que fue similar a la sentencia del *caso Castañeda Gutman vs. México*, del 6 de agosto de 2008, que fijó el criterio respecto a que la decisión de introducir las candidaturas independientes depende de las necesidades sociales de cada Estado conforme a su histórica realidad. De esta manera, el demandado citó algunos párrafos de la sentencia del *caso Castañeda*, en los cuales la Corte Interamericana reconoció que el Estado mexicano había justificado que la restricción del registro de candidatos exclusivamente a través de partidos políticos respondía a las necesidades sociales basadas en los diversos escenarios históricos, políticos y sociales, lo que implicaba que la necesidad de crear y desarrollar el sistema de partidos se debía a una realidad política e histórica de México.⁶⁴¹

En este sentido, para el Estado demandado la realidad histórica y social de Tanzania demandó la prohibición de las candidaturas independientes en el contexto de una democracia de multipartidos, que fuera introducida de nueva cuenta en los comienzos de la década de los noventa. Tales provisiones fueron proclamadas en el tiempo en que Tanzania era una democracia joven y era indispensable que el sistema de multipartidos fuera fortificado.⁶⁴²

Pues bien, en aras de aproximarse a la solución del asunto, la Corte Africana aludió que la jurisprudencia relativa a las restricciones en el ejercicio de los derechos ha desarrollado el principio que indica que las mismas restricciones deben ser necesarias en una sociedad democrática; asimismo, que deben ser razonablemente proporcionales con los objetivos legítimos que se buscan alcanzar. En este contexto, los quejosos han establecido que existió *prima facie* una violación a un derecho; por su parte, el Estado demandado argumentó que el derecho ha sido legítimamente restringido por la ley, para

⁶⁴⁰ *Ibidem*, pp. 36 y 37.

⁶⁴¹ *Ibidem*, pp. 37 y 38.

⁶⁴² *Ibidem*, *op. cit.*, p. 38.

lo cual se ha proporcionado evidencia de que la afectación busca uno de los propósitos reconocidos en el artículo 27.2 de la Carta Africana.⁶⁴³

En el desarrollo de su argumentación, la Corte Africana aludió a diversas comunicaciones de la Comisión Africana, en las cuales la primera ha establecido que las razones legítimas para limitar los derechos y libertades de la Carta Africana sólo han sido señaladas en el artículo 27.2. Aún más, que después de evaluar si la restricción se realiza a través de una ley de aplicación general, la Comisión debe aplicar el test de proporcionalidad, con el cual se pondera el impacto, la naturaleza y la extensión de la limitación del derecho contra el interés legítimo del Estado de obtener un objetivo específico. Así, el interés legítimo debe ser proporcional y absolutamente necesario para las ventajas que se buscan conseguir.⁶⁴⁴

Por otro lado, la Corte Africana hizo referencia en su argumentación a criterios similares emitidos por la Corte Europea de Derechos Humanos; en concreto, citó el *caso Handyside vs. United Kingdom*, aplicación 5493/72, sentenciada en 1976, en el cual el Tribunal de Estrasburgo señaló que la idea de sociedad democrática significa, entre otras cosas, que toda formalidad, condición, restricción o penalidad impuesta debe ser proporcional al objetivo legítimo perseguido.⁶⁴⁵

Tal criterio fue reafirmado por la Corte Europea en el *caso Gillow vs. United Kingdom*, aplicación 9063/80, resuelta en noviembre de 1986; en el mismo caso, la Corte señaló que la idea de necesidad en una sociedad democrática conlleva una urgente necesidad social; en concreto, la medida ocupada debe ser proporcional al objetivo legítimo buscado; en adición, el alcance del margen de apreciación del que gozan las autoridades nacionales dependerá no sólo de la naturaleza del objetivo de la restricción, sino también de la naturaleza del derecho involucrado.⁶⁴⁶

Siguiendo con la referencia a los criterios del Tribunal de Estrasburgo, la Corte Africana resaltó que aquél, concerniente a la necesidad social, ha indicado que no sólo verifica si el Estado aplicó el principio del margen de apreciación de buena fe, sino también avalúa si las razones dadas son relevantes y suficientes, como lo ha especificado en el *caso Olsson vs. Sweden*, aplicación 10465/83, de marzo de 1988.⁶⁴⁷

⁶⁴³ *Ibidem*, p. 40.

⁶⁴⁴ *Ibidem*, p. 40.

⁶⁴⁵ *Ibidem*, pp. 40 y 41.

⁶⁴⁶ *Ibidem*, p. 41.

⁶⁴⁷ *Idem*.

Al mismo tiempo, la Corte Africana resaltó la jurisprudencia de su homóloga europea decretada en el caso *Sporrong and Lonnroth vs. Sweden*, aplicaciones 7151/75 y 7152/75 J, resueltas en septiembre de 1982, en las cuales el Tribunal de Estrasburgo evaluó si la interferencia respectiva era proporcional al objetivo legítimo; al hacerlo, debía determinar si el equilibrio justo fue alcanzado entre las demandas de los intereses generales de la sociedad y los requisitos de la protección de los derechos fundamentales.⁶⁴⁸

Por otro lado, la Corte Africana también recurrió a la jurisprudencia sobre la materia emitida por la Corte Interamericana; así, destacó que ésta, a fin de determinar si la restricción a los derechos es legal, se guía por los artículos 30 y 32.2 del Pacto de San José, que fijan el alcance de las restricciones a los derechos humanos; en particular, el artículo 30 señala que las restricciones a los derechos no serán aplicadas, salvo que sean acordes con las leyes promulgadas por razones de interés general y en concordancia con el propósito por el cual tales restricciones fueron establecidas; por su parte, el artículo 32.2 esboza que los derechos de cada persona son limitados por los derechos de otros, la seguridad de todos y por las justas demandas del bienestar general en una sociedad democrática.⁶⁴⁹

De esta forma, la Corte Africana identificó que para su homóloga interamericana, una restricción a los derechos es autorizada sólo si tiene como base la ley y si la misma es compatible con el Pacto de San José. Así, la Corte Interamericana requiere que las restricciones sean legales y legítimas, como se ha establecido en el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia de febrero de 2001.⁶⁵⁰

Con base en todo lo señalado, la Corte Africana concluyó que estaba de acuerdo con los criterios de la Comisión Africana, referentes a que las limitaciones de los derechos y libertades en la Carta son sólo los establecidos en el artículo 27.2 de la misma, y que tales restricciones deben tomar la forma de una ley de aplicación general, además de que las mismas deben ser proporcionales con el objetivo legítimo perseguido por la limitación. El anterior criterio fue similar a la aproximación de la Corte Europea, que precisa una determinación sobre si el equilibrio justo se estableció entre las demandas del interés general de la comunidad y los requerimientos de la protección de los derechos fundamentales.⁶⁵¹

Bajo este escenario, señaló la Corte Africana que el artículo 27.2 de la Carta permite restricciones a los derechos y a las libertades de las personas

⁶⁴⁸ *Ibidem*, pp. 41 y 42.

⁶⁴⁹ *Ibidem*, p. 42.

⁶⁵⁰ *Idem*.

⁶⁵¹ *Ibidem*, p. 43.

sólo sobre la base de los derechos de otros, la seguridad colectiva, la moralidad y el interés común. Las necesidades de las personas de Tanzania, a las cuales los derechos están sujetos, deben ir en línea y relacionadas con los deberes de las mismas, fijados en el artículo 27.2 de la Carta, el cual requiere consideraciones sobre seguridad, moralidad, intereses comunes y solidaridad.⁶⁵²

Así, para los jueces africanos, no existieron argumentos del demandado que demostraran que las restricciones en el ejercicio del derecho de libre participación en el gobierno de su país (por la prohibición de las candidaturas independientes) se ubique en las restricciones permisibles establecidas en el citado artículo 27.2 de la Carta Africana; en cualquier evento, la restricción en el ejercicio del derecho a través de la prohibición de la candidatura independiente no fue proporcional con el alegado objetivo de fomentar la unidad y la solidaridad.⁶⁵³

Al mismo tiempo, la Corte Africana destacó que el Estado demandado confió ampliamente en el *caso Castañeda Gutman vs. México*, en el cual la Corte Interamericana encontró que las personas tienen otras opciones si ellos desean buscar una oficina pública electoral, por lo que, además de ser miembros y estar respaldados por un partido político, pueden ser promovidos por un partido político sin ser miembros del mismo, y también pueden formar un propio partido esencialmente desde que los requisitos para hacerlo no son complejos. A todo esto, para la Corte Africana, en el caso en estudio, los ciudadanos de Tanzania sólo pueden buscar una oficina electoral si son miembros o son promovidos por los partidos políticos, por lo que no existe otra opción disponible para ellos.⁶⁵⁴

En otro orden de ideas, los jueces africanos aludieron a la Observación General número 25, sobre el derecho de participar en asuntos públicos,

⁶⁵² *Idem.*

⁶⁵³ *Ibidem*, p. 43.

⁶⁵⁴ *Ibidem*, p. 44. Este argumento de los jueces africanos fue fundamental para el sentido de la decisión, pues con el mismo se puso de manifiesto la debilidad del argumento expuesto por el demandado, con el cual, utilizando los criterios emitidos por la Corte Interamericana en el *caso Castañeda Gutman*, pretendía justificar la prohibición de las candidaturas independientes en Tanzania. Sobre esto, recuérdese que la Corte Interamericana para concluir que México no había vulnerado el artículo 23 del Pacto de San José, argumentó que el registro de candidatos a elección popular exclusivamente vía partidos políticos respondía a necesidades sociales sustentadas en razones históricas, políticas y sociales de México. Véase Pelayo Möller, Carlos María y Vázquez Camacho, Santiago, “El caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. IX, 2009, p. 805, disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/311/545>, fecha de consulta: 1 de enero de 2018.

derechos de voto y derecho a un igual acceso al servicio público, emitida por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en la cual se señaló que el derecho de las personas para postularse en las elecciones no debe ser limitado excesivamente, requiriendo a los candidatos que sean miembros de partidos, si a un candidato se le solicita tener un número mínimo de partidarios para su nominación, el requisito debe ser razonable y no debe operar como una barrera para la candidatura.⁶⁵⁵

La Corte Africana manifestó su acuerdo con dicha Observación General, misma que es una declaración interpretativa del artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la cual refleja el espíritu del artículo 13 de la Carta Africana misma que, en concordancia con lo que señala en su artículo 60, es un instrumento adoptado por las Naciones Unidas sobre derechos humanos, del cual la Corte Africana puede obtener una inspiración para la interpretación de la Carta Africana.⁶⁵⁶

Por otro lado, la Corte Africana identificó que la limitación impuesta por el demandado debe ser consistente con los estándares internacionales, en particular, en línea con el principio establecido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual señala que un Estado parte no puede invocar las provisiones de su derecho interno como justificación para incumplir los tratados.⁶⁵⁷

En otro sentido, el demandado confió en el artículo 13 de la Carta Africana, en torno a que el disfrute de los derechos debe estar en concordancia con la ley, en particular, con el derecho nacional del demandado; a todo esto, para la Corte Africana, las limitaciones establecidas por las leyes nacionales no deben negar lo que claramente expresan las disposiciones de la Carta Africana. Más aún, habiendo ratificado la misma el Estado demandado, éste tiene una obligación de hacer leyes en línea con las intenciones y propósitos de la Carta Africana; en concreto, para la Corte, si bien se pueden promulgar leyes para el goce y disfrute de los derechos, las mismas no deben permitir la anulación de los derechos y libertades que están regulando.⁶⁵⁸

Bajo este sendero, toda ley que requiera que un ciudadano sea parte de un partido político, antes de que pueda convertirse en un candidato presi-

⁶⁵⁵ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 44.

⁶⁵⁶ *Ibidem*, pp. 44 y 45.

⁶⁵⁷ *Ibidem*, p. 45.

⁶⁵⁸ *Ibidem*, pp. 45 y 46.

dencial, se tornaría un collar innecesario que denegaría el derecho de participación directa de los ciudadanos, lo que equivaldría a una violación.⁶⁵⁹

Por todo ello, la Corte Africana encontró una violación al derecho de participar libremente en el gobierno del país en las elecciones presenciales, parlamentarias y locales de Tanzania, en virtud de que se debe pertenecer a un partido político, así, se impide a los ciudadanos participar libremente en el gobierno de su país directamente o a través de representantes elegidos libremente.⁶⁶⁰

Ahora bien, por lo que hace a la alegada violación del derecho de libertad de asociación, la Corte Africana recordó que los quejosos asumieron que la restricción que exige una afiliación a un partido político ha dañado la libertad de asociación de los ciudadanos de Tanzania que desean participar en política. En opinión de la Corte, la libertad de asociación es negada si una persona es forzada a asociarse con otros; la libertad de asociación es también vulnerada si otras personas son forzadas a unirse con otras; en otras palabras, la libertad de asociación implica la libertad de asociarse y la de no asociarse.⁶⁶¹

De esta manera, la Corte encontró que los requisitos de que las personas pertenezcan o sean apoyadas por un partido político, en la búsqueda de las elecciones para el puesto del gobierno presidencial, parlamentario y local, han vulnerado el derecho de libertad de asociación, porque las personas son obligadas a unirse o formar parte de una asociación antes de que busquen los puestos de elección popular.⁶⁶²

Finalmente, la Corte no estuvo conforme con el argumento del demandado referente a que las necesidades sociales de Tanzania constituirían las excepciones de los artículos 29.4 y 27.2 de la Carta Africana, que justificaban la limitación del derecho de libertad de asociación.⁶⁶³

Por lo que hace al derecho a no ser discriminado y el derecho a la igualdad, la Corte Africana recuerda que los quejosos alegaron que las provisiones constitucionales que prohíben las candidaturas independientes tienen un efecto discriminatorio contra la mayoría de los ciudadanos de Tanzania, por lo que vulneran el derecho a no sufrir discriminación consagrado en el artículo 2o. de la Carta Africana; así, los reclamantes argumentaron que aunque la prohibición legal de candidaturas independientes se aplica

⁶⁵⁹ *Ibidem*, p. 46.

⁶⁶⁰ *Ibidem*, p. 47.

⁶⁶¹ *Ibidem*, pp. 47, 48 y 49.

⁶⁶² *Ibidem*, p. 49.

⁶⁶³ *Idem*.

a todos los ciudadanos por igual, la misma tiene un efecto discriminatorio, porque sólo los miembros o los que están respaldados por los partidos políticos pueden buscar la elección a puestos en la presidencia, parlamento o los gobiernos locales.⁶⁶⁴

En este sentido, para la Corte Africana los quejosos alegaron una discriminación proveniente de enmiendas constitucionales entre los ciudadanos que pertenecen a un partido político y los que no pertenecen, pues los primeros sí pueden contender en las elecciones presidenciales, parlamentarias y locales, mientras que a los segundos no les está permitido. En este entendimiento, el derecho a no ser discriminado está relacionado con el derecho a igual protección ante la ley, que se encuentra garantizado por el artículo 3.2 de la Carta Africana.⁶⁶⁵

A la luz del artículo 2o. de la Carta Africana, la alegada discriminación debe estar relacionada con una distinción basada en opiniones políticas o de cualquier otro tipo. Para justificar la diferencia de trato entre los ciudadanos de Tanzania, el demandado había mencionado e invocado la existencia de necesidades sociales de las personas de Tanzania sustentada, *inter alia*, en la estructura particular del Estado (unión entre Mainland Tanzania y Tanzania Zanzibar) y la historia del país, los cuales requerían una construcción gradual de una democracia plural en unidad.⁶⁶⁶

Por lo anterior, surgió la pregunta sobre si los motivos invocados por el demandado en respuesta a la diferencia de trato establecida con las enmiendas constitucionales reclamadas eran pertinentes; en otras palabras, razonables y legítimas. Para la Corte, los motivos expresados para respaldar la diferencia de trato no podían legitimar las restricciones introducidas por la reforma constitucional al derecho de participación en el gobierno del país y al derecho a no ser obligado a ser parte de una asociación. De modo que, en opinión de los jueces africanos, los motivos de justificación no pudieron legitimar las restricciones de no ser discriminado y del derecho de igualdad ante la ley, por lo que la Corte concluyó que existió una violación a los artículos 2o. y 3.2 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos.⁶⁶⁷

Tal determinación judicial se comprende muy bien a la luz de la idea teórica que se ha desarrollado inicialmente por Humberto Ávila en Brasil, que señala que la promoción de finalidades constitucionales tiene un límite,

⁶⁶⁴ *Ibidem*, pp. 49 y 50.

⁶⁶⁵ *Ibidem*, pp. 50 y 51.

⁶⁶⁶ *Ibidem*, p. 51.

⁶⁶⁷ *Idem*.

que es proporcionado por el postulado de la prohibición del exceso, a veces identificado como una de las gradas del principio de proporcionalidad; el postulado de prohibición de exceso se manifiesta en cualquier contexto en el que se busque restringir un derecho humano, el mismo impide que se afecte excesivamente cualquier derecho; esto es, que se limite sobremanera.⁶⁶⁸

Sobre la presunta violación al Estado de derecho, el segundo quejoso argumentó que al iniciar el gobierno una enmienda constitucional para resolver una disputa legal que estaba pendiente en los tribunales, se buscó anular la sentencia judicial del tema, por lo que el demandado, al decir del quejoso, abusó del proceso de enmienda constitucional, vulnerando el principio de Estado de derecho.⁶⁶⁹

Ahora bien, el demandado mostró que el gobierno de Tanzania se ha adherido completamente a los principios de Estado de derecho, separación de poderes e independencia judicial, como se prevé en la Constitución de la República Unida de Tanzania. Así, en respuesta al argumento del segundo reclamante respecto a que la Decimaprimera enmienda constitucional violó el Estado de derecho, para el demandado el proceso de revisión y reforma constitucional no fue un fenómeno nuevo en Tanzania, ya que la Constitución del país, que ha sido modificada catorce veces, en su artículo 98.1, prevé que puede ser reformada en cualquier momento cuando las necesidades lo requieran, las cuales ocurrieron en 1994, derivado de lo cual la presunta violación del principio de Estado de derecho no se presentó.⁶⁷⁰

A todo esto, para la Corte Africana el concepto de Estado de derecho es un principio que abarca todo; por otro lado, la queja de los reclamantes en torno a que dicho principio ha sido vulnerado no está relacionada con un derecho en concreto, por lo que la Corte encontró que la alegada violación no se presentó en el caso en cuestión.⁶⁷¹

Pues bien, con base en todas las consideraciones y argumentos expuestos, los jueces africanos, por mayoría de votos, sentenciaron lo siguiente: *a)* que el Estado demandado violó los artículos 2o., 3o., 10 y 13.1 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (derecho a no ser discriminado, igualdad ante la ley, libertad de asociación y derecho a participar libremente en el gobierno) en perjuicio de los reclamantes; *b)* que el demandado debía tomar directamente las medidas constitucionales, legislativas y cualquier otra que sea necesaria, dentro de un tiempo razonable, para re-

⁶⁶⁸ Ávila, Humberto, *Teoría de los principios*, trad. de Laura Criado Sánchez, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 131.

⁶⁶⁹ *Ibidem*, p. 52.

⁶⁷⁰ *Idem*.

⁶⁷¹ *Ibidem*, pp. 52 y 53.

mediar las violaciones encontradas por la Corte, así como informar sobre las medidas a la Corte; *c*) otorgar permiso al segundo quejoso, para que enviara su solicitud de reparaciones dentro del plazo de treinta días; asimismo, para que el demandado presentara la réplica de las mismas dentro de los treinta días posteriores a la recepción de aquéllas, y *d*) que cada parte debía cubrir sus propios gastos y costos del juicio.⁶⁷²

4. *Criterios de evaluación de la argumentación utilizados*

Del estudio del caso “candidaturas independientes” se pueden desprender diversos criterios de fiscalización de la argumentación, que si bien no se identificaron de forma expresa por los jueces africanos, sí constituyeron un parámetro de calificación del proceso argumentativo expuesto por la Corte Africana.

Antes de exponer los criterios de evaluación utilizados por la Corte, cabe hacer dos precisiones relevantes para la comprensión del tema; por un lado, que la Corte Africana ha seguido las tendencias universales de varias cortes constitucionales e internacionales de recurrir a los parámetros de evaluación de la argumentación desarrollados por Robert Alexy (como lo hemos podido observar con el estudio de diversos casos en la presente investigación), lo cual resulta llamativo, derivado del alcance que ha tenido el autor occidental en el continente africano; por otro lado, que los jueces africanos, como sus homólogos europeos e interamericanos, omitieron presentar un esquema de justificación de los criterios o teorías de la argumentación utilizadas en su sentencia, circunstancia que, en nuestra opinión, afecta la corrección de la decisión; en efecto, se trata de un problema general, que se ha observado en diversas cortes nacionales e internacionales, que debe ser identificado y atendido en el corto plazo si se quiere contribuir realmente con el desarrollo del proceso de toma de decisiones en asuntos considerados paradigmáticos.

Pues bien, con independencia de las presiones aludidas, del estudio del caso “candidaturas independientes” se puede desprender que la Corte Africana utilizó los siguientes criterios de evaluación de la argumentación, a fin de defender, en cierta forma, la corrección de la decisión emitida:

- Criterio de jurisprudencia comparada.
- Criterio de necesidad.

⁶⁷² *Ibidem*, pp. 55 y 56.

- Criterio de proporcionalidad en sentido estricto.
- Criterio de la sociedad democrática.
- Criterio de interpretación no jurisprudencial.

Sobre el criterio de jurisprudencia comparada, se destaca que la Corte Africana recurrió al mismo en diversos momentos, en particular, para sustentar su postura en torno a dos cuestiones; en primer lugar, a fin de defender que los quejosos sí habían agotado todos los recursos internos previo a recurrir a su jurisdicción; para ello, como se recordara, esbozó el *caso Velásquez-Rodríguez vs. Honduras* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el *caso Akdivar and Others vs. Turkey* de la Corte Europea de Derechos Humanos, en los cuales se precisó el sentido de la figura del agotamiento de recursos internos. Por ello, se apreció que la Corte Africana calificó como correcta su determinación sobre la improcedencia de las objeciones preliminares hechas valer por el demandado, ya que la determinación era consistente con la jurisprudencia comparada; en otras palabras, porque lograba acreditar el parámetro de evaluación.

En segundo lugar, para sustentar cómo debían efectuarse, de forma legítima y equilibrada, las restricciones al ejercicio de los derechos humanos, para lo cual la Corte Africana justificó sus posiciones en la jurisprudencia emitida en los casos *Handyside vs. United Kingdom*, *Gillow vs. United Kingdom* y *Sporrong and Lonnroth vs. Sweden* del Tribunal de Estrasburgo, así como en la jurisprudencia emitida en el asunto *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, todo lo cual sirvió para evaluar el sentido de la sentencia de la Corte Africana en torno a que el Estado demandado había restringido inadecuadamente los derechos humanos de los reclamantes.

Por lo que respecta al criterio de necesidad, cabe esbozar que la Corte Africana lo retomó de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, que como se sabe, se explica bajo el principio de proporcionalidad, que contiene el subprincipio de necesidad, que exige, en palabras de Alexy que de dos medios igualmente idóneos sea elegido el más benévolo con el derecho humano afectado⁶⁷³ o, como se pregunta Ávila: entre los medios disponibles e igualmente adecuados para promover el fin, ¿no hay otro menos perjudicial de los derechos fundamentales afectados?⁶⁷⁴

De esta forma, los jueces africanos recurrieron al principio de necesidad para sustentar su postura respecto a la incorrección de las restricciones a los derechos humanos de los quejosos, en particular, para sustentar el postulado

⁶⁷³ Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría...*, cit., p. 41.

⁶⁷⁴ Ávila, Humberto, *op. cit.*, p. 145.

de que las restricciones alegadas no eran necesarias para el objetivo estatal que se buscaba obtener por parte del demandado (unidad, seguridad y orden en Tanzania, por mencionar sólo algunos), derivado de lo cual las limitaciones a los derechos eran inadecuadas, al no poder superar este criterio de corrección de la argumentación.

Sobre el criterio de proporcionalidad (en sentido estricto), se precisa que el mismo también fue obtenido de los postulados de Alexy, y se puede representar con la ley de ponderación, que indica que cuanto mayor sea el grado de afectación de un derecho, tanto más relevante es la satisfacción del otro derecho o principio;⁶⁷⁵ dicho principio en sentido estricto debe responder a la pregunta: ¿las ventajas para promover el fin se corresponden con las desventajas generadas por la adopción de la medida?; en otros términos, las ventajas de la utilización de la medida deben rebasar o superar las desventajas generadas sobre el derecho humano intervenido.⁶⁷⁶

Bajo este sendero, la Corte Africana recurrió a dicho criterio de proporcionalidad en sentido estricto para demostrar, como se indicó en el análisis de la argumentación y sentencia del caso, que la restricción al derecho humano de libre participación en el gobierno del país (mediante la prohibición de las candidaturas independientes) no fue razonablemente proporcional con el objetivo perseguido por el demandado de fomentar la unidad, orden y solidaridad en Tanzania, para lo cual se destaca que la Corte recurrió a la jurisprudencia del tema emitida por la Corte Europea de Derechos Humanos en los casos *Handyside vs. United Kingdom*, *Gillow vs. United Kingdom* y *Sporrong and Lönnroth vs. Sweden*, así como a diversas comunicaciones de la Comisión Africana sobre Derechos Humanos. En suma, al no haber podido acreditar el criterio de proporcionalidad (el demandado), se tuvo que la restricción era inconvencional, por lo que debía restituirse en sus derechos a los quejosos.

Respecto al criterio de la sociedad democrática, para empezar, se resalta que toda sociedad democrática es el marco institucional y cultural que permite lograr el efectivo disfrute de los derechos humanos políticos; siguiendo a Dahl, la democracia no es sólo una forma de gobierno, ya que los derechos son necesarios para las instituciones políticas democráticas; la democracia es, por definición, un sistema de derechos; más aún, ningún sistema no democrático posibilita a sus ciudadanos un esquema tan amplio

⁶⁷⁵ Alexy, Robert, *Sobre los derechos constitucionales...*, cit., p. 58.

⁶⁷⁶ Ávila, Humberto, *op. cit.*, p. 145.

de derechos políticos, y si lo logra, se convertiría, por ese hecho, en una democracia.⁶⁷⁷

Por ello, se observa que el criterio de la sociedad democrática es relevante para la calificación de toda argumentación; en el caso en cuestión, se tuvo que el mismo fue aplicado por los jueces africanos para sustentar la postura (prevaleciente en la jurisprudencia) respecto a que toda restricción a los derechos humanos debe ser necesaria en el marco de una sociedad democrática; de esta forma, la Corte Africana retomó el concepto de sociedad democrática elaborado por el Tribunal de Estrasburgo, para el cual la misma conlleva que toda restricción debe ser proporcional al fin perseguido por la medida respectiva. Como se puede observar, tal criterio guarda mucha relación con los principios de necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, ya que los mismos se desenvuelven, necesariamente, en las sociedades democráticas actuales, como ya lo ha apuntado la Corte Europea de Derechos Humanos.

En suma, el criterio de la sociedad democrática fue utilizado por la Corte Africana para presentar y robustecer su postura respecto a que las limitaciones a los derechos políticos de los quejosos no encontraban sustento en el contexto de la sociedad de Tanzania, por lo que era procedente eliminar la prohibición de acceso a las candidaturas independientes, a fin de que todos los ciudadanos de Tanzania pudieran contender en las elecciones, sin necesidad de estar afiliados o respaldados por algún partido político.

Finalmente, sobre el criterio de interpretación no jurisdiccional, la Corte lo utilizó para sustentar su postura en torno a que no deberían prohibirse las candidaturas independientes por el demandado; para ello, aludió a diversas comunicaciones de la Comisión Africana sobre Derechos Humanos, en las cuales se resalta la importancia de la aplicación del test de proporcionalidad al momento de establecer restricciones a los derechos humanos, que además deben estar establecidas en una norma general; en sentido similar, la Corte recurrió a criterios emitidos por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ahora Consejo de Derechos Humanos), en los cuales se manifestó que el derecho de sufragio pasivo no debe ser restringido excesivamente, mediante requisitos especiales; por ejemplo, el ser miembro de un partido político.

De esta manera, la Corte Africana compartió y adoptó tales interpretaciones no jurisdiccionales, que asumió como inspiración para respaldar su sentencia; así, se observa que resultó muy útil este parámetro de calificación

⁶⁷⁷ Dahl, Robert A., *Sulla democrazia*, 3a. ed. trad. de Cristiana Paternò, Roma, Laterza, 2010, pp. 52 y 53, traducción propia.

de la argumentación, que, como hemos podido observar, contribuyó a evaluar como correcto el sentido de la decisión de los jueces africanos, al estar respaldado, entre otros elementos, por las interpretaciones esbozadas por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el ahora Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Con base en todo lo descrito sobre los criterios de evaluación de la argumentación aplicados, la decisión de la Corte Africana en el caso “candidaturas independientes” puede calificarse como correcta, al menos bajo los cinco parámetros de evaluación utilizados, ya que el sentido de la decisión sobre la inconvencionalidad de la prohibición de las candidaturas independientes logró respaldarse mediante un esquema de fiscalización relativamente amplio, que aportó elementos valiosos para la justificación de la decisión adoptada por los jueces africanos, que puede ser una inspiración para la toma de decisiones por parte de otros tribunales de derechos humanos.

VI. NOTAS SOBRE LOS CRITERIOS DE EVALUACIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN ENCONTRADOS EN LA JUSTICIA INTERNACIONAL

Para comenzar, se destaca que el análisis de los casos prácticos resueltos tanto por la Corte Europea de Derechos Humanos como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos fue útil para la presente investigación, ya que nos mostró las tendencias actuales que están aplicando los tribunales internacionales en la solución de colisiones entre derechos humanos y principios constitucionales en estricto sentido; en particular, los parámetros que están usando para calificar y evaluar sus esquemas argumentativos.

En otro sentido, a manera de crítica; del estudio de los tres casos prácticos, se desprende que los jueces internacionales no justificaron la elección y utilización de los criterios de evaluación de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, lo que se estima inadecuado e incomprensible, pues todo elemento, criterio o postulado científico a utilizarse en la toma de decisiones judiciales debe necesariamente estar respaldado por diversas razones, ello, parafraseando a Dworkin, si queremos tomarnos realmente en serio los procesos argumentativos. Volveremos sobre este punto en el siguiente capítulo.

En otro orden de ideas, los criterios de corrección de la argumentación encontrados en la justicia internacional son los siguientes:

- De los fines legítimos.
- Necesidad.
- Económico.
- Razonabilidad.
- Argumentación exhaustiva.
- Internacional.
- Del derecho comparado interamericano.
- Jurisprudencia comparada.
- Proporcionalidad en sentido estricto.
- De la sociedad democrática.
- Interpretación no jurisprudencial.

Como se puede observar, al igual que en los casos constitucionales estudiados, en la justicia internacional prevalecieron los criterios de evaluación de la teoría de la argumentación del Robert Alexy; por ejemplo, se resalta que los jueces internacionales aludieron al criterio de razonabilidad (que se manifiesta en el principio de proporcionalidad), así como a sus subprincipios; esto es, de idoneidad (por lo que hace a los fines legítimos que lo explican), necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Derivado de lo cual, se identifica una preferencia global con los postulados de Alexy, lo cual no se comprende, ya que existe una pluralidad de teorías en torno a la toma de decisiones judiciales igualmente idóneas y estructuradas, que deberían ser aplicadas en los casos prácticos que así lo justifiquen, de modo que se debe ser consciente del abanico de posibilidades teóricas que existen sobre la justificación judicial, más allá del principio de proporcionalidad, tan difundido y aplicado en el contexto mexicano.

Por otro lado, se precisa que los criterios de evaluación de la justicia internacional no son novedosos, pues aluden a consideraciones y elementos ampliamente conocidos, que no representan un avance significativo en el proceso argumentativo; así, los parámetros de argumentación exhaustiva, jurisprudencia comparada y de interpretación no jurisprudencial son aplicados de forma casi rutinaria en las cortes de diversas partes del mundo (por ejemplo, en la Suprema Corte de Justicia de México); con todo, se reconoce el esfuerzo que realizaron los jueces internacionales para respaldar sus determinaciones, pero debemos ser más exigentes, pues nos encontramos ante una posible restricción de derechos humanos por vía judicial. El camino por recorrer en el terreno de la argumentación jurídica es complejo, pero debemos asumirlo de manera creativa, reflexiva y humanista, sobre esto, regresaremos en el siguiente capítulo.

En otro sentido, se observa que los criterios de evaluación de la justicia internacional son limitados, pues cada corte regional de derechos humanos se conformó con utilizar entre tres y cinco parámetros de calificación; en particular, el Tribunal de Estrasburgo sustentó su argumentación en tres criterios, la Corte Interamericana en cuatro y la Corte Africana en cinco. En nuestra opinión, el que una sentencia se sustente en dos o tres criterios no es *per se* inadecuado, pues si los mismos son determinantes para el sentido de la decisión, se tiene que se ha justificado la misma; sin embargo, nosotros hemos asumido la necesidad de aplicar, en la medida de lo posible, un criterio de saturación; esto es, el presentar el mayor número de razones posibles y de criterios de calificación de la argumentación para respaldar una decisión.

Finalmente, se precisa que derivado de las reflexiones críticas expuestas sobre los parámetros de evaluación de la argumentación encontrados en la justicia internacional, sabemos ahora que los mismos requieren ser ampliados y perfeccionados; así, pensamos que el ejercicio crítico fue útil para dirigir nuestro esfuerzo en diseñar un esquema de evaluación de la argumentación, más extenso y comprometido con las necesidades sociales y jurídicas actuales respecto al proceso de toma de decisiones que involucren afectaciones a los derechos humanos. De esta forma, podemos afirmar que hemos identificado algunas tendencias clave en la justicia internacional sobre el tema, que operará como nuestro borrador para perfeccionar y desarrollar las vigentes teorías de la argumentación jurídica; en particular, los criterios de fiscalización del razonamiento que las mismas utilizan, ejercicio que emprenderemos en el siguiente capítulo.