

eman ta zabal zazu



Universidad del País Vasco    Euskal Herriko Unibertsitatea

**LA OBLIGATORIEDAD DE LA  
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE  
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y  
EL DERECHO COLOMBIANO**

Luz Ángela Arévalo Robles

Director  
Juan Soroeta Liceras

2021



## Índice

INTRODUCCIÓN .....	7
PARTE PRIMERA.....	23
EL DERECHO INTERAMERICANO Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO .....	23
CAPÍTULO I. EL CARÁCTER OBLIGATORIO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH PARA LOS ESTADOS PARTE DE LA CONVENCIÓN .....	25
1. CUESTIONES GENERALES .....	25
1.1. EL DEBATE EN LA DOCTRINA.....	32
1.2. LA CORTE IDH COMO INTÉRPRETE AUTÉNTICA DE LA CONVENCIÓN .....	65
1.3. EL DESARROLLO DE LA CONVENCIÓN .....	74
1.4. LA FUNCIÓN ARMONIZADORA DE LA CIDH.....	96
1.5. LOS EFECTOS <i>ERGA OMNES</i> DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH.....	99
1.6. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO EXPRESIÓN ÚLTIMA DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH .....	104
CAPÍTULO II. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERAMERICANO EN EL DERECHO COLOMBIANO .....	123
1. LA RECEPCIÓN Y JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO COLOMBIANO .....	129
1.1. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CCC .....	142
1.1.1. <i>Las medidas provisionales</i> .....	148
1.1.2. <i>Las sentencias</i> .....	160
1.1.2.1. La parte resolutive.....	162
1.1.2.2. La jurisprudencia .....	165
1.1.3. <i>Las opiniones consultivas</i> .....	187
PARTE SEGUNDA.....	201
LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA COMO CATALIZADOR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. EL DERECHO MATERIAL.....	201
1. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS A LA VERDAD, A LA JUSTICIA Y A LA REPARACIÓN .....	203
1.1. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH .....	203
1.1.1. <i>El Derecho a la verdad</i> .....	208
1.1.2. <i>El Derecho a la justicia. La obligación de investigar, juzgar y sancionar</i> .....	217
1.1.3. <i>La incompatibilidad de las leyes de amnistías o indultos y el debate sobre la justicia transicional</i> .....	223
1.1.4. <i>El Derecho a la reparación</i> .....	236
1.2. LA INTERACCIÓN ENTRE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH Y LA CCC.....	247
1.2.1. <i>La participación de las víctimas en el proceso penal</i> .....	248
1.2.2. <i>Los derechos de las víctimas en contextos de justicia transicional</i> .....	251
1.2.2.1. El derecho a la verdad .....	255
1.2.2.2. El derecho a la justicia .....	256
1.2.2.3. El derecho a la reparación .....	258
1.2.2.4. Los estándares de justicia en el proceso de paz con la guerrilla de las FARC-EP. La Ley de Amnistía y su interpretación por la Corte Constitucional colombiana .....	261
2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....	270
2.1. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN .....	272
2.1.1. <i>La libertad de expresión, piedra angular de la democracia</i> .....	274
2.1.2. <i>La prohibición de la censura previa</i> .....	280
2.1.3. <i>Los discursos especiales protegidos</i> .....	283
2.1.4. <i>Limitaciones al derecho a la libertad de expresión</i> .....	288
2.2. LA INTERACCIÓN ENTRE LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH Y LA CCC .....	295
2.2.1. <i>La importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática</i> .....	298
2.2.2. <i>El derecho a la vida y a la integridad física y su conexión con el derecho a la libre expresión</i> .....	306
2.2.3. <i>Los discursos especiales protegidos</i> .....	312
2.2.4. <i>La prohibición de la censura</i> .....	315
2.2.5. <i>Las limitaciones a la libertad de expresión</i> .....	322
3. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS .....	334

3.1. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH .....	334
3.1.1. <i>La identidad indígena y el reconocimiento étnico en la jurisprudencia de la Corte IDH</i> .....	338
3.1.2. <i>La identidad étnica y la exigibilidad de los derechos vulnerados. La personalidad jurídica y la autonomía indígena</i> .....	351
3.1.3. <i>El derecho a la vida</i> .....	359
3.1.4. <i>El derecho a la propiedad comunal</i> .....	365
3.2. LA INTERACCIÓN ENTRE LA JURISPRUDENCIA DE LA C IDH Y LA CCC .....	373
3.2.1. <i>La identidad étnica y la autonomía</i> .....	375
3.2.2. <i>La importancia del territorio y el derecho a la propiedad comunal</i> .....	377
<b>4. EL ENFOQUE DE GÉNERO Y LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES .....</b>	<b>383</b>
4.1. LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH .....	388
4.1.1. <i>La discriminación estructural por razones de género</i> .....	389
4.1.2. <i>Género e interseccionalidad</i> .....	401
4.1.3. <i>La perspectiva de género y los derechos de la Convención Americana</i> .....	408
4.2. LA INTERACCIÓN ENTRE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH Y LA CCC.....	424
4.2.1. <i>La Corte Constitucional y la Convención de Belén Do Para (1994)</i> .....	426
4.2.2. <i>Género y discriminación “estructural”: argumentos explícitos de la Corte constitucional colombiana</i> .....	432
4.2.3. <i>El derecho a la vida y a la integridad de la mujer</i> .....	438
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>453</b>
<b>ANEXO DOCUMENTAL .....</b>	<b>465</b>
<b>1. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>467</b>
<b>2. JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>493</b>
2.1. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS .....	493
2.2. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA .....	504
2.3. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	507
2.4. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA .....	508
<b>3. DOCUMENTOS OFICIALES.....</b>	<b>508</b>
3.1. SISTEMA INTERNACIONAL.....	508
3.2. SISTEMA INTERAMERICANO .....	509

## ***Agradecimientos***

Me gustaría expresar mi profunda gratitud a mi director de tesis Juan Soroeta por su orientación, su generosidad académica e incondicional apoyo. Le agradezco su guía constante, sus palabras de reconocimiento a mi trabajo, y, sobre todo, el que no me dejara desfallecer en los momentos más difíciles. Su forma de vivir la academia y su visión de vida han sido fuente de inspiración.

Mi ingreso al doctorado no habría sido posible sin el Maestro Javier Quel. Sus lecciones fueron esenciales para escoger mi tema de tesis. Le agradezco por abrirme las puertas del programa doctoral y por toda la confianza que depositó en mí desde el primer momento.

Mis agradecimientos también para la Universidad del País Vasco por el soporte que me brindó el Programa Predoctoral de Formación de Investigador no Doctor y a COLCIENCIAS-COLFUTURO por el apoyo de su programa doctoral que permitieron la elaboración de esta tesis.

Gracias a mi familia. A mis padres por estar encontrar la forma de estar siempre a mi lado a pesar de la distancia, por su cuidado, su apoyo, dedicación, paciencia y amor infinito. A mi hermano por ser mi soporte, por todas las conversaciones, las sugerencias, por motivarme y darme ánimo siempre que lo necesité. A mis tías que han sido mis amigas y cómplices siempre.

Quiero agradecer a mis amigas y amigos que se han convertido en mi familia durante estos años. A Mónica, Alejo, Julie, Sandra, Emilia, Karla, Nerea, Oihan y Dianita quienes me brindaron su sincera amistad y compartieron conmigo las alegrías y las dificultades de este proceso. Su cariño fue fundamental para culminar con éxito este proceso.

Por último, agradezco a todas y todos quienes no he mencionado, pero que han estado conmigo en este largo caminar.



## **INTRODUCCIÓN**





El reconocimiento de los derechos humanos como universales e irrenunciables después de los horrores de la Segunda Guerra Mundial constituyó un cambio de paradigma en el Derecho Internacional, en el que por primera vez se reconoció subjetividad internacional al ser humano. La protección de sus derechos fundamentales pasó de ser una cuestión de competencia exclusiva del Estado a un ser asunto de jurisdicción compartida entre la jurisdicción interna y la internacional<sup>1</sup>. De esta forma se rompió la dicotomía entre el derecho interno y el internacional, y se reconoció que el individuo es la razón última del derecho y que no se puede dejar al arbitrio exclusivo del orden interno ni el reconocimiento de sus derechos fundamentales ni su amparo<sup>2</sup>. No es menos cierto que el Estado sigue siendo su garante primario, y su jurisdicción el lugar donde deben resolverse de forma preferente los asuntos relacionados con su efectividad, pero ahora debe tener en cuenta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

La Carta de las Naciones Unidas de 1945 así lo plasmó en su Preámbulo<sup>3</sup> y posteriormente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre desarrollaron las disposiciones contenidas en la Carta de la ONU consagrando

---

<sup>1</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2001.

<sup>2</sup> CANÇADO TRINDADE, A. A., "Hacia el nuevo Derecho Internacional para la persona humana: manifestaciones de la humanización del Derecho Internacional", *Rev. Faculdade Direito Universidade Federal Minas Gerais*, 2007, vol. 50, pp. 44 – 61, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., "La universalidad de los derechos humanos", *Doxa*. N. 15-16, 1994.

<sup>3</sup> El Preámbulo de la Carta señala la voluntad de los pueblos de "reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas". Adicionalmente, el artículo 55 reafirma uno de los propósitos de la ONU: "el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades".

un listado mínimo de derechos del que todo ser humano debe disfrutar sin importar el lugar en el que se encuentre. El *corpus iuris* del DIDH se fue concretando en un amplio número de instrumentos, entre los que destacan los tratados de derechos humanos a través de los cuales los Estados se obligan internacionalmente<sup>4</sup>.

De forma paralela y complementaria al desarrollo del sistema universal, se fueron desarrollando los sistemas regionales de protección de los derechos humanos basados en instrumentos vinculantes para los Estados Parte. Aunque tienen evidentes diferencias y obedecen a contextos continentales particulares, tienen un propósito compartido, así como contenidos y procedimientos similares, lo que evidencia de nuevo la transnacionalización de los sistemas de protección de los derechos humanos.

El sistema europeo para la protección de los derechos humanos es el sistema regional más antiguo. Se puso en marcha en 1950 con la aprobación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales. Casi dos décadas después (1969), en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA) es adoptada la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y de forma más reciente, la adopción de la Carta Africana marcó el comienzo del desarrollo regional de las normas e instituciones de derechos humanos<sup>5</sup>. La importancia de la Carta

---

<sup>4</sup> O'DONNELL, D., *Derecho internacional de los derechos humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina en Colombia del alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004.

<sup>5</sup> La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos fue adoptada en 1981 por la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización de la Unidad Africana (OUA). La Unión Africana (UA), que reemplazó a la OUA en 2000, estableció los derechos que están garantizados por la Carta Africana como principios y objetivos en su Acta Constitutiva.

Africana fue triple: primero, indicaba que los Estados africanos se apartaban de su rígida adhesión al concepto de soberanía estatal; en segundo lugar, que la promoción y protección de los derechos humanos en África es ya un tema de preocupación regional; y tercero, sentó las bases para el desarrollo del sistema africano de derechos humanos<sup>6</sup>.

Tanto en el sistema europeo como en el americano, además de definirse un catálogo de derechos y libertades, los tratados fundacionales establecen órganos judiciales con competencia para interpretar sus disposiciones y resolver asuntos sobre el incumplimiento de las obligaciones allí contenidas: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH)<sup>7</sup>. Para conocer el contenido de la regulación contenida en los instrumentos internacionales de derechos humanos es fundamental analizar el desarrollo jurisprudencial que de ellos hacen ambas cortes. Por su naturaleza dichos instrumentos contienen disposiciones abiertas que no regulan con precisión las materias de que tratan, por lo que será la jurisprudencia la que establece el alcance y el contenido de dichas normas.

---

Abriendo una nueva era de protección de los derechos humanos en África, la Carta fue redactada considerando los textos legales de los sistemas internacionales y regionales de protección de los derechos humanos, así como las tradiciones legales del continente. De ahí la inclusión de los derechos de los pueblos junto con los más “tradicionales” derechos civiles, políticos, económicos y sociales. Sobre el Sistema africano; HANSUNGULE, M. *African Courts and the African Commission on Human and Peoples’ Rights*, pp. 233–241, <http://citeseerx.ist.psu.edu/> (consultado por última vez el 02/02/2021); HEYNS, C., “The African regional human rights system: the African Charter”, *Penn St. L. Rev.*, 2003, vol. 108, p. 679.

<sup>6</sup> KUFUOR, K. O. “The Origin of the African Human Rights System”, KUFUOR, K. O. (ed.), *The African Human Rights System: Origin and Evolution*, Palgrave Macmillan US, New York, 2010, pp. 11-36, [https://doi.org/10.1057/9780230106543\\_2](https://doi.org/10.1057/9780230106543_2). (consultado por última vez el 10/10/2019)

<sup>7</sup> En el sistema africano el órgano judicial es establecido por medio del Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para el Establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptado en 1998 y en vigor desde el 25 de enero de 2004.

Tanto el Convenio Europeo como la Convención Americana establecen la protección mínima en materia de derechos humanos para los países de sus respectivas regiones. En el caso americano constituye el sistema de protección supranacional más importante con el que los habitantes de un continente con una historia de graves violaciones en la materia y con unas democracias débiles pueden contar.

Por otra parte, la jurisprudencia juega un papel fundamental para alcanzar el objetivo de armonizar las disposiciones de los instrumentos regionales con el derecho interno y las actuaciones de los órganos de los Estados Parte, puesto que es en el ámbito interno donde adquiere verdadera eficacia el sistema de protección. La conformación de un estándar mínimo de protección regional en materia de derechos humanos pasa, no solo por la adopción en el derecho interno de la Convención Americana o el Convenio Europeo, sino por su alcance y contenido materiales determinado por la jurisprudencia de sus órganos judiciales, pues, como señala el expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos GARCÍA RAMÍREZ: “La efectividad del sistema interamericano - como la de otros sistemas universales o regionales- se mide por la forma en que trasciende al ámbito interno de los Estados”<sup>8</sup>.

En efecto, el DIDH tiene un carácter subsidiario y complementario del derecho interno, de forma que la garantía de los derechos es responsabilidad principal del Estado y solo si este fracasa en protegerlos es posible una

---

<sup>8</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe del 9 de marzo de 2006, presentado a la comisión de asuntos jurídicos de la OEA, San José de Costa Rica, [https://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa\\_2006.pdf](https://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2006.pdf) (consultado por última vez el 04/09/2021).

intervención internacional. Y es que el impulso de “universalización” de los derechos humanos tuvo su contraparte en el derecho interno, donde se caracterizó por la constitucionalización normativa de los derechos humanos reconocidos en el plano internacional, acompañados de mecanismos de garantía para hacerlos efectivos y su identidad como uno de los fundamentos de los sistemas democráticos.

En América Latina, este fenómeno, que en Europa tuvo lugar principalmente en los años de la posguerra, se produjo en los años noventa del siglo pasado con la transición de muchos países de la región de regímenes totalitarios hacia la democracia. En ese marco, se adoptaron numerosas constituciones que se distinguieron por establecer un importante catálogo de derechos, una clara apertura al DIDH reflejada en las cláusulas abiertas o de remisión, y por el establecimiento de mecanismos de garantía que dieron un gran protagonismo a los jueces en la protección de los derechos humanos, y muy especialmente a los tribunales constitucionales<sup>9</sup>.

La apertura al DIDH fue sin duda importante, y, en teoría, debería haber representado el engranaje adecuado de las dimensiones internacional y local del sistema interamericano de derechos humanos para una protección reforzada de los derechos fundamentales. Sin embargo, nos encontramos con una doble realidad. Por una parte, una creciente adopción de los tratados internacionales de derechos humanos y unos tribunales constitucionales activos y progresistas en la protección e interpretación de los derechos

---

<sup>9</sup> JARAMILLO, L. G., *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción: una discusión en clave neoconstitucional*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, pp. 33 – 60.

protegidos en el plano interno, y por otro, con unas cifras de violación de derechos en la región que siguen siendo abrumadoras<sup>10</sup>. Es cierto que la situación es variable en función del Estado de que se trate, pero al mismo tiempo, en los últimos años se ha producido una tendencia al ascenso al poder de gobiernos populistas con una propensión a la concentración de los poderes públicos, lo que redundaría en la violación de las garantías básicas de protección de los derechos humanos<sup>11</sup>.

En este contexto, y desde que comenzó a funcionar, la labor del sistema interamericano es muy importante, no solo para poner de relieve las violaciones individuales o estructurales de derechos humanos en un país determinado, sino para establecer el contenido y el alcance mínimos de los derechos protegidos por la CADH que deben respetar y proteger los Estados Parte de la Convención. Esto último, como se puede deducir, supone que la jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana es vinculante para los Estados Parte, así como que la adopción de esos parámetros fijados por la Corte IDH tienen gran importancia en la efectiva protección de esos derechos.

---

<sup>10</sup> Sin embargo, la realidad es que la violación de derechos humanos en el continente sigue siendo abrumadora como lo demuestran los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/informes/pais.asp> u de organizaciones de la sociedad civil como Human Rights Watch <https://www.hrw.org/es/americas>, o Amnistía Internacional <https://www.amnesty.org/es/documents/amr01/1353/2020/es/>, así como los casos conocidos por la Corte IDH.

<sup>11</sup> GRANT, W., *Populista: The Rise of Latin America's 21st Century Strongman*, Head of Zeus, January 2021. El libro de GRANT ofrece un análisis de los populismos de izquierda en el siglo XXI en América Latina, mientras que el artículo de ZANOTTI y ROBERTS se enfoca en los gobiernos populistas de derecha. Ambos señalan los efectos negativos que tienen en el fortalecimiento de la democracia en la región. ZANOTTI L., y ROBERTS, K.M., "(Aún) la excepción y no la regla: la derecha populista radical en América Latina", *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, vol. 30, no 1, 2021, pp. 23-48.

Por todo ello consideramos de la mayor importancia analizar si los Estados consideran que los parámetros interpretativos de la Corte IDH son obligatorios, cómo los incorporan y el efecto que tal incorporación tiene en el alcance del amparo que proporcionan. Esta afirmación no es pacífica y, aunque progresivamente se tiende a aceptar tal carácter obligatorio, no hay una posición homogénea ni en la doctrina ni en los ordenamientos internos, en los cuales se producen avances y retrocesos incluso en un mismo órgano judicial en diferentes épocas o en distintos asuntos.

Estudiar este fenómeno requiere de un análisis casuístico, y siendo conscientes de la imposibilidad de abarcar el análisis de todos los países de la región, decimos poner el foco en el caso colombiano, que combina varios factores interesantes. Por una parte, una Constitución abierta al DIDH, que otorga rango constitucional a los tratados de derechos humanos, que contiene unos mecanismos de garantía al que cualquier ciudadano puede acceder<sup>12</sup> y un tribunal constitucional con una tendencia progresista que tiene potestad tanto para decidir sobre asuntos de constitucionalidad de las normas como sobre casos individuales en los que denuncia una violación de un derecho fundamental protegido por la Constitución; y, por otro, un complejo contexto de

---

<sup>12</sup> La Constitución colombiana estableció dos tipos de mecanismos para garantizar la efectividad de la Constitución. Por un lado, la acción de inconstitucionalidad, que busca asegurar la compatibilidad normativa entre la Constitución y las leyes de rango inferior del ordenamiento. Por otra parte, la acción de tutela para la protección de derechos fundamentales individuales. Ambas acciones pueden ser interpuestas por cualquier ciudadano, aunque en el segundo caso es necesario tener un interés en la causa por una afectación directa del derecho fundamental protegido. Adicionalmente, de las acciones de inconstitucionalidad solo conoce la CCC mientras que la acción de tutela puede presentarse ante cualquier juez, de forma que todos los jueces del país pueden convertirse en jueces de tutela. Sobre estos procedimientos ver, BERNAL CANO, N., "Convergencias y divergencias de las acciones y procedimientos constitucionales en el ordenamiento jurídico colombiano, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 77, año XVIII, 2012, pp. 77-92.

conflicto armado, violación sistemática de los derechos humanos e impunidad en el que la aplicación efectiva de los estándares fijados por la Corte IDH adquieren la máxima relevancia como herramienta clave para el progresivo respeto por los derechos humanos y la lucha contra la impunidad.

Como hemos mencionado, los tribunales constitucionales de la región han venido desempeñando una función de bisagra entre el Derecho internacional y el derecho interno, ya que para asegurar la supremacía de la Constitución y con ello, la vigencia de los derechos humanos reconocidos en ella, han acudido, en su labor interpretativa, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por esta razón, el análisis de su jurisprudencia es lo que nos permitirá determinar cómo funciona en la práctica la adopción de la jurisprudencia de la Corte IDH.

En definitiva, en la presente Tesis Doctoral nos proponemos analizar las razones por las que consideramos que la jurisprudencia de la Corte IDH es obligatoria en el derecho interno colombiano. Para ello vamos a analizar el Derecho de los tratados, el DIDH (en especial las normas del Sistema interamericano) y el derecho constitucional colombiano.

Posteriormente, examinaremos la práctica judicial de la Corte Constitucional de Colombia (en adelante, CCC) en la materia en casos muy concretos. La utilización por parte de la CCC de la jurisprudencia interamericana no ha sido objeto de excesivos estudios académicos. Cuando iniciamos el análisis de esta cuestión e hicimos las correspondientes búsquedas bibliográficas descubrimos que tan solo había sido objeto de un conjunto reducido de breves estudios en relación con cuestiones muy concretas, tales como la justicia transicional, el derecho de las víctimas a la



reparación o la libertad de expresión, y siempre en relación con casos que habían sido abordados por la Corte Constitucional<sup>13</sup>. Igualmente comprobamos que otro sector de la doctrina debatía en sus estudios los avances o retrocesos del control de convencionalidad y la tendencia de la constitucionalización del Derecho Internacional en Colombia a través del bloque de constitucionalidad<sup>14</sup>. Los estudios de ambos sectores doctrinales nos sirvieron para destacar el creciente interés en el mundo académico por la interacción entre la Corte IDH y la CCC, y reforzaron nuestro interés por analizarlo y por acotar los temas sobre los que deberíamos llevar a cabo la investigación, en relación con las sentencias tanto de la Corte IDH como de la CCC.

---

<sup>13</sup> Es lógico que el enfoque metodológico se inclinase por revisar algunas sentencias hitas sobre temas específicos por el alto volumen de fallos que produce la CCC que hace que estos difícilmente pudieran ser revisados sin un gran equipo de investigación.

<sup>14</sup> Ambos grupos de investigaciones serán comentados a lo largo de la presente Tesis Doctoral cuando resulte pertinente. En las líneas que suguen recogemos una selección de la bibliografía más interesante en relación con la interacción existente entre la jurisprudencia de la Corte Interamericana y la Corte Constitucional colombiana: GÓNGORA, M. “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: Una visión co-evolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, VON BOGDANDY, A., FERRER MAC-GREGOR, E., MORALES ANTONIAZZI, M.(coord.), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un *Ius Constitutionale Commune en América Latina?**, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D.F., 2010, pp. 403-30; DUQUE, C., “El control constitucional de la justicia transicional en Colombia, frente a los requerimientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Verba Iuris*, n.º 33, 2015, pp. 77-97; CÓRDOBA TRIVIÑO, J., “Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al derecho constitucional colombiano”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, Fundación Konrad Adenauer., Uruguay, 2007; ACOSTA, P.A. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: El caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado, 2015; HITTERS, J.C., “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Estudios constitucionales* 7, n.º 2, 2009, pp. 109-28. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002009000200005>; BETANCOURTH, D.R., “Control de convencionalidad en Colombia. Entre el control de la Convención y su aplicación”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2015, 113. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2015; ACOSTA, J. I. y BRAVO RUBIO, D. “El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: énfasis en la experiencia colombiana”. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* 6, n.º 13, 2008; LÓPEZ-MURCIA, J. D. y MALDONADO-COLMENARES, G. “La protección de la propiedad de la tierra en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación al caso de las comunidades campesinas en Colombia”. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 14, 2009, pp. 71-105.

Una vez definidos los objetivos y detectada la carencia bibliográfica en la materia, abordamos un enfoque de investigación de análisis jurisprudencial de carácter principalmente empírico sobre fuentes primarias, que en este caso fueron las sentencias de la Corte IDH y la Corte Constitucional colombiana. En esta tesitura, decidimos seleccionar cuatro temas principales por su especial relevancia tanto en el sistema interamericano como en el orden interno:

- los derechos de las víctimas en un contexto de conflicto armado,
- el derecho a la libertad de expresión,
- los derechos de los pueblos indígenas
- género y discriminación.

El objeto de investigación era muy amplio, por lo que tuvimos que dejar a un lado el análisis de algunos derechos y temáticas que la Corte Constitucional había venido abordando y en los que también existía una jurisprudencia de la Corte IDH. Por ello, seleccionamos para su análisis algunos temas en los que la Corte IDH hubiera hecho una contribución novedosa y que a la vez tuviera relevancia en el contexto nacional colombiano.

*El derecho de las víctimas en el contexto del conflicto armado* en Colombia se nos presentaba como una línea de trabajo inexcusable por la larga confrontación político-militar contra el Estado, por una parte, y desde la década de los años cincuenta de las guerrillas liberales, desde la década de los años sesenta, de las guerrillas comunistas de orientación marxista-leninista de extracto campesino (FARC-EP), guevaristas y camilistas (ELN), y maoístas (EPL). A este contexto tan complejo, se unió la aparición de las fuerzas del paramilitarismo de orientación de ultraderecha y aliadas del Estado. Este caótico conglomerado de grupos de combatientes tuvo como resultado un escenario generalizado de violaciones e impunidad que incluían numerosas

masacres, amenazas, torturas, desplazamientos internos, etc., cuyo final dio lugar a la puesta en marcha de procesos de paz tanto con las fuerzas paramilitares como con la guerrilla de las FARC-EP. En el curso de estos procesos el debate se centró en el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, en los términos fijados por la Corte IDH.

El segundo ámbito material de investigación es la *libertad de expresión*, uno de los pilares de la democracia. La Corte IDH ha hecho un desarrollo muy completo de los estándares de este derecho, y aunque Colombia se precia de tener una de las democracias más antiguas del continente, también es uno de los países más peligrosos para ejercerlo<sup>15</sup>.

La tercera línea de investigación se centra en los *derechos de los pueblos indígenas*. Colombia tiene más de cien pueblos y naciones ancestrales diferentes reconocidos, y es uno de los países más importantes en cuanto a diversidad de comunidades indígenas de la región. Sin embargo, los territorios de estas comunidades han sido invadidos, sus derechos han sido vulnerados y sus vidas y culturas están en peligro de desaparición. En esta materia la jurisprudencia de la Corte IDH ha hecho una aportación fundamental para el reconocimiento de los derechos colectivos y ha fijado estándares de protección detallados en varios aspectos. En el orden interno colombiano, la Constitución de 1991 definió por primera vez la diversidad étnica del país como un principio

---

<sup>15</sup> En relación con este tema, cfr. la página web del Proyecto Antonio Nariño - PAN, una alianza interinstitucional con más de 10 años de trabajo en la promoción de la libertad de expresión y el acceso a la información en Colombia. Este proyecto ha desarrollado herramientas para la recopilación de información y monitoreo de la situación de la libertad de expresión en el país. <https://www.pan.org.co/> (consultado por última vez el 10/09/2021).

del ordenamiento, lo que ha sido la base para el respeto de las propias jurisdicciones indígenas en sus territorios y el reconocimiento de la autonomía en algunos ámbitos.

Finalmente, el último ámbito material de investigación de nuestra Tesis Doctoral es la *discriminación contra la mujer por razones de género*, que es un tema especialmente sensible en una región con una cultura fuertemente patriarcal, que ha generado una discriminación estructural difícil de combatir, tal y como como ha sido ampliamente reconocido por la propia Corte IDH. Colombia no es ajena a esa realidad y es interesante ver cómo en las últimas décadas el tribunal colombiano ha venido unas veces adoptando y otras coincidiendo con buena parte de los criterios establecidos por la jurisprudencia interamericana.

En su conjunto, consideramos que los temas seleccionados constituyen una buena base de trabajo para analizar la interacción existente entre la jurisprudencia interna de los Estados de la región en materia de derechos humanos, y para examinar en qué medida la recepción de la jurisprudencia interamericana tiene consecuencias en el alcance de los derechos en el orden interno. Igualmente, debe servir para analizar resistencias que persisten a la hora de aplicar el canon interpretativo, que constituye el principal desafío a que debe hacer frente la construcción de un orden jurídico interamericano basado en los derechos humanos.

Hemos dividido el presente estudio en dos partes.

En la Parte Primera se analizará el tema de la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH partiendo del debate jurisprudencial que nos dará elementos para pasar a analizar el tema desde dos dimensiones: la

primera es la dimensión internacional, específicamente los argumentos jurídicos del DIDH que justifican el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, y la segunda la dimensión interna o del ordenamiento colombiano tomando como base lo que dice la Constitución al respecto y la interpretación hecha por la Corte Constitucional de Colombia (CCC).

En la Parte Segunda se estudiará el derecho material a través de la viva interacción entre las Cortes Interamericana y Constitucional colombiana reflejada en las sentencias y opiniones consultivas de la primera y en los fallos de constitucionalidad y de tutela de la segunda. Este apartado se ha dividido en los cuatro ámbitos materiales mencionadas anteriormente: los derechos de las víctimas, la libertad de expresión, los derechos de los pueblos indígenas y la discriminación por razones de género. En cada una veremos se estudiarán los desarrollos más importantes de la Corte IDH que han sido adoptados por la jurisprudencia de la CCC.

En síntesis, la parte primera desarrolla la noción de obligatoriedad a través del análisis teórico-jurídico, mientras que la parte segunda analiza la incidencia real de la jurisprudencia de la Corte IDH en el derecho colombiano.

Para abordar el objetivo de la investigación se utilizaron las fuentes doctrinales más destacadas en la materia y herramientas de análisis de la jurisprudencia. Para el estudio de las sentencias tanto de la Corte IDH como de la CCC se utilizó la metodología de la línea jurisprudencial<sup>16</sup>, que permite

---

<sup>16</sup> Buena parte de las estrategias metodológicas utilizadas en la presente Tesis Doctoral fueron desarrolladas a partir de las sugerencias realizadas por el profesor Diego López Medina. Para profundizar sobre la metodología de la línea jurisprudencial de análisis de sentencias, cfr. LÓPEZ MEDINA, D., *El Derecho de los Jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Legis, Bogotá,

identificar la sentencia “hito”, que establece por primera vez el estándar sobre un asunto específico y permite seguir en las sentencias subsiguientes la línea trazada por el tribunal y ver si se reafirma en el tiempo o modifica su posición. En el caso de la CCC, se analizan alrededor de 300 sentencias en las que la Corte Constitucional cita explícitamente a la Corte Interamericana en los temas pertinentes, y se analizan los criterios utilizados en cada asunto para establecer qué estándares relevantes fueron adoptados y determinar si se trataba de citas puntuales, marginales o centrales en la argumentación de la CCC, así como si se mantenían en el tiempo o si presentaban variaciones.

---

2006; del mismo autor, “El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* 13, n.º 26, 2015, pp. 117-60

**PARTE PRIMERA**

**EL DERECHO INTERAMERICANO Y SU RECEPCIÓN EN EL**

**DERECHO COLOMBIANO**





# **CAPÍTULO I. EI CARÁCTER OBLIGATORIO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH PARA LOS ESTADOS PARTE DE LA CONVENCION**

## **1. CUESTIONES GENERALES**

Aunque se trata de una cuestión de la máxima importancia, el debate sobre la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sigue abierto en la doctrina.

Mediante su jurisprudencia del control de Convencionalidad, la Corte IDH ha establecido con claridad, que, en efecto, su jurisprudencia es obligatoria, y es evidente que su incidencia en el orden interno de los Estados es cada día mayor. Pero aún hay resistencias en la doctrina y en los propios ordenamientos jurídicos a aceptar tal carácter obligatorio.

En este capítulo señalaremos las razones por las que consideramos que, en efecto, la jurisprudencia de la Corte es obligatoria para los Estados, y que muchas de las críticas que se hacen a esta obligatoriedad carecen de fundamento, aunque es cierto que hay cuestiones concretas difíciles de resolver sobre las que el debate sigue abierto.

En términos generales, podemos hablar de dos posiciones doctrinales que mantienen puntos de vista enfrentados. Por un lado, un sector de la doctrina, denominado “estatalista” o “soberanista”, que desde los años noventa se va reduciendo paulatinamente, desconfía abiertamente del papel que pueden jugar los organismos internacionales, por entender que pueden socavar

la soberanía nacional. En su opinión, el marco estatal es el ideal para alcanzar los principios de justicia igualitarios. Pero, como queda dicho, aunque con muchas resistencias, esta visión es cada día más minoritaria, ya que algunos autores que defienden por encima de todo, la soberanía estatal y consideran que el Estado es un sujeto indispensable para alcanzar tales objetivos, admiten que este planteamiento tiene importantes limitaciones.

Por otro lado, un numeroso grupo de autores, al que se le ha denominado “cosmopolita” o “globalista”, entiende que una jurisprudencia transnacional compartida constituye el desenlace lógico de la globalización de los derechos humanos. La justicia no puede depender únicamente del Estado, y, en ocasiones, puede llegar incluso a convertirse en su enemigo<sup>17</sup>. El modelo de Estado soberano debe ser superado y reemplazado por formas de gobernanza multinivel.

En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el debate se centra en el papel que debe jugar la Corte IDH en relación con los tribunales locales, la ley nacional y la política gubernamental. Frente al sector de la doctrina con la que nos alineamos, que entiende que sus fallos tienen como objetivo la búsqueda de la justicia, y que esta se puede alcanzar siempre que los Estados acepten sus obligaciones internacionales, otro grupo de autores ven en las cortes regionales una forma de intervencionismo que se aleja de la justicia y que atiende en realidad a intereses geopolíticos de determinados Estados.

---

<sup>17</sup> RONZONI, M. y VALENTINI, L., “Global Justice and the Role of the State: A Critical Survey”, *The Oxford Handbook of Global Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2020, <https://philarchive.org/archive/VALGJA-3> (consultado por última vez el 02/02/2021).

Hacemos esta presentación de las dos principales posiciones doctrinales a efectos puramente expositivos, pero, como iremos viendo, no todos los autores/as que se identifican con uno de estos sectores mantienen posturas homogéneas entre sí.

La posición estatalista o soberanista se caracteriza por un alto grado de desconfianza hacia los organismos internacionales, y considera que sus decisiones pueden suponer un perjuicio para los intereses nacionales, en la medida en que pueden inmiscuirse en sus asuntos internos, atentando de esta forma contra su soberanía. En especial, critican las implicaciones políticas de las decisiones de la Asamblea de la Organización de Estados Americanos sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su activismo contra países minoritarios o políticamente contrarios a la hegemonía.

La defensa de la no-obligatoriedad, sin embargo, no siempre proviene de consideraciones políticas soberanistas, sino también de los análisis técnico-jurídicos; en especial, en relación con la función consultiva de la Corte IDH y cuando se trata de derechos que no están establecidos expresamente en la Convención americana. Principalmente, se afirma que no todos los pronunciamientos deberían ser obligatorios, bien porque la naturaleza de las funciones de la Corte es diferente en cada caso, bien porque la interpretación de la Convención realizada por esta ha dado lugar a un nuevo derecho que no estaba recogido de forma textual en el acuerdo ratificado por los Estados. No se trata ya de una posición netamente soberanista, sino de una lectura conservadora de la actividad de la Corte IDH y del respeto de la autonomía de los tribunales locales. Lo veremos con detalle.

La posición cosmopolita o 'globalista', por su parte, observa con optimismo la creciente interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el orden jurídico nacional. Entiende que la Corte IDH debe ejercer cierta presión sobre los sistemas legales nacionales con el fin de construir una suerte de constitucionalismo interamericano, formulado desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con el objeto de armonizar las leyes y políticas nacionales de los Estados. Para ello se requiere un sistema de gobernanza que refuerce los estándares logrando una importante transformación en la política local y en la distribución de recursos en la región<sup>18</sup>.

Esta tendencia se ve favorecida por el giro neo-constitucionalista experimentado en los países latinoamericanos en los años noventa, que ha hecho posible la incidencia de la Corte IDH en los derechos internos a través de la justicia constitucional. El neo-constitucionalismo surgió en Europa después de la Segunda guerra mundial y se caracterizó por un nuevo modelo de Constitución en la que no sólo se materializaban las fuentes del derecho, sino también las normas de actuación de los poderes públicos del Estado, y además se positivizaba un catálogo de derechos fundamentales<sup>19</sup>. Se trata de un ordenamiento jurídico caracterizado por la primacía de la Constitución, de la que deriva todo el ordenamiento, y que no sólo contiene reglas, sino también principios. De acuerdo con PRIETO SANCHÍS, los dos elementos principales

---

<sup>18</sup> URUENA, R. "Double or Nothing: The Inter-American Court of Human Rights in an Increasingly Adverse Context", *Wisconsin International Law Journal* 35, nº 2 (2018 de 2017), pp. 398-425.

<sup>19</sup> CARBONELL SÁNCHEZ, M., *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003; COMANDUCCI, P., "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico", *Isonomía*, n.16, México, abr. 2002, pp. 89 – 112.

del neo-constitucionalismo son su fuerte contenido normativo y la garantía constitucional, cuyo resultado resume de la siguiente forma:

“una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces”<sup>20</sup>.

Esta afirmación tiene que ver con el hecho de que dichas constituciones contienen principalmente normas abiertas o indeterminadas, creadas para contextos pluralistas, y que para ser efectivas deben ser interpretadas y aplicadas en un momento histórico concreto, labor que deben realizar los jueces, ya no mediante los métodos tradicionales del derecho, sino con técnicas más complejas, tales como la ponderación. Como bien señala ZAGREBELSKY, en el constitucionalismo actual las normas constitucionales son documentos “destinados a valer en el tiempo para integrarlas en un movimiento ideal que cruza los límites de los Estados nacionales”<sup>21</sup>.

En Latinoamérica, la adopción del neo-constitucionalismo se caracterizó por su fuerte vínculo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ya que, por un lado, los derechos humanos reconocidos internacionalmente décadas atrás fueron constitucionalizados en estos nuevos textos, y por otro, porque muchas de las Cartas Magnas, además de su propio catálogo de derechos, remiten directamente al DIDH o incluyen cláusulas abiertas que establecen que la enumeración de los derechos allí protegidos no implica la

---

<sup>20</sup> PRIETO SANCHÍS, L., “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *Filosofía jurídica y siglo XXI: ocho panoramas temáticos*, Universidad de Málaga (UMA), 2005, pp. 81-112.

<sup>21</sup> ZAGREBELSKY, G., “El juez constitucional siglo XXI”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 2008, vol. 10, p. 249-268.

negación de otros que, si bien no están señalados en el texto, son inherentes a la persona humana<sup>22</sup>.

Las cláusulas abiertas han permitido a los jueces de la región aplicar directamente los instrumentos internacionales de derechos humanos o servirse de ellos como parámetro para interpretar los reconocidos en la Constitución.

Estas características del nuevo constitucionalismo son piezas clave en el reconocimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana por parte de las cortes nacionales. Como señala GÓNGORA, la expansión de la doctrina del *Bloque de constitucionalidad*, según la cual algunos tratados de derechos humanos adoptados por el Estado tienen jerarquía constitucional y son incorporados en el parámetro de constitucionalidad, ha permitido, como veremos adelante, que los órganos encargados de su interpretación (en particular la Corte Interamericana de Derechos Humanos) hayan ganado relevancia en la interpretación de las provisiones constitucionales a nivel doméstico<sup>23</sup>.

El primer procedimiento contencioso de la Corte IDH en 1988, coincidió en el tiempo con el nacimiento de las Constituciones latinoamericanas (Brasil, 1988, Colombia, 1991, Paraguay, 1992, Perú, 1993, Venezuela, 1999,

---

<sup>22</sup> BREWER-CARIAS describe los diferentes tipos de cláusulas abiertas de las Constituciones latinoamericanas y, con algunas excepciones, casi todos los países de la región las han incluido en su texto constitucional. "Cláusulas de este tipo se encuentran, por ejemplo, en las constituciones de Argentina (Artículo 33), Bolivia (Artículo 33), Colombia (Artículo 94), Costa Rica (Artículo 74), Ecuador (Artículo 19), Guatemala (Artículo 44), Honduras (Artículo 63), Nicaragua (Artículo 46), Paraguay (Artículo 45), Perú (Artículo 3), Uruguay (Artículo 72) y Venezuela (Artículo 22). BREWER-CARIAS, A.L., "La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina", *Revista IIDH*, 46, 2007, pp. 215 - 267.

<sup>23</sup> GÓNGORA, M., "Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia...", op.cit, pp. 404 y 405.

Ecuador, 1998 y 2008, y Bolivia, 2009)<sup>24</sup>. Destaca HUNEEUS que, como consecuencia de este movimiento neoconstitucionalista, los tribunales internos de la región comenzaron a derogar las legislaciones existentes, aplicando para ello las nuevas Constituciones y los tratados internacionales de derechos humanos. La revisión constitucional se convirtió en una ventana a través de la cual los jueces podían acceder, interpretar y aplicar directamente los tratados internacionales ratificados por el Estado<sup>25</sup>. Progresivamente, los tribunales nacionales latinoamericanos comenzaron a utilizar la jurisprudencia de la Corte IDH en sus fallos, e incluso los tribunales nacionales de diferentes Estados comenzaron a citarse entre sí, creando una jurisprudencia transnacional compartida en materia de derechos humanos.

Sin embargo, la creciente incidencia de la Corte IDH en los ordenamientos estatales no siempre se debe a que los tribunales internos la consideren obligatoria. Es más, muchos de los fallos de la Corte producen fuertes resistencias en estos tribunales, en especial en los últimos años. Por ello, antes de centrarnos en la naturaleza de la función de la Corte IDH, vamos a analizar en profundidad los argumentos que cuestionan el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana para el derecho interno de los Estados Parte, una obligatoriedad que, en nuestra opinión, se deriva de un conjunto de posiciones que interpretan la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos más allá de la clásica definición interna-externa o

---

<sup>24</sup> Un análisis de las similitudes y diferencias de las nuevas constituciones y reformas constitucionales en América Latina de la época se puede ver en UPRIMNY, R., "The recent transformation of constitutional law in Latin America: trends and challenges", *Texas Law Review*, 89, 2010, pp. 1587- 1609.

<sup>25</sup> HUNEEUS, A. "Introduction to Symposium on the Constitutionalization of International Law in Latin America", *AJIL Unbound*, 2015, vol. 109, pp. 89-92.

monista-dualista. Sin duda, existe una profunda interrelación entre los órdenes legales y judiciales internos e internacionales que a veces pasa por la idea de la justicia transnacional. Pero, como queda dicho, no se trata de un debate pacífico.

## 1.1. EL DEBATE EN LA DOCTRINA

La Corte IDH ejerce una jurisdicción supranacional y controla la convencionalidad de los actos jurídicos de los Estados sometidos a la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria. Esta cláusula habilita a la Corte para analizar si la Convención ha sido violada por el Estado y, en último término, para establecer, como intérprete oficial de la Convención, el contenido de los derechos protegidos. Sin embargo, no hay un consenso sobre el alcance de este poder de control.

Entre quienes critican el excesivo poder de la Corte se puede distinguir dos tipos de autores. Un primer grupo critica el déficit democrático del SIDH y, por tanto, la falta de legitimidad de los jueces de la Corte IDH, y cuestionan la obligatoriedad de sus fallos porque consideran que carecen de objetividad y neutralidad cuando juzgan acciones de gobiernos que podrían ser minoritarios en la Asamblea de la Organización de Estados Americanos o que carecen de representatividad para tomar decisiones contrarias a instituciones nacionales, que sí son representativas y han sido elegidas democráticamente. Estas críticas, señalan las falencias de *accountability* e independencia que se pueden presentar en la composición y trabajo de la Corte IDH a la hora de aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos. Un segundo grupo de autores



critica fundamentalmente que la Corte se exceda en su competencia, y que, en vez de aplicar la CADH, establezca nuevas obligaciones para los Estados Parte.

Entre los primeros se encuentran VERDUGO y GARCÍA, quienes entienden que hay una carencia democrática en el SIDH y en el tipo de decisiones que toma por ser un órgano con baja representatividad, además de criticar la politización de los jueces que lo componen. En primer lugar, la Corte IDH aplica normas que son ampliamente indeterminadas, y, por tanto, susceptibles de diversas interpretaciones, por lo que, en opinión de estos autores, la interpretación de un grupo de jueces, sin conexión alguna con las instituciones democráticas nacionales, no puede prevalecer sobre la que realizan los parlamentos o jueces locales, que conocen mejor el contexto nacional, y cuentan con mayor nivel de representatividad. Por otra parte, consideran que los criterios de elección de los jueces de la Corte IDH pueden verse empañados por la composición política de la Asamblea de la OEA. Recuerdan que, la elección de los miembros, tanto de la Comisión como de la Corte, es producto de los equilibrios políticos existentes en la OEA y, por tanto, “podría cuestionarse la veracidad de la causalidad que se asume entre la posición política de quien promueve la candidatura de los jueces (o realiza el control posterior mediante la reelección) y las preferencias que el juez manifestará posteriormente”<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> VERDUGO, S. y GARCÍA, J., “Radiografía al Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Revista Actualidad Jurídica*, nº 25, enero, 2012, p. 186

La duda es razonable. Partiendo de la noción clásica de los “intereses nacionales”, cimentada por el realismo y el neorrealismo<sup>27</sup>, resulta lógico suponer que la composición de un órgano tan poderoso no escapa a las negociaciones políticas. Además, debe destacarse la tradicional desconfianza latinoamericana hacia la política exterior estadounidense y su conocido intervencionismo<sup>28</sup>. Estos autores no están en contra del cumplimiento de los compromisos internacionales de los Estados, pero destacan que las tradiciones jurídicas y el contexto político de un país no pueden infravalorarse por un órgano que podría convenir con intereses políticos nacionales de potencias dominantes o tendencias políticas mayoritarias, y, que en un contexto de diversidad cultural y política, no es recomendable que las instituciones internacionales, que en general adolecen de un importante déficit democrático, puedan imponer una interpretación única.

La política exterior del “americanismo” de la doctrina Monroe (1823) es considerada como uno de los elementos claves de la fundación de la Organización de Estados Americanos, que significativamente tiene su sede en Washington, y, por ende, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, un dispositivo de influencia y presión sobre los diferentes gobiernos en cada época

---

<sup>27</sup> MORGENTHAU, H. J., & THOMPSON, K. W., *Política entre las Naciones: la lucha por el poder y la paz*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1986; WALTZ, K. N., *Teoría de la Política Internacional*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1988; KEOHANE, R.O & NYE, J.S., *Poder e Interdependencia: la Política Mundial en Transición*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1986.

<sup>28</sup> SCARFI, J.P., “Denaturalizing the Monroe Doctrine: The Rise of Latin American Legal Anti-Imperialism in the Face of the Modern US and Hemispheric Redefinition of the Monroe Doctrine”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 33, n 3, 2020, pp. 541–555; BELL, J. y DELLO, R., “Imperialismo y neoliberalismo”, *Revista Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina*, 2020, vol.8, n.1, p.17.

y lectura geopolítica del continente<sup>29</sup>. A este respecto, cabe recordar que en el año 2019, en el contexto de la elección de nuevos comisionados de la CIDH, Chile, Argentina, Colombia, Brasil y Paraguay firmaron una declaración en la que expresaron sus inquietudes en relación con el funcionamiento del SIDH en asuntos como la aplicación del principio de subsidiariedad y las medidas de reparación, y pidieron que la Comisión y la Corte apliquen únicamente las fuentes de Derecho Internacional establecidas explícitamente en la Convención, así como que respeten el margen de apreciación de los Estados<sup>30</sup>.

Sin embargo, no podemos compartir esta opinión, porque descalifica de plano todo el funcionamiento del sistema legal internacional, infravalora la voluntad de los Estados que se obligaron a cumplir la CADH, y trata de ocultar

---

<sup>29</sup> PAZ, J. y CEPEDA, M. El nuevo rol de la OEA: ¿el regreso del “americanismo”?, *Nueva Sociedad*, 28 de julio de 2016. (Artículo de opinión) <https://nuso.org/articulo/el-nuevo-rol-de-la-oea-regreso-del-americanismo/> (consultado por última vez 03/11/2018)

Cabe recordar las repetidas declaraciones durante el gobierno del ex presidente Hugo Chávez en reacción a decisiones de la Corte y la Comisión interamericanas. Después del fallo de la Corte IDH en el caso *López Mendoza vs Venezuela* el mandatario dijo “¿Qué valor puede tener esa corte? Para mí no vale nada. Es un cero a la izquierda (...) Entre sus miembros habrá gente honrada, pero creo que con esa decisión le hacen un favor a la batalla, a la dialéctica. Los corruptos, los dictadores, banqueros prófugos, son protegidos por los EEUU y por ese sistema internacional que obedece al mandato del poder imperial y de la burguesía que forman parte de ese poder...”. <http://www.youtube.com/watch?v=jhLRJ0mbTfs> (consultado por última vez el 07/07/2019)

En 2010, el gobierno se pronunció sobre el informe especial sobre la democracia y los derechos humanos en Venezuela elaborado por la Comisión americana de la siguiente forma: “La complicidad permanente e incurable de la CIDH, no de todos sus magistrados, pero la mayoría, con los desestabilizadores de la democracia venezolana, las mentiras evidenciadas en una difamación permanente sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela, la politización y el servicio de los intereses de la ultraderecha interamericana y por supuesto del imperio y de la American University, fábrica de burócratas de derechos humanos, que están detrás de toda ésta conspiración y concertación en contra de nuestro país...” <http://www.youtube.com/watch?feature=endscreen&NR=1&v=A03aPwZjsAs> (consultado por última vez el 20/01/2019)

Finalmente, el 10 de septiembre de 2013 Venezuela decide denunciar la Convención Americana en respuesta al fallo emitido por la Corte en el caso *Díaz Peña vs Venezuela*, y estuvo fuera del sistema por un periodo de 6 años hasta el año 2019 en el que solicitó su reingreso aceptando de nuevo la jurisdicción de la Corte IDH.

<sup>30</sup> <https://minrel.gob.cl/minrel/noticias-antteriores/comunicado-de-prensa-ministerio-de-relaciones-exteriores-ministerio-de> (Consultado por última vez el 02/02/2020).

los verdaderos conflictos que emergen cuando se activa el sistema interamericano. En nuestra opinión, estos argumentos constituyen una importante amenaza al sistema de protección de los derechos humanos del sistema de protección interamericano. En este sentido, el Director para las Américas de *Human Rights Watch* afirmó que la declaración de estos Estados tenía como objeto “ejercer presión indebida ante el Sistema Interamericano de DD.HH. para delimitar gravemente sus funciones e introducir consideraciones políticas en las decisiones de los órganos de control”<sup>31</sup>.

En relación con la independencia de los jueces, los estudios jurídicos críticos (*Critical Legal Studies*)<sup>32</sup> sostienen la ausencia de objetividad jurídica y de independencia judicial de los jueces, y que sus decisiones tienen una dimensión política que refleja las luchas y contradicciones ideológicas existentes en la sociedad y que, por tanto, pueden ser transformadoras o, al contrario, favorecer el mantenimiento del *status quo*. Lo mismo puede decirse

---

<sup>31</sup> En el mismo sentido, grupos de académicos de Chile y Argentina suscribieron una carta contra de la declaración en la que señalaron que “se le quitaría a los órganos de supervisión la capacidad de efectuar, justamente, su mandato de supervisión e interpretación, tan necesario para resguardar, en el pasado y presente, la democracia y la dignidad de todas las personas”. Radio Francia Internacional, 27/06/2019, <https://www.rfi.fr/es/americas/20190627-quien-quiere-limitar-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos> (Consultado por última vez el 02/02/2020)

<sup>32</sup> Los *Critical Legal Studies* son un movimiento político y jurídico de izquierdas que surge en los años sesenta y setenta en Estados Unidos. Para los CLS, el derecho es, en principio, una herramienta utilizada por el establecimiento para mantener su poder y dominación sobre un *statu quo* desigual. Por ello, entienden que las decisiones judiciales no son parte de un sistema racional de sabiduría acumulada, con pretensiones de determinación, neutralidad y objetividad, sino que el derecho es un campo de disputa política, y que las decisiones judiciales son el resultado de las luchas y contradicciones ideológicas existentes en la sociedad. Por tanto, no hay una respuesta correcta para cada caso. Los jueces tienen posiciones políticas que determinan sus fallos. Sin embargo, no niegan el potencial transformador del derecho. Algunos de sus más notables representantes son Robert W. Gordon, Morton J. Horwitz, Duncan Kennedy y Catharine A. Mackinnon. MANGABEIRA UNGER, R., *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard University Press, 1986; KENNEDY, D., “Freedom and constraint in adjudication: A critical phenomenology”, *J. Legal Educ.*, 1986, vol. 36, p. 518. KENNEDY, D. y KLARE, K. E., “A bibliography of critical legal studies”, *Yale Law Journal*, 1984, pp. 461-490; KENNEDY, D., *A Critique of Adjudication. Fin de siècle*, Harvard University Press, 2009.

del sistema interamericano, en el que las decisiones de la Corte pueden mejorar el sistema de protección de derechos humanos o, por el contrario, pueden avanzar en ese sentido, pero ser inútiles en el caso de que el Estado en cuestión ocupe una posición de poder en la geopolítica continental. Este tipo de posiciones son interesantes, pero desnaturalizan el estudio jurídico, dejando en un segundo plano el sistema jurídico frente al político<sup>33</sup>.

Una de las críticas más duras que se viene formulando a la autoridad de la Corte IDH como intérprete de la Convención es su “déficit democrático”. GARGARELLA, uno de sus principales exponentes, señala varias razones para descalificar la autoridad y legitimidad de la Corte. Por una parte, dado que no es un tribunal elegido popularmente, los jueces de la Corte IDH no pueden ser removidos por la ciudadanía, y sus decisiones no son susceptibles de ser discutidas en el plano interno; por otra, las decisiones de dicho tribunal “suelen ser objeto de interpretaciones que quedan en manos de órganos que, nuevamente, merecen ser señalados por sus problemas de legitimidad”<sup>34</sup>. Para este autor, la autoridad de las decisiones de un órgano jurisdiccional como la Corte IDH no depende ni de la competencia que se le otorgue ni de la equidad de sus procedimientos, sino de las razones que respaldan sus sentencias y la forma en que aseguran la inclusión y la deliberación democrática que debe dar

---

<sup>33</sup> ESQUIROL, J. L. “The Geopolitics of Constitutionalism in Latin America”, CRAWFORD, C y BONILLA, D., *Constitutionalism in the Americas*, Edward Elgar Publishing, Gloucestershire, 2018, pp. 79-108.

<sup>34</sup> GARGARELLA, R., “Justicia Penal Internacional y Violaciones Masivas de Derechos Humanos”, GARGARELLA, R., *De la injusticia penal a la justicia social*, Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, Bogotá, 2008, pp. 105-147. En el mismo sentido, VERDUGO, S. y GARCÍA, J.F., “Radiografía al Sistema Interamericano...” *op. cit.*, pp. 175 – 206.

legitimidad a las decisiones colectivas. En su opinión, no hay ningún proceso democrático en la toma de decisiones de la Corte IDH<sup>35</sup>.

En nuestra opinión, si bien es cierto que las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos pueden ser contrarias a las adoptadas en escenarios democráticos como el parlamento o incluso a través de mecanismos de democracia directa, como los plebiscitos, esta circunstancia no puede condicionar la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH. Y ello por varias razones.

En primer lugar, porque al convertirse en Parte en la Convención los Estados decidieron voluntariamente ceder una parte de su soberanía y otorgaron competencia a la Corte IDH para que ejerciera la función interpretativa, algo que no ha ocurrido en contextos dictatoriales, sino en Estados democráticos, y siguiendo, además, los procedimientos constitucionales acordados para ello<sup>36</sup>.

En segundo lugar, y en especial, porque la CADH, y, como parte de ella, la interpretación de la Corte IDH, constituyen un mínimo de garantía que es precisamente el límite que no pueden traspasar las decisiones mayoritarias, y que permite proteger a las minorías, lo cual fortalece la democracia, entendida

---

<sup>35</sup> GARGARELLA hace una dura crítica a las decisiones de la Corte IDH en el *caso Gelman v. Uruguay*. Considera que no es posible que una Corte Internacional pueda estar por encima de decisiones legitimadas por vías democráticas y que los precedentes de los *casos Barrios Altos vs Perú* o *Almonacid Arellano vs Chile* no eran de aplicación, pues dichas leyes de amnistía, a diferencia de las analizadas en el *caso Gelman*, eran ilegítimas porque fueron aprobadas por los propios victimarios. GARGARELLA R., “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso *Gelman*”, [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Gargarella\\_CV\\_Sp\\_20120924.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf). (consultado por última vez, 08/02/2019)

<sup>36</sup> GÓNGORA MERA, M.E., *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José, IIDH, 2011.

esta en la “concepción asociativa” de DWORKING, que sólo puede darse cuando las decisiones de la mayoría cumplen unas condiciones que permiten proteger los intereses de todos los integrantes de una sociedad<sup>37</sup>.

Además, como ha señalado PARRA, del análisis de los casos en los que se critica a la Corte IDH se deduce que esta defiende los argumentos y derechos de minorías que no han sido tenidos en cuenta en el debate interno del Estado<sup>38</sup>. Por otra parte, en la práctica de la Corte se han ido desarrollando vías de diálogo para la construcción de una unidad de protección a partir de la interacción entre los sistemas nacionales e interamericano en la que ambos niveles se retroalimentan en la perspectiva del principio de interpretación más favorable<sup>39</sup>.

En este sentido, ABRAMOVICH defiende que en el proceso de creación e interpretación de normas internacionales hay una participación importante de actores sociales y políticos sin los cuales la incorporación nacional de la normativa interamericana no sería posible, no solo por la aprobación jurídica, sino porque son dichos actores quienes activan el sistema interamericano, presentan su interpretación de la Convención, son parte de la generación de consensos institucionales, etc. Esto hace que la frontera entre lo internacional y lo nacional no sea una línea divisoria clara, sino una frontera muy borrosa en la

---

<sup>37</sup> DWORKING, R., *La Democracia Posible. Principios para un nuevo debate político*. Barcelona, Paidós, 2008, pp. 167 – 168.

<sup>38</sup> PARRA, O., “La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 13, Número 1, diciembre de 2012.

<sup>39</sup> GÓNGORA, M. “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia...”, op. cit., pp. 403-30.

que se produce una interacción más democrática que la que los críticos presentan:

“la aplicación de normas internacionales en el ámbito nacional no es un acto mecánico sino un proceso que involucra diferentes tipos de participación y deliberación democrática, e incluso un amplio margen para la relectura o reinterpretación de los principios y normas internacionales en función de cada contexto nacional”<sup>40</sup>.

Un último argumento que viene a reforzar el valor de la jurisprudencia establecida por la Corte es que ella misma la considera como precedente obligatorio a la hora de resolver nuevos casos. Tal y como ha señalado SILVA, tanto la Corte IDH como el TEDH han venido usando la técnica del precedente jurisprudencial, por el cual van delimitando el contenido y alcance de conceptos o principios indeterminados. Incluso la Corte IDH ha hecho uso de las opiniones consultivas como base para decidir en casos contenciosos<sup>41</sup>, lo que consolida el valor vinculante de su jurisprudencia.

---

<sup>40</sup> ABRAMOVICH, V., “Autonomía y subsidiariedad: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales”, *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, 2011, pp. 213 y 218. Resulta muy interesante la consideración de la variedad de actores que participan en el proceso de adopción, interpretación y activación del sistema y la posibilidad de que también moldeen la propia interpretación de la Convención, no sólo en el transcurso del proceso interamericano, sino cuando invocan la aplicación de la CADH en los procesos judiciales y administrativos internos. Destaca el creciente activismo judicial por parte de muchos actores sociales, en especial ONGs, en las instancias internacionales, la difusión de los mecanismos interamericanos y la jurisprudencia de la Corte, lo que permite que poco a poco la ciudadanía vaya exigiendo la aplicación de la CADH y de sus cánones interpretativos. Coincidimos con Abramovich en que esto es parte del proceso democrático del sistema y en que, definitivamente, fortalece su legitimidad.

<sup>41</sup> SILVA GARCÍA, F., “El control judicial de las leyes con base en tratados internacionales de derechos humanos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N<sup>o</sup>. 5, 2006, pp. 231-253.



Al respecto, CANÇADO TRINDADE ha señalado que la propia Corte IDH está obligada por sus precedentes, tal y como expresó en su voto razonado en el *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, en los siguientes términos,

“la Corte Interamericana no puede apartarse de su jurisprudencia constante al respecto, y tiene el deber de velar por la preservación de los altos estándares de protección construidos a lo largo de los años por su jurisprudencia”<sup>42</sup>.

El otro grupo de críticas a la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte tiene que ver, como anticipamos, con la imposición de obligaciones que los Estados no aceptaron en el momento de convertirse en Partes de la Convención o de una sola interpretación en asuntos en los que se considera que debería existir un margen de apreciación. Estas críticas provienen tanto de la doctrina como de las cortes internas, que en algunas ocasiones han manifestado cierta resistencia al cumplimiento de las sentencias de la Corte por considerar que se ha excedido en la interpretación de su propia competencia. En sentido, MALARINO entiende que, en repetidas ocasiones, la Corte ha lesionado la soberanía estatal, al sobrepasar sus competencias convencionales. En su opinión, dicho fenómeno se manifiesta cuando la Corte IDH incorpora una nueva regla o nuevos derechos no contemplados en la Convención Americana, de forma que introduce una nueva norma en el sistema interamericano no pactada por los Estados Parte<sup>43</sup>. Este autor considera que la

---

<sup>42</sup> Voto razonado del Juez Antonio Cancado Trindade en el *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

<sup>43</sup> MALARINO, E., “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Vol. 1, Fundación Konrad Adenauer, Madrid, 2010, pp. 25-62.

Corte ha modificado de tal forma la Convención que esta es ya un texto muy distinto al aprobado originalmente. Se refiere principalmente, aunque no solo, a los casos en los que la Corte establece la prohibición de auto-amnistías para graves violaciones de derechos humanos, y señala que, a través de diversos fallos, la Corte extendió su competencia temporal<sup>44</sup>, la eficacia jurídica de sus fallos<sup>45</sup>, intensificó el valor de su jurisprudencia<sup>46</sup> y desbordó su competencia en materia de reparaciones<sup>47</sup>, lo que tuvo como consecuencia una injerencia

---

<sup>44</sup> Con respecto a la extensión temporal de la competencia, este autor se refiere al caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*, en el que la Corte IDH conoció de un caso ocurrido en 1978, cuando aún Chile no había ratificado la competencia de la Corte IDH.

<sup>45</sup> Corte IDH, *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001, punto 2 de la parte resolutive y párr. 18, y caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencias de 26 de septiembre de 2006, punto 6 de la parte resolutive. Este autor señala que en el *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay* la Corte se extralimitó en sus facultades al establecer la obligación para todos los Estados partes en la Convención de procesar en su territorio o extraditar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos.

<sup>46</sup> Se refiere a la resolución de la Corte Interamericana de 24 de junio de 2005 sobre *Solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, donde la Corte señala que su jurisprudencia “debe constituir una guía para la actuación de otros Estados que no son partes en el caso o las medidas”, así como a la doctrina del control de convencionalidad.

<sup>47</sup> Señala el autor, “Por ejemplo, la Corte Interamericana ordenó la modificación de los delitos de terrorismo y traición a la patria (*caso Loayza Tamayo contra Perú, sentencia de reparaciones y costas, 27 de noviembre de 1998*, punto 5 de la parte resolutive); la derogación de leyes penales y procesales de emergencia incompatibles con la Convención (*caso Castillo Petruzzi contra Perú, sentencia de fondo y reparaciones, 30 de julio de 1999*, punto 14 de la parte resolutive y § 204-208); la adopción de medidas legislativas y de cualquier otra índole necesarias para adecuar de manera general el ordenamiento jurídico a las normas internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario (*caso Bámaca Velásquez contra Guatemala, sentencia de reparaciones y costas, 22 de febrero de 2002*, punto 4 de la parte resolutive); la derogación del delito de desacato y la reforma de las leyes que regulan la competencia de los tribunales militares y el proceso ante dichos tribunales de acuerdo con las pautas establecidas en la sentencia (*caso Palamara Iribarne contra Chile, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 22 de noviembre de 2005*, puntos 13, 14 y 15 de la parte resolutive y § 79-93, 120-144, 162-189 y 254-257); la adecuación de los delitos de tortura y desaparición forzada de personas a los estándares de la Convención Interamericana contra la Tortura y la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas (*caso Goiburú y otros contra Paraguay, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 22 de septiembre de 2006*, punto 12 de la parte resolutive y § 91-93 y 179); la modificación de una ley que imponía el deber de pagar una tasa, en concepto de depósito, a personas desvinculadas del proceso cuyos bienes habían sido incautados y mantenidos en depósito judicial con base en una medida cautelar durante el procedimiento (*caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez contra Ecuador, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 21 de noviembre de 2007*, punto 11 de la parte resolutive y § 192-195 y 266-269); la aprobación de un Código de Ética Judicial con determinado contenido (*caso Apitz Barbera y otros contra Venezuela, sentencia de excepción*

indebida en los poderes ejecutivo, judicial y legislativo nacionales, muy por encima de lo que señala la CADH. En este sentido, señala que,

“una interpretación tan amplia del concepto de reparación como la que sostiene la Corte Interamericana conduciría a aceptar que este tribunal tiene competencia para decidir el contenido de las leyes nacionales de los Estados Parte en prácticamente todos los ámbitos de la vida social, debido a la diversidad y amplitud de las normas bajo control de la Corte. Tal interpretación apoyaría que la Corte pudiera establecer el contenido preciso de leyes penales y civiles en relación con temas tan variados como, por ejemplo, la vida, la integridad personal, la familia, la infancia o la propiedad, con tan solo invocar que las leyes ‘ordenadas’ son la mejor o la única forma de reparar las violaciones de los artículos 4, 5, 17, 19 o 21, respectivamente. Además de las dudas sobre la legitimidad democrática ya mencionadas, este amplísimo recorte del poder de autogobierno de los Estados trastoca la relación misma entre ordenamiento interno y ordenamiento interamericano”<sup>48</sup>.

Respecto de la competencia en materia de reparaciones, resulta pertinente citar el fallo de la Corte Suprema de Justicia de Argentina (CSJA) con respecto al *caso Fontevecchia vs. Argentina*, en el que la Corte IDH ordenó al Estado argentino dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Hector D’Amico, así como todas sus consecuencias. La CSJA resolvió no cumplir con lo ordenado por el tribunal interamericano al considerar que las medidas ordenadas excedían la competencia de la CADH,

---

*preliminar, fondo, reparaciones y costas*, 5 de agosto de 2008, punto 19 de la parte resolutive y 253). MALARINO, E., “Activismo judicial, punitivización y nacionalización,...”, *op. cit.*, p. 51.

<sup>48</sup> *Ibid*, pp. 52-53.

“6º) Se encuentra fuera de discusión que las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este (art. 68.1, CADH) (conf. doctrina de Fallos: 327:5668, voto de la jueza Highton de Nolasco, considerando 6º). *Dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales.* En efecto, es con ese alcance que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana”<sup>49</sup>.

La CSJA cuestiona la interpretación de la CADH realizada por la Corte IDH con respecto a su competencia, y considera que el art. 63.1 no incluye la posibilidad de disponer que se deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional, por lo que decidió que la decisión no era vinculante.

Compartimos con GIALDINO que no les corresponde a los organismos nacionales determinar el alcance de la competencia de la Corte IDH; que, por el contrario, es inherente a su función determinar el alcance de su propia jurisdicción (*Kompetenz-Kompetenz*) de conformidad con el art. 33 CADH que los Estados Parte han aceptado en correspondencia con el art. 62.2; y que, además, la propia Convención otorga a la Corte amplios poderes en materia de reparaciones. Corresponde a los Estados el cumplimiento íntegro de las

---

<sup>49</sup> Corte Suprema de la Nación Argentina, asunto Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso “Fontevicchia y D’Amico v. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14 de febrero de 2017.

sentencias en su contra, por lo que la decisión de la corte argentina no tiene ningún fundamento jurídico<sup>50</sup>.

Así lo ha señalado la Corte en reiteradas ocasiones,

“Los instrumentos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción, como lo es en este caso la función de supervisión del cumplimiento de sus sentencias. Una objeción o cualquier otra actuación del Estado realizada con el propósito de afectar la competencia de la Corte es inocua, pues en cualesquiera circunstancias la Corte retiene la *compétence de la compétence*, por ser maestra de su jurisdicción”.<sup>51</sup>

Por otra parte, en relación con el mencionado fallo de la CSJA, cabe recordar que el hecho de que la jurisprudencia de la Corte sea subsidiaria, siendo una de sus características que no opera como una instancia adicional a las decisiones de los órganos internos, no significa que esté impedida para revisar si los actos internos de los Estados se ajustan o no a la Convención, lo que incluye las decisiones judiciales<sup>52</sup>. Y si concluye que dicha decisión viola la

---

<sup>50</sup> GIALDINO, R., “Incumplimiento de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un acto internacionalmente ilícito de la Corte Suprema argentina”, *Estudios Constitucionales*, vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 491-531.

<sup>51</sup> Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No.104, párr. 68; *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55. párr. 33; *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr. 34; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C No. 94, párr. 18; *Caso Constantine y otros Vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares, párr. 72; *Caso Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares, párr. 72; y *Caso Hilaire. Vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares, párr. 81.

<sup>52</sup> Como señaló el juez CANÇADO, “En tales hipótesis se puede configurar la responsabilidad internacional del Estado, por cuanto sus tribunales u otros órganos no son los intérpretes

Convención, resulta lógico que como medida de reparación dirigida a garantizar a la víctima el goce y restablecimiento de su derecho, ordene al Estado dejar sin efecto dicha sentencia. En este caso es clara la correspondencia entre la violación y la medida de reparación.

Tal y como ha destacado MIJANGOS Y GONZÁLEZ, en el ámbito de la jurisprudencia interna de los Estados cada día son más los tribunales internos que reconocen la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>53</sup>. Los jueces nacionales incorporan dichos criterios al Derecho interno, aunque la forma en que se produce esta incorporación en cada Estado es muy dispar, una disparidad que se produce incluso entre distintos tribunales internos de un mismo Estado. La adopción del criterio interamericano por parte de las cortes internas, principalmente las que tienen funciones constitucionales, se encuentra enfrentada a un conjunto de situaciones que limitan los efectos de las sentencias y la adopción de la jurisprudencia interamericana en la región, por lo que algunos autores consideran que la Corte debería fortalecer el diálogo con los jueces nacionales y su jurisprudencia, lo cual incrementaría su identidad y

---

finales de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Los órganos de supervisión internacionales no son obligados a conocer el derecho interno de los diversos Estados, pero sí a tomar conocimiento de él como elemento de prueba, en el proceso de verificación de la conformidad de los actos internos (judiciales, legislativos, administrativos) de los Estados con las obligaciones convencionales que a éstos se imponen. Este examen de la aplicación del derecho interno es de cierto modo *incidenter tantum*, como parte esencial o integral de la función de supervisión internacional, y elemento probatorio para el examen del comportamiento estatal interno de relevancia internacional. En esta óptica, es el propio derecho interno que asume importancia en el proceso legal internacional". CANÇADO TRINDADE, A. A., "Reflexiones sobre la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos", *Actas del V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México D.F, 1998, p. 115

<sup>53</sup> MIJANGOS Y GONZÁLEZ, J. "Breves notas sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por los tribunales federales mexicanos", pp. 411-424, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24496.pdf> (consultado por última vez el 08/07/2019); ABRAMOVICH, V. BOVINO, A. y COURTIS, C., *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el Ámbito Local: La Experiencia de una Década*, 5 eds., Corporación Gráfica, Buenos Aires, 2007.

compromiso con el sistema de protección y como consecuencia, sus fallos serían más eficaces.

GAMA y DE ALMEIDA analizaron distintos casos de resistencia a los fallos de la Corte IDH y concluyeron que en la mayor parte de los casos las altas cortes de los diferentes Estados actuaron en apoyo de las decisiones de los gobiernos (es el caso de Perú<sup>54</sup>, Venezuela<sup>55</sup> y de la República Dominicana<sup>56</sup>), pero que en otros utilizaron razones propias (es el caso de

---

<sup>54</sup> El día 30 de mayo de 1999, la Corte Interamericana dictó sentencia en el caso *Castillo Petruzzi y otros contra el Perú*. En dicha decisión la Corte encontró que Perú violó la Convención Americana y en particular declaró “la invalidez, por ser incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del proceso” en contra de Castillo Petruzzi y otros y «ordenó que se les garantice un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal». El Presidente Fujimori reaccionó al fallo declarando que no acataría el cumplimiento de dicha sentencia. En apoyo al gobierno, el 14 de junio de 1999, la Corte Suprema de Justicia de Perú declaró inejecutable la sentencia de reparaciones proferida por la Corte Interamericana en el caso Loayza Tamayo. El 1 de julio Perú presentó al Secretario General de la OEA un documento titulado «Resumen de la posición del Estado peruano ante la OEA, sobre las sentencias emitidas por la Corte IDH en los casos Castillo Petruzzi y Loayza Tamayo» donde explica las supuestas razones jurídicas y políticas que lo llevaba a no acatar las decisiones del tribunal interamericano. Un análisis sobre el caso se puede ver en DULITZKY, A. “El retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de Perú Análisis Jurídico”, *Pensamiento Constitucional*, Año VI, no.6, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3233/3061> (consultado por última vez el 12/07/2020).

<sup>55</sup> En el referido contexto de continuas acusaciones del gobierno venezolano a la Comisión y la Corte IDH, la Sala Constitucional del Tribunal de Justicia de Venezuela emitió la sentencia N.º 1939 en diciembre de 2008, en la que declaró la inejecutabilidad del fallo de la Corte Interamericana proferido en el caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C No. 182. En este caso, la Corte Interamericana declaró que el Estado venezolano era responsable por la violación de la Convención Americana y ordenó la reincorporación a sus cargos de los destituidos jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz Barbera además del pago de una indemnización.

<sup>56</sup> El caso de la República Dominicana se presentó con relación al caso *de las personas dominicanas y haitianas Expulsados Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, en el que la Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado por las violaciones a los derechos humanos de 23 personas como consecuencia de prácticas discriminatorias, expulsiones masivas, políticas de desnacionalización las políticas de desnacionalización y el incumplimiento del deber de evitar apátridas. Un día después de la publicación de la sentencia de la Corte IDH, el 23 de octubre de 2014, el gobierno de la República Dominicana emitió una nota oficial impresa y televisada en la que informaba que no acataría la decisión de la Corte IDH, ya que las interpretaciones divergentes no podían afectar la soberanía dominicana ni la potestad del Estado de definir el régimen de nacionalidad. En claro apoyo al gobierno, el Tribunal Constitucional emitió la

Argentina<sup>57</sup> y Brasil<sup>58</sup>), aunque en estos últimos la resistencia se presentó en casos puntuales. Para estos autores, este fenómeno es de gran relevancia puesto que las cortes con funciones constitucionales, por su función y jerarquía en el ordenamiento interno, son quienes determinan en gran medida la incorporación de la jurisprudencia interamericana. De esta forma, los tribunales constitucionales terminan convirtiéndose en un nuevo actor internacional por las implicaciones de su acción (u omisión). Sin duda, su repetida inobservancia de la jurisprudencia interamericana puede tener como consecuencia la pérdida de credibilidad del sistema de protección regional<sup>59</sup>. Estas actitudes se ven favorecidas por el hecho de que los órganos de fiscalización de las sentencias de la Corte IDH no persuaden a los Estados, no emiten pronunciamiento contra las Altas Cortes y, por tanto, no tiene ningún costo político para los Estados.

---

sentencia TC/0256/14, de 4 noviembre de 2014, en la que declaró la inconstitucionalidad del instrumento de aceptación de la competencia de la Corte Interamericana, firmado por el entonces Presidente de la República, Leonel Fernández Reyna, el 19 de febrero de 1999.

<sup>57</sup> Como fue expuesto con anterioridad, la Corte Suprema de Justicia de Argentina consideró que el Estado no estaba obligado a cumplir con algunas de las medidas ordenadas por la Corte IDH en el caso *Fontevicchia y D'amico Vs. Argentina*, con el argumento de que había excedido su competencia.

<sup>58</sup> El Tribunal Supremo Federal de Brasil en su sentencia ADPF n. 153 del año 2010 declaró la constitucionalidad de la Ley de Amnistía del Brasil sobre la que la Corte IDH se pronunció en el fallo del caso *Gomes Lund Vs Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C 219, estableciendo que las disposiciones de dicha ley “que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos son incompatibles con la Convención Americana, carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana ocurridos en Brasil”. Si bien es cierto que el fallo el Tribunal Supremo (28/04/2010) fue anterior al de la Corte IDH, la jurisprudencia interamericana sobre leyes de amnistía era bien conocida. Como se desprende de los votos de los magistrados del STF, estas decisiones fueron parte de la discusión sobre la validez de la Ley de Amnistía de Brasil, frente a lo cual se argumentó que el caso brasileño era diferente porque era un acuerdo necesario para el fin del régimen, en contravía de lo establecido en casos como *Barrios Altos o Almonacid Arellano*.

<sup>59</sup> GAMA NETO, R. B., y DE ALMEIDA LEITE, R., “O enfrentamento às decisões da corte interamericana de direitos humanos por cortes supremas nacionais”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 120, 2020, <https://doi.org/10.9732/rbep.v120i0.745>, (consultado por última vez el 10/09/2020)



Igualmente, GAMA y DE ALMEIDA señalan que la relación entre la Corte IDH y los altos tribunales nacionales debería cimentarse en el respeto y sentimiento de pertenecer al mismo sistema regional de derechos humanos. Así, su objetivo común sería proteger los derechos humanos de la ciudadanía y promover la reparación de los daños producidos por violaciones de los derechos protegidos. Consideran que la gobernanza del sistema está basada en la cordialidad y la voluntad que finalmente determina la eficacia de las sentencias, puesto que la Corte IDH no goza de un carácter supranacional equiparable al del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que tiene la facultad de invalidar, automáticamente, una decisión de un tribunal nacional, y la mayor parte de sus medidas, con la excepción de las de carácter pecuniario, no cuentan con un mecanismo de cumplimiento.

Estos autores estiman que, por la naturaleza de la vinculación de los Estados al sistema interamericano, la voluntad de los tribunales nacionales debería ser influenciada para promover “asociaciones de cumplimiento”, por medio de una postura pro-sistema interamericano que vaya más allá del poder ejecutivo. El diálogo transnacional debería implicar a jueces y fiscales para que su actividad se comprometa con los derechos humanos. Especialmente, teniendo en cuenta que la aceptación de los fallos de la Corte IDH está condicionada por consideraciones políticas del poder ejecutivo, un diálogo judicial entre la Corte IDH y las Cortes locales podría garantizar decisiones armonizadas con la Convención y fortalecer la confianza en el Sistema Interamericano<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> *Ibidem*.

Con la misma preocupación por la necesidad de entendimiento entre las cortes nacionales y la Corte IDH, GALINDO reconoce la importancia de retomar las posturas teóricas para orientar positivamente la armonización de ambas cortes<sup>61</sup>. Retoma las discusiones del nuevo constitucionalismo latinoamericano y señala la importancia de valorar el diálogo racional entre diferentes ordenamientos jurídicos del orden supra-inter-nacional como la posibilidad de aprender los desarrollos normativos de cada uno y promover interpretaciones compartidas. Para este autor, se trataría de una articulación multidimensional de los diferentes ordenamientos jurídicos sin que uno de ellos encarne una definición final o uno absorba definitivamente al otro. Para este autor, la supranacionalidad debería entenderse de modo restrictivo, solamente en los casos en que una organización basada en un tratado internacional se otorga a sí misma y a sus órganos amplios poderes legislativos, administrativos y judiciales que vinculan directamente a los ciudadanos y a los Estados miembros. Sería un tipo de supremacía compartida en clave de entramado interconstitucional de los Estados que se evidenciaría en un reparto de poderes soberanos entre las constitucionales nacionales y la constitución supranacional. En relación con la relevancia de las cortes nacionales y la Corte IDH, este autor diferencia tres modelos o tendencias con un peso diferente en favor o en contra de la supranacionalidad.

Un primer modelo, unidireccional a favor de los tribunales nacionales, le otorga poca relevancia a la jurisprudencia de la Corte IDH, dejando a los jueces nacionales un amplio margen de interpretación de la Convención Americana de

---

<sup>61</sup> GALINDO, B. "Transitional justice in Brazil and the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: a difficult dialogue with the Brazilian judiciary", *Sequência*, 2018, p. 27-44.

Derechos Humanos. Este modelo apunta a un mayor riesgo de rechazo sistemático a las normas del SIDH y de conflictos interjudiciales entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana. En el otro extremo está el modelo de la preeminencia de la Corte IDH sobre las Cortes nacionales, que se traduce en un limitado margen de interpretación de la Convención por los últimos. El efecto es una recepción acrítica y sin eventuales mejoras al contexto local. Finalmente, el tercer modelo, por el que se inclina este autor, consiste en un enfoque multidireccional e interdependiente basado en el principio *pro homine*, con la perspectiva de maximizar la efectividad de los derechos humanos convencionales. Bajo este modelo, las influencias entre la Corte IDH y los tribunales nacionales son recíprocas, convergencias en doble dirección de arriba-abajo, aceptando de la corte nacional el alcance más amplio del Sistema Interamericano y las decisiones de la Corte IDH, pero a su vez, reconociendo el abajo-arriba, con la corte nacional incidiendo en la Corte IDH por el alcance más amplio del sistema nacional de protección de los derechos humanos convencionales. Este modelo, permitiría superar el debate, promoviendo una construcción compartida de la jurisprudencia con un mismo objetivo: defender y proteger los derechos recogidos en la Convención.

Para SOLEY y STEININGER, los diálogos entre las cortes nacionales y la Corte IDH son difíciles en la medida en que el poder judicial de los Estados no siempre es independiente<sup>62</sup>. En este sentido apuntan las amenazas de retirada de la Convención de ciertos Estados. En su opinión, el rechazo de las

---

<sup>62</sup> SOLEY, X. y STEININGER S. "Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights", *International Journal of Law in Context* 14, n.º 2, 237-57. <https://doi.org/10.1017/S1744552318000058> (consultado por última vez el 25/06/2018).

instituciones internacionales, y en particular de los fallos de la Corte IDH por parte de algunos Estados parece apuntar a la existencia de una resistencia mundial frente a las normas, procedimientos e instituciones de la gobernanza global. Estas autoras consideran que una de las estrategias clave para el cumplimiento de los fallos y el fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos podrían ser los denominados “socios de cumplimiento”. Para ello, un instrumento especialmente importante es la doctrina de control de convencionalidad, que obliga a todas las autoridades estatales a explicar *ex officio* la Convención Americana. Los “socios de cumplimiento”, que serían principalmente los jueces internos, podrían ayudar a disminuir la tensión devolviendo algunos problemas a la esfera doméstica y podrían reactivar las buenas relaciones con los órganos del sistema una vez que cambie la situación política.

CONTESSE considera fundamental la doctrina del control de convencionalidad, que persigue que los jueces nacionales decidan como si fueran “jueces interamericanos de derechos humanos”, siempre y cuando se adopte un enfoque basado en las nociones internas del derecho constitucional aplicadas por las jurisdicciones nacionales<sup>63</sup>. En su opinión, es imprescindible que se produzca un diálogo interjurisdiccional entre los tribunales locales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este sentido, no solo los tribunales nacionales deben seguir los patrones interpretativos de la Corte Interamericana, sino que la Corte también debe tomar en consideración las

---

<sup>63</sup> CONTESSE, J., “The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights”, *International Journal of Constitutional Law* 15, n.º 2 414-35, <https://doi.org/10.1093/icon/mox034>, (consultado por última vez el 01/04/2018)

“observaciones y sugerencias” que puedan hacer los tribunales de cada país. La adopción de la jurisprudencia internacional por los jueces de cada país no puede derivarse de la aceptación de un órgano judicial superior por simple jerarquía; en especial, señala este autor, porque la realidad americana no funciona de esa manera y porque la arquitectura internacional de los tribunales no funciona como sucede al nivel estatal. En consecuencia, entiende que, en lugar de entrometerse en las decisiones constitucionales a nivel estatal, la jurisprudencia de la Corte IDH sería mejor recibida si examinara con detenimiento la estructura estatal de la autoridad judicial y propusiera a los Estados a participar en un diálogo sobre el alcance y el contenido de los derechos fundamentales. Los jueces locales deberían explicar en este diálogo sus conocimientos sobre los límites y posibilidades de interpretación de las normas en el orden interno, lo que tendría un impacto favorable en la protección de los derechos humanos.

Desde nuestra perspectiva, la obligatoriedad no es una noción que implique “ganar la voluntad” en el marco de un diálogo para vencer las posibles resistencias y promover un tipo de jurisprudencia compartida, aunque no desconocemos la importancia de que la Corte tenga una actitud dialogante con las cortes internas, basada en el principio *pro homine*, compatible con el objeto y propósito de la Convención de fortalecer la eficacia del sistema<sup>64</sup>, no creemos

---

<sup>64</sup> BAZÁN ha señalado al respecto la importancia de fortalecer la línea de cooperación entre los tribunales internos y la Corte IDH, y de intensificar un diálogo jurisprudencial entre ambas jurisdicciones para que los tribunales locales lleven adelante una interpretación conforme a la CADH y a los pronunciamientos de la Corte IDH, pero que correlativamente esta tenga presente las observaciones que desde los contextos jurisdiccionales nacionales se formulen a sus criterios. El objetivo es fortalecer cualitativamente la tutela multinivel de los derechos humanos y disminuir los riesgos de eventuales dificultades prácticas en la aplicación del control de convencionalidad. BAZÁN., V., “Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte

que sea un elemento que determine la fuerza vinculante de su jurisprudencia. En este sentido, compartimos lo dicho por el ex juez GARCÍA RAMÍREZ cuando señalaba que,

“(…) los criterios establecidos por la Corte Interamericana al interpretar la CADH —y otros instrumentos con respecto a los cuales dispone de competencia material— son vinculantes para los Estados partes en la Convención Americana, y con mayor razón para quienes son, además, sujetos de la jurisdicción contenciosa de la Corte. Sin embargo, esta sujeción no es indispensable para la eficacia vinculante de tales criterios con respecto a dichos Estados.

(…) no es posible sostener que las interpretaciones establecidas por la Corte IDH constituyan un punto de vista atendible o desatendible, y no un acto de necesaria observancia. Fijan —como se dice en Europa, no así en América— la “cosa interpretada”; implican, como prefiero decir, una interpretación vinculante de textos normativos asimismo vinculantes para los Estados, que deben ser entendidos y aplicados interiormente en los términos de la interpretación formal y final dispuesta por la Convención y ejercida por la Corte”<sup>65</sup>.

Por otra parte, es cierto que la Corte IDH ha venido promoviendo el diálogo con los tribunales constitucionales. Como señala BURGORGUE-LARSEN, desde el desarrollo de la teoría del control de convencionalidad, la Corte interamericana ha hecho uso de las sentencias de las altas cortes

---

Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, 2014, pp. 385 – 430.

<sup>65</sup> GARCÍA RAMÍREZ, S., “El control judicial interno de convencionalidad”, *Revista IUS*, 2011, vol. 5, no 28, p. 128.

nacionales con mayor frecuencia, por supuesto, citando los textos internacionales, con el fin, por un lado, de hacer evidente la jurisprudencia común, y, por otro, de dialogar con las jurisdicciones nacionales<sup>66</sup>. Sin embargo, no se puede ignorar que el nivel de independencia del poder judicial de los países de la región aún sigue siendo débil. Hay carencias en el Estado de Derecho, altos niveles de corrupción e impunidad, así como conflictos relacionados con la fragmentación institucional y la separación de poderes<sup>67</sup>.

Para analizar los argumentos que fundamentan la tesis de la obligatoriedad debemos retomar un elemento estructural del que se debe partir, y que es transversal a los demás argumentos: fundamentalmente, la Corte IDH desempeña en el sistema de protección interamericano una función de intérprete de la Convención, una interpretación que irradia todo el sistema y que permite que la CADH pueda ser aplicada de forma eficaz por los Estados Parte<sup>68</sup>.

La labor interpretativa de la Corte cumple un papel importante en la construcción del orden público latinoamericano, que se fundamenta, como señalara CARRILLO SALCEDO al referirse al orden público internacional, “en

---

<sup>66</sup> BURGORGUE-LARSEN, L., “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, vol. 12, núm. 1, 2014, pp. 105-161, [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002014000100004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002014000100004&lng=en&nrm=iso) (consultado por última vez el 02/02/2019).

<sup>67</sup> BAILLIET, C., “Measuring Compliance with the Inter-American Court of Human Rights: the ongoing challenge of judicial independence in Latin America”, *Nordic Journal of Human Rights* Vol. 31 No. 4, 2013, pp. 477 – 495.

<sup>68</sup> RÁBAGO, E. Y CAMARILLO L. “El papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Parlamento y Constitución*, Anuario, n.º 19, 2018, pp. 171-195.

la idea de comunidad internacional y en la existencia de principios y normas que están por encima de la voluntad de los Estados”<sup>69</sup>, y en el mismo sentido del sistema de protección derivado del CEDH, en la existencia de un parámetro mínimo de respeto de los derechos fundamentales<sup>70</sup>.

En opinión de algunos autores, esta es la verdadera función de la Corte IDH, ya que, al no ser un tribunal de carácter permanente, no puede ser garante de derechos subjetivos, por lo cual su función principal consiste en establecer los criterios y principios que deben ser seguidos por los Estados Parte para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales<sup>71</sup>, construyendo así un orden público latinoamericano que garantice el desarrollo democrático de los pueblos<sup>72</sup>.

En efecto, al igual que el resto de sistemas regionales de protección de derechos humanos (Tribunal Europeo de Derechos Humanos o Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos) los mecanismos de protección de los derechos humanos tienen como objetivo mejorar la situación de los derechos

---

<sup>69</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional contemporáneo*, op.cit., p. 153.

<sup>70</sup> DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C., *El Orden público como límite al Ejercicio de los Derechos y Libertades*, CEC, Madrid, pp. 349 y ss., cit. por ALVAREZ ORTEGA, M., “Orden Público: Unidad axiológica, espacio europeo”, p. 8, [http://institucional.us.es/revistas/derecho/3/art\\_1.pdf](http://institucional.us.es/revistas/derecho/3/art_1.pdf) (consultado por última vez el 20/08/2019)

<sup>71</sup> MIJANGOS Y GONZÁLEZ, J. *Breves notas sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...*, op. cit., p. 414.

<sup>72</sup> FERRER MAC-GREGOR, E., “Eficacia de la Sentencia Interamericana y la Cosa Juzgada Internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (res interpretata)”, FERRER MAC-GREGOR, E. y HERRERA GARCÍA, A. (coord.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 657; FERRER MAC-GREGOR, E., y PELAYO MOLLER, C.M., “La obligación de “respetar” y “garantizar” los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana: Análisis del artículo 1º del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano”, *Estudios constitucionales* 10, n.º 2, 2012, 141-92. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002012000200004> (consultado por última vez el 01/06/2018)



humanos sobre el terreno<sup>73</sup>. Los múltiples enfoques internacionales de los derechos humanos deben equilibrarse con soluciones regionales que adapten las normas mundiales a los contextos locales, teniendo en cuenta las normas acordadas universalmente y las cuestiones e inquietudes específicas que sólo un sistema específico de una región es capaz de abordar<sup>74</sup>. Sin embargo, al igual que los demás sistemas regionales, un caso individual solo podrá ser conocido por la Corte IDH cuando el Estado, que es el garante en primera instancia y por excelencia de la protección de los derechos fundamentales, no haya cumplido con su deber de garantía consagrado en la Convención y al que se ha obligado.

Cuando un Estado se convierte en Parte de la Convención adquiere unas obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la misma, en virtud de las cuales sus órganos internos deben actuar como una especie de agentes del Derecho internacional en el orden interno<sup>75</sup>, encargándose, en el ejercicio de sus competencias, de hacer efectivos los deberes de protección y garantía de los derechos y libertades mediante la adecuación del ordenamiento jurídico interno y cualquier otra medida necesaria para que la CADH tenga plena efectividad. Así, son éstos, y no la Corte IDH, quienes ejercen principalmente la protección subjetiva de los derechos humanos, mientras que

---

<sup>73</sup> OBERLEITNER, G., *International Human Rights Institutions, Tribunals, and Courts*, Singapore, Springer, 2018.

<sup>74</sup> KROETZ, F. "Between Global Consensus and Local Deviation: A Critical Approach on the Universality of Human Rights, Regional Human Rights Systems, and Cultural Diversity", *Revista de Investigações Constitucionais* 3, n.º 1, 2016, pp. 43-58, <https://doi.org/10.5380/rinc.v3i1.45109>, (consultado por última vez el 01/06/2018).

<sup>75</sup> DEL TORO HUERTA, M.I. toma este concepto de la teoría del desdoblamiento funcional de Schelle, "Retos de la Aplicación Judicial en México conforme a los Tratados de Derecho Internacional de los Derechos Humanos", p. 27, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2481/7.pdf>. (consultado por última vez el 04/03/2019)

el órgano internacional es sólo un mecanismo de protección adicional y residual.

Como señala el Preámbulo de la Convención Americana, el reconocimiento de los derechos humanos justifica “una protección internacional de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. Por tal razón, el mecanismo interamericano de protección de particulares requiere que previamente se hayan agotado los recursos de la jurisdicción interna (Art. 46.1 CADH), de forma que el Estado tenga la oportunidad de adoptar las medidas correctoras necesarias.

Por otra parte, el procedimiento de peticiones individuales sólo llega ante la Corte IDH una vez agotadas todas las etapas de procedimiento ante la Comisión<sup>76</sup>, un filtro que tiene por objeto que el caso sea solucionado antes de llegar a la instancia jurisdiccional. Así, en la primera etapa, la petición individual llega a la Comisión Interamericana, órgano competente para decidir su admisión. La Comisión se encarga de realizar la investigación sobre las supuestas violaciones y se pone a disposición de las partes para buscar una solución amistosa, de forma que el Estado ponga en práctica las medidas necesarias para que cese la violación, se restaure el disfrute de los derechos y realice las reparaciones pertinentes. Sólo cuando no es posible llegar a un acuerdo, o de haberse logrado, el Estado lo incumple, la Comisión decide si presenta el caso ante la Corte IDH<sup>77</sup> quien, junto con el Estado, son los únicos

---

<sup>76</sup> Arts. 48-50 CADH.

<sup>77</sup> Art. 51 CADH.

facultados para someter un caso a conocimiento del órgano jurisdiccional del sistema<sup>78</sup>.

Estadísticamente, el número de casos individuales que resuelve la Corte IDH es mínimo en comparación con el número de peticiones individuales presentadas ante la Comisión, e incluso con el número de casos admitidos a trámite<sup>79</sup>. ZULOAGA confirma que el índice de peticiones individuales que llegan al sistema interamericano en los 29 años transcurridos desde el primer fallo de fondo de la Corte en el caso *Velásquez Rodríguez*, se han multiplicado por dieciocho<sup>80</sup>. Parece que, si bien el cumplimiento de las sentencias de la Corte es ciertamente bajo, el uso por parte de los peticionarios continúa aumentando, contra un número estable de Estados. Si el cumplimiento es una medida de efectividad y la efectividad determina el uso, entonces este patrón de bajo cumplimiento y creciente relevancia del sistema interamericano es una paradoja. Lejos de caer en desuso, el sistema está luchando actualmente por gestionar una carga de casos cada vez mayor de peticiones individuales contra un número constante de Estados de América Latina y el Caribe.

---

<sup>78</sup> *Ibidem*.

<sup>79</sup> Este dato es evidente al contrastar el número de peticiones individuales presentadas ante la Comisión con los casos resueltos por la Corte Interamericana durante el mismo periodo. Por ejemplo, de ellas, en 2020 la Comisión recibió un total de 1,990, de las cuales decidió abrir trámite en 331. Por el contrario, la Corte Interamericana recibió 23 casos nuevos, emitió 23 sentencias y celebró 10 audiencias públicas. CIDH, Informe Anual 2020, <https://www.oas.org/es/CIDH/informes/IA.asp?Year=2020> (consultado por última vez el 01/02/2021); Corte IDH, Informe Anual 2020, <https://www.corteidh.or.cr/docs/informe2020/espanol.pdf> (consultado por última vez el 01/02/2021)

<sup>80</sup> ZULOAGA, P., "Judging Inter-American Human Rights: The Riddle of Compliance with the Inter-American Court of Human Rights". *Human Rights Quarterly* 42, n° 2, 2020, pp. 392-433. <https://doi.org/10.1353/hrq.2020.0022>. (consultado por última vez el 12/04/2021).

Esta circunstancia es consecuencia de la propia estructura y funcionamiento de la Corte que, como queda dicho, no es un órgano permanente. Además, solo se reúne en periodos de sesiones ordinarias y extraordinarias cuanto se requiere<sup>81</sup>, está compuesto por solo ocho jueces y cuenta con un bajo presupuesto<sup>82</sup>, circunstancias que le impiden poder resolver un amplio volumen de denuncias. Estas características refuerzan la tesis de que, al resolver casos particulares, pese a que la Corte efectúa una tutela subjetiva<sup>83</sup>, desarrolla una importante dimensión objetiva de protección de derechos, que tiene por objeto provocar un efecto irradiador sobre todo el sistema interamericano, especialmente entre los Estados Parte en la Convención para que cumplan adecuadamente con sus obligaciones.

En este sentido, en su voto razonado del caso *Trabajadores cesados del Congreso Vs. Perú*, el juez GARCÍA RAMÍREZ señalaba lo siguiente:

“Dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y operación de la Corte, no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional -lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos-, es decir, todos los litigios

---

<sup>81</sup> Art. 11, Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

<sup>82</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, CIDH, San José de Costa Rica, 2018; FAJARDO-FAJARDO, A.M., “Paralelo entre Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)”, abril 2020, <https://orcid.org/0000-0001-8103-8382> (Consultado por última vez el 03/03/2021).

<sup>83</sup> Como señala GARCÍA RAMÍREZ, los casos que llegan a la Corte son litigios de gran trascendencia, en los que fija los criterios que acogerán los órganos nacionales. Cfr. “Relación entre la Jurisdicción Interamericana y Los Estados (sistemas nacionales): algunas cuestiones relevantes”, *El Futuro del Sistema Interamericana de los Derechos Humanos*, documento de trabajo no. 3, mayo 2014, UNAM, p. 9, <http://humanrights.nd.edu/assets/134036/garciaramireziaspan.pdf> (Consultado por última vez el 10/02/2020)

que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares. *La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el ‘criterio de interpretación y aplicación’, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida* -insisto- merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales”<sup>84</sup>.

Es tan relevante esta función que, de acuerdo con el art. 64 del Reglamento de la Corte IDH<sup>85</sup>, aun en los casos de aceptación de responsabilidad por parte del Estado, o de que quien haya presentado el caso ante la Corte notifique su desistimiento, e incluso si las partes logran llegar a una solución amistosa durante el proceso, la Corte, “teniendo en cuenta las responsabilidades que le incumben de proteger los derechos humanos”, puede decidir proseguir con el examen del caso. Dicho de otro modo: una vez que la Corte se ha declarado competente para conocer de un asunto determinado, ya no depende de la voluntad de las partes que la Corte se pronuncie sobre el mismo.

Por otra parte, la importancia de la dimensión objetiva de la protección de los derechos y la función de construcción de un orden jurídico

---

<sup>84</sup> Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 158. Voto razonado del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 8. El destacado es nuestro.

<sup>85</sup> Art. 64, Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*

interamericano se percibe con claridad en la función consultiva de la Corte, atribuida por el art. 64.1 de la CADH, que establece lo siguiente:

“Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”.

Una competencia consultiva de estas características no tiene parangón en el Derecho internacional contemporáneo. Como ha señalado la propia Corte, los trabajos preparatorios del art. 64 de la CADH confirman el propósito original de dotarle de una competencia particularmente amplia<sup>86</sup>. Como en este sentido ha señalado RODRIGUEZ RESCIA, la competencia consultiva ha dotado al sistema interamericano de una gran importancia interpretativa, sin la cual no es posible entender la verdadera dimensión del sistema regional de protección<sup>87</sup>.

En efecto, la propia Convención le confiere un papel central como intérprete auténtico de la CADH; es el órgano encargado de decir el contenido y el alcance del instrumento internacional, de forma que puedan desplegarse todos los efectos de la Convención al conocer los Estados su contenido y alcance<sup>88</sup>. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que su competencia

---

<sup>86</sup> Corte IDH. "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párrs. 15-17 y 46.

<sup>87</sup> RODRIGUEZ RESCIA, V., *La Ejecución de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Ed. Investigaciones Jurídicas, San José de Costa Rica, 1997, p. 10.

<sup>88</sup> SANDOVAL, C. "The Inter-American System of Human Rights and approach", SHEERAN S. y RODLEY, N.,(eds.), *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, Routledge, 2014, pp. 443-460; ABELLO-GALVIS, R. y AREVALO-RAMIREZ, W., "Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion OC-23/17: jurisdictional, procedural and substantive implications of human rights duties in the context of environmental protection", *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, vol. 28, n° 2, 2019, pp. 217-22.

consultiva cumple con la finalidad, por un lado, de “desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos”<sup>89</sup> y, por otro, y especialmente, de “asesorar y ayudar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia. Se trata, en efecto, de interpretaciones que contribuyan a fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos”<sup>90</sup>.

Con este argumento la Corte ha afirmado que su función consultiva tiene interés para todo el sistema interamericano y no solo para el Estado solicitante de la opinión, de forma que aunque dicho Estado desista de su petición, la Corte puede decidir emitirla<sup>91</sup>; es decir, cumple un objetivo en relación con la concreción del contenido de la Convención que los Estados deben recepcionar en aras de cumplir con el compromiso de garantía de los derechos, así como de adecuación de la legislación interna para que la Convención sea eficaz.

En definitiva, las competencias atribuidas por la CADH, así como el diseño del mecanismo de protección, la propia estructura y el funcionamiento de la Corte IDH nos permiten señalar que el rol más importante que cumple este organismo jurisdiccional, incluso en su función contenciosa, es el de la protección de la dimensión objetiva más que la subjetiva, en el sentido de que más que garantizar el derecho de un individuo en particular, establece el deber

---

<sup>89</sup> Corte IDH. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 23.

<sup>90</sup> *Ibidem*.

<sup>91</sup> Corte IDH. *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 15.

ser que corresponde al catálogo de derechos en su conjunto y a cada uno en particular, fija principios objetivos de los cuales se derivan deberes de actuación general y de protección a todos los destinatarios del instrumento que interpreta<sup>92</sup>, labor con la que construye un orden público interamericano y que le da al sistema un carácter objetivo, como conjunto de valores y principios que comparten todos los Estados Parte<sup>93</sup>.

El desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad, que explicaremos adelante con más detalle, ha permitido a la Corte IDH clarificar su papel dentro del sistema. En su dimensión de control difuso de convencionalidad, los jueces nacionales tienen la obligación de llevar a cabo un examen de compatibilidad entre las normas internas que deban aplicar a los casos bajo su examen y la Convención Americana, incluida la interpretación que de ésta haya realizado la Corte IDH, de forma que garanticen que la legislación interna o los actos de los órganos estatales no vulneran los estándares determinados convencionalmente<sup>94</sup>.

Una vez expuesta la base de la que partimos, vamos a analizar los principales argumentos que fundamentan la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH para los Estados Parte en la Convención, y que podemos

---

<sup>92</sup> La idea de la doble dimensión es tomada de la construcción teórica del derecho alemán sobre la doble dimensión de los derechos fundamentales. Cfr. TOLÉ MARTINEZ, J., “La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación”, *Cuestiones Constitucionales*, n° 15, julio-diciembre, 2006, <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88501510>> (consultado por última vez el 15/02/2020).

<sup>93</sup> PASQUALUCCI, J. M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Second edition, University Press, Cambridge, 2013.

<sup>94</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Los Desafíos del Control de Convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales”, FERRER MAC-GREGOR, E. y HERRERA GARCÍA, A. (coord.), *Diálogo Jurisprudencial...* op cit., pp. 923 – 931.



resumir de la forma que sigue: su labor interpretativa cumple una función de desarrollo de la CADH sin la cual ésta no podría ser efectiva; este desarrollo se constituye en el estándar mínimo de garantía consagrado en la CADH; la competencia de intérprete auténtica le fue atribuida por la propia Convención; finalmente, al ser Parte de la Convención, los Estados se obligaron a respetarla y hacerla efectiva en sus ordenamientos internos, por lo que la interpretación hecha por la Corte IDH tiene efectos vinculantes.

## **1.2. LA CORTE IDH COMO INTÉRPRETE AUTÉNTICA DE LA CONVENCIÓN**

El papel que desempeña la Corte IDH es relevante y definitivo dentro del sistema interamericano de derechos humanos y sus acciones tienen un impacto regional como ninguno otro en la región. La Corte IDH tiene funciones contenciosas, consultivas, de imposición de medidas provisionales y de supervisión del cumplimiento de sentencias. Estas funciones no solo son legales, sino que están legitimadas a través de la voluntad y el consentimiento de los Estados que ratificaron la Convención y, sobre todo, por la evolución del sistema interamericano para la promoción y defensa de los derechos humanos en la región. Se trata, por tanto, de una jurisdicción que se adecúa a la transformación progresiva de la relación entre el derecho internacional y nacional, la modificación de la soberanía y la consolidación de una gramática jurídica que ‘constitucionaliza’ el continente bajo la Convención Americana y la interpretación que los jueces de la Corte IDH hacen de ella. Por ello vamos a presentar a continuación la configuración material de la Corte, para que se

entienda mejor la dimensión específica de sus funciones y el alcance de su labor.

A diferencia del Tribunal Europeo, donde cada Estado miembro del Consejo de Europa tiene un juez en la Corte, la Corte Interamericana está compuesta por siete jueces, nacionales de cualquiera de los Estados miembros de la OEA, y no solo de los Estados que se han adherido a la Convención. Sin embargo, jueces de la misma nacionalidad del caso no puede conocer de casos en que esté involucrado su país, a menos que se trate de casos interestatales, donde es posible que los Estados nombren un juez *ad hoc* de la nacionalidad de los Estados involucrados en el caso en cuestión.

Los jueces son elegidos en votación secreta y por mayoría absoluta durante la Asamblea General de la OEA. Cabe recordar que el Secretario General de la OEA solicita a los Estados una lista de un máximo tres candidatos para que se sometan a la elección. El mandato de los jueces es de seis años y pueden ser reelegidos por un periodo igual. Aquellos jueces que terminaron el periodo de funciones seguirán conociendo de los casos que tuvieron a su cargo y que se encuentren pendientes de sentencia.

La Corte IDH es una institución judicial autónoma que tiene como objeto principal interpretar y aplicar la Convención Americana. Su principal característica se deriva de la *jurisdicción*, que le atribuye el tratado que le da vida. Cuando un Estado ratifica la Convención, se somete *ipso facto* a la jurisdicción de la Corte. Además, un Estado que acepte la competencia general de la Corte, aún puede manifestar su consentimiento *ad hoc* para un caso particular. Aunque el tribunal puede tener jurisdicción en un caso determinado, no está obligado a ejercerla. En casos excepcionales, el tribunal puede negarse

a ejercer su jurisdicción sobre la base de la idoneidad judicial. Sin embargo, los límites y el contenido de la jurisdicción no están siempre libres de discusión.

En relación con la decisión que la Corte debe adoptar sobre su propia competencia es de aplicación el principio de *compétence-compétence*, que ya está consignado en diferentes tratados internacionales. Es el caso del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que afirma que:

“Los Estados partes en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico (...) En caso de disputa en cuanto a si la Corte tiene o no jurisdicción, la Corte decidirá”<sup>95</sup>.

En el caso de la Corte Interamericana no existe en la Convención Americana una referencia explícita sobre quién o cómo debe resolver la cuestión de la jurisdicción.

La Corte IDH ha decidido a través de su propia jurisprudencia la cuestión de la jurisdicción basándose en el principio *compétence-compétence*:

“La Corte tiene la competencia, que le es inherente y que atiende a un imperativo de seguridad jurídica, de determinar el alcance de su propia jurisdicción”<sup>96</sup>.

También, la Corte IDH ha señalado que su amplia competencia sobre la Convención Americana le otorga jurisdicción sobre todos los asuntos

---

<sup>95</sup> Organización de las Naciones Unidas, *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. 1945. <https://www.un.org/es/documents/iccjstatute/chap2.htm>. Artículo 36.6.

<sup>96</sup> Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C No. 94.

relacionados con la misma. Así lo estableció cuando el gobierno del Perú presentó en sus alegatos finales en el *Caso Acevedo Buendía y otros*, en los siguientes términos:

“la falta de competencia en razón de la materia de la Corte para pronunciarse sobre la supuesta violación al derecho de seguridad social, debiendo únicamente analizar y eventualmente declarar la responsabilidad internacional del Estado en relación al derecho de protección judicial y al derecho de propiedad contemplados en la Convención”<sup>97</sup>.

La Corte IDH desestimó la excepción preliminar de falta de competencia de la Corte *ratione materiae*, asumiendo las amplias funciones de intérprete de la Convención Americana:

“consecuentemente, el Tribunal desestima la excepción preliminar de falta de competencia de la Corte *ratione materiae* planteada por el Estado y considera que es competente para analizar los alegatos relacionados con el fondo del presente caso”<sup>98</sup>.

Tanto la doctrina internacionalista como la propia jurisprudencia de la Corte han desarrollado diferentes criterios para establecer la jurisdicción de la Corte IDH<sup>99</sup>. La Corte tendrá jurisdicción *ratione materiae* en todos aquellos casos en que deba interpretar o aplicar la Convención Americana u otros

---

<sup>97</sup> Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 16.

<sup>98</sup> Ibidem.

<sup>99</sup> En relación con los aspectos procesales y las discusiones doctrinales sobre la jurisdicción de los tribunales internacionales, véase: ABELLO-GALVIS R. y otros, *Procedimiento, litigio y representación ante tribunales internacionales*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2017; PASQUALUCCI, J. M., ed, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, op. cit., 2, pp. 117-49.

tratados que así lo establezcan, y tendrá jurisdicción *ratione personae*, cuando un Estado tenga *locus standi* para comparecer ante la Corte como demandado (en sentido pasivo) y/o como “un sujeto de derecho internacional capaz de hacer valer sus derechos mediante reclamaciones internacionales, esto es, que tiene la capacidad de demandar a otro sujeto de derecho internacional ante instancias internacionales”<sup>100</sup>.

Por lo que se refiere a la competencia *ratione temporis*, debe tenerse en cuenta la fecha en que el Estado aceptó la competencia del tribunal, los términos de la aceptación del Estado y el principio de no retroactividad establecido en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969). En el caso de la Convención Americana, ésta pasó a ser vinculante para los once Estados que la ratificaron inicialmente cuando entró en vigor en 1978. En cuanto a los Estados que ratificaron o se adhirieron a la Convención con posterioridad a esa fecha, la Convención entró en vigor en relación con cada Estado en la fecha en que el instrumento de ratificación o adhesión del Estado fue depositado ante la OEA. Así, la Corte solo tiene competencia para entender de posibles violaciones de la Convención Americana por parte de un Estado por hechos que hayan ocurrido o se hayan continuado produciendo después de la fecha de entrada en vigor de la Convención Americana respecto del mismo<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> ROSAS CASTAÑEDA, J.A. “Hacia el jus standi del individuo en el procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista CEJIL*, 2007, vol. 2, no 3, p. 81.

<sup>101</sup> Este principio ha generado debate cuando las violaciones denunciadas del tratado se dilataron en el tiempo. Es el caso de las desapariciones o cuando resulta imposible determinar la fecha de las torturas o de la muerte. Sobre esta cuestión, ver: CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Principio de irretroactividad de los tratados, hechos continuados y competencia *ratione temporis*. Debates pasados, presentes y futuros en el sistema internacional de protección de

Finalmente, la Corte IDH tienen jurisdicción *ratione loci* si las violaciones a los derechos consagrados en la Convención Americana u otros tratados de derechos humanos aplicables ocurrieron dentro de la jurisdicción de un Estado que aceptó la jurisdicción de la Corte Interamericana<sup>102</sup>. La Convención Americana especifica que los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y a “asegurar a todas las personas sujetas a su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de esos derechos” (art. 1.1.). En el campo de los derechos humanos y del Derecho Internacional, dicha jurisdicción también se extiende fuera de su territorio. Es el caso, por ejemplo, de un Estado que ejerce un control militar legal o ilegal fuera de su territorio nacional, en el que puede ser responsable de las violaciones de derechos humanos que se puedan producir.

Esta última cuestión es objeto de debate en la Comisión Interamericana en relación con la condición jurídica y la vulneración de derechos humanos de las personas detenidas por Estados Unidos en la Bahía de Guantánamo, Cuba. La Comisión sostuvo que los detenidos se encontraban bajo la jurisdicción de los Estados Unidos:

“la Comisión Interamericana de Derechos Humanos otorgó medidas cautelares a favor de los detenidos en Guantánamo, solicitando a Estados Unidos que adoptara las medidas

---

los derechos humanos”, TORRES BERNÁRDEZ, S., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C., QUEL LÓPEZ, J., y LÓPEZ MARTÍN, A.G. (coords.), *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra homenaje al Profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Iprolex, Madrid, 2013, pp. 695-711.

<sup>102</sup> JARDÓN, L. “The Interpretation of Jurisdictional Clauses in Human Rights Treaties”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 13, enero de 2013, pp. 99-143.

urgentes necesarias para que un tribunal competente establezca el status legal de los detenidos en Guantánamo”<sup>103</sup>.

La Comisión consideró que, “a falta de determinación sobre el status legal, los derechos fundamentales y no derogables de los detenidos no están siendo reconocidos ni garantizados por Estados Unidos”<sup>104</sup>. En coherencia con esta afirmación cabe esperar que la Corte IDH trate de evitar que un Estado actúe con impunidad en un territorio extranjero que controla efectivamente.

En efecto, la jurisdicción es un requisito imprescindible para que la Corte IDH pueda considerarse la auténtica intérprete de la Convención, concepto que se vincula directamente con la noción de obligatoriedad. Por una parte, a través de su artículo 62.3, la Convención Americana atribuye a la Corte IDH competencia:

“para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido...”.

Por otra, el art. 64 señala que:

“los Estados miembros podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”.

De estas dos disposiciones se deriva el hecho de que la CADH ha atribuido a la Corte no solo la función de decidir si en un caso concreto se ha

---

<sup>103</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución No 2 “Sobre las Medidas Cautelares sobre los detenidos en Guantánamo.” 28 de Julio de 2006, <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/decisiones/Guantanamo.asp> (consultado por última vez el 29/12/2020)

<sup>104</sup> Ibid.

violado un derecho o libertad consagrado en la Convención, sino también la de realizar una interpretación auténtica de la Convención, labor que desarrolla tanto en su competencia contenciosa como en la consultiva.

Igualmente, el papel de intérprete supremo de la Convención se deriva del hecho de que las sentencias de la Corte IDH tienen un carácter definitivo: ni pueden ser objeto de apelación, ni el caso puede volver a ser planteado ante este Tribunal. Esta característica es aplicable no solo a la parte resolutoria de la sentencia, sino también a la interpretativa, ya que como hemos señalado, la CADH le confiere la competencia en todo lo relativo a su interpretación y aplicación, lo que hace que la interpretación de la Corte sea la auténtica.

Es verdad que la Corte IDH no es la única intérprete de la CADH, pues también lo hacen los órganos internos de los Estados, que son los primeros llamados a aplicarla, y que, en ese ejercicio se ven abocados a realizar una interpretación de la misma frente a la cual la Corte puede reaccionar positiva o negativamente, construyendo el derecho interamericano<sup>105</sup>. Pero lo que establezca la Corte será el criterio definitivo, por ser la intérprete última de la CADH. En efecto, llegado un caso a su jurisdicción, será ella quien determine si la interpretación de los órganos internos es conforme a la Convención.

Aunque durante mucho tiempo, dada su condición de intérprete auténtica, la Corte IDH demostraba en la práctica que consideraba obligatoria su jurisprudencia, solo lo hizo explícito con el desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad, estableciendo de forma inequívoca que su

---

<sup>105</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, H., "El Control de Convencionalidad y el Diálogo Interjurisdiccional entre Tribunales Nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos", *REDCE*, Año 10, núm. 19, enero-junio/2013, pp. 233-234.



interpretación es obligatoria para todos los Estados Parte, al tener el mismo valor jurídico que el texto de la Convención, como veremos más adelante.

Sin embargo, como se expuso en el apartado anterior, algunos autores han cuestionado el carácter auténtico de su jurisprudencia partiendo del argumento de que la función de la Corte IDH como intérprete está limitada por el texto de la Convención, y entendiendo que cuando la Corte realiza una función de actualización de la CADH está sobrepasando los límites de su competencia, al crear nuevos derechos o normas jurídicas, función reservada a los Estados, de conformidad con los arts. 76 y 77 CADH<sup>106</sup>. En este sentido, PAUL DÍAZ ha señalado que:

“la Corte Interamericana suele considerarse totalmente libre para decidir cuándo y cómo evoluciona la CADH, llegando a incorporar derechos que fueron explícitamente excluidos de este tratado, y fallando en contra del tenor literal del mismo, como sucedió en el caso Artavia”<sup>107</sup>.

En opinión de este sector de la doctrina, cuando los Estados se obligan mediante un tratado lo hacen de forma voluntaria y por consenso, y así deciden cuál es el nivel de soberanía que están dispuestos a ceder, de forma que cuando la Corte IDH se abroga el papel de creador de nuevas obligaciones a través de su interpretación convencional estaría violando ese principio consensual, que es la base de las obligaciones internacionales y de la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH. Los Estados se obligarían en

---

<sup>106</sup> MALARINO, E., “Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias Antidemocráticas Y Antiliberales...” *op. cit.*, pp. 39 – 40; PAÚL DÍAZ, A., “La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia”, *Derecho Público Iberoamericano*, n 2, 2013, pp. 303 – 345.

<sup>107</sup> *Ibid*, p. 324.

el momento de ratificar la CADH por el texto, que establece el mínimo de garantía, pero a su vez el máximo que puede exigírseles<sup>108</sup>.

No podemos compartir esta posición porque, como se ha mencionado anteriormente, los instrumentos sobre derechos humanos tienen una naturaleza amplia e indeterminada, de forma que, si sólo nos atenemos al texto de las disposiciones que, entre otras cosas, se suelen corresponder con muchas de las disposiciones constitucionales, la CADH no tendría ningún contenido real y su alcance sería indefinido, lo que le restaría eficacia e impediría que el tratado tuviera un efecto útil.

En nuestra opinión, cuando la Convención prevé que los Estados pueden consultar a la Corte sobre la interpretación de los instrumentos y le da competencia sobre todos los casos de interpretación y aplicación, deja claro que dicha interpretación es necesaria y que, cuando los Estados aceptan la competencia de la Corte, están aceptando voluntariamente respetar su facultad de interpretar la CADH, y, en consecuencia, los resultados que se deriven de su ejercicio.

### **1.3. EL DESARROLLO DE LA CONVENCIÓN**

Una de las características de los instrumentos internacionales que consagran derechos humanos es la amplitud e indeterminación de sus disposiciones, por lo que muchas veces no es suficiente acudir al texto para entender su sentido, ya que en gran medida los Estados se niegan a aceptar

---

<sup>108</sup> *Ibidem.*

obligaciones más precisas, haciendo necesario que su contenido sea concretado por vía jurisprudencial.

La interpretación de la Corte IDH tanto en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa como de la consultiva ha permitido entender el sentido y alcance de las disposiciones de la Convención y los derechos allí protegidos. Además, ha permitido armonizar el espíritu de la Convención Americana con los retos propios del paso del tiempo y las transformaciones de la realidad de los Estados para la realización de su objeto y propósito. Este principio de interpretación es fundamental en lo que se refiere a los tratados de derechos humanos, y tal y como ha sido reconocido por el TEDH y la Corte IDH en relación con el Convenio de Roma y la CADH, deben ser interpretados de manera evolutiva, ser sensibles a los cambios que se producen en los sistemas legislativos de sus Estados partes y, observar los desarrollos sociales experimentados por el DIDH, porque son instrumentos vivos<sup>109</sup>.

Esta es la función que cumple la Corte IDH respecto de la Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos interamericanos en la materia. Cada disposición de la Convención adquiere el carácter de norma a través de la interpretación que hace el órgano jurisdiccional. Como señala SAIZ ARNAIZ respecto del CEDH, los contenidos de cada derecho que el tribunal regional extrae de su formulación en el tratado se proyectan como contenidos concretos de dichos instrumentos internacionales sobre todos los

---

<sup>109</sup> PASCUAL VIVES, F., "Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos", *Revista Española de Derecho Internacional*, julio-diciembre 2014, pp. 113-153

ordenamientos nacionales, no sólo sobre los de las partes implicadas en cada proceso<sup>110</sup>.

De esta forma, la jurisprudencia podría considerarse como la proyección del contenido determinado de las normas del instrumento internacional en un momento histórico determinado<sup>111</sup>. Así, las normas jurídicas contenidas en la Convención Americana están constituidas no sólo por sus disposiciones, sino también por la interpretación que de ellas haga la Corte Interamericana<sup>112</sup>.

Esta afirmación es aún más evidente cuando se recuerda que el objeto de los tratados es que tengan un efecto útil. Como señalan ACOSTA y ESPALIAT<sup>113</sup>, este principio implícito reconocido en el Derecho Internacional se encuentra en el artículo 31.1 de la Convención de Viena<sup>114</sup>, en virtud del cual las disposiciones deben producir efectos reales en el sentido en que fueron creados.

En este sentido, la Corte Interamericana ha afirmado que:

“los tratados deben interpretarse ‘de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del

---

<sup>110</sup> SAIZ ARNAIZ, A., *La Apertura Constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 144-145.

<sup>111</sup> SILVA GARCÍA, F., “El control judicial de las leyes con base en tratados internacionales,,,”, *op. cit.*, p. 241.

<sup>112</sup> En este sentido, GIMENO señala que, en general, las normas jurídicas están integradas por los preceptos jurídicos y las interpretaciones que son las consideraciones que fijan su alcance y delimitan su contenido. *Cfr.* GIMENO PRESA, M.C., *Interpretación y Derecho: Análisis de la obra de Riccardo Guastini*, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, nº 21, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

<sup>113</sup> ACOSTA ESTÉVEZ, J. y ESPALIAT LARSON, A., *La Interpretación en el Derecho Internacional Público y Derecho Comunitario Europeo*, PPU, Barcelona, 1990, pp. 105 – 107.

<sup>114</sup> El artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados señala lo siguiente: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.”

tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin'. Y siendo el objeto y fin de la Convención Americana la eficaz protección de los derechos humanos, la Convención debe interpretarse de manera tal de darle su pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos, a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera todo su 'efecto útil'"<sup>115</sup>.

En esta línea, y reconociendo la particularidad de los tratados en materia de derechos humanos, cuyo interés jurídico tutelado no es principalmente el del Estado, sino el del ser humano, la Corte IDH<sup>116</sup>, y en el mismo sentido el TEDH<sup>117</sup>, han desarrollado una jurisprudencia expansiva encaminada a interpretar la CADH y el CEDH de la forma en que mejor garanticen la protección integral de los derechos de las personas, lo cual, en palabras de NIKKEN "otorga a la interpretación y aplicación de las disposiciones convencionales una dinámica de expansión permanente"<sup>118</sup>.

La misma Convención de Viena advierte otros elementos importantes. El primero de ellos es advertir que "para los efectos de la interpretación de un tratado" se tomarán en cuenta, "además del texto, incluidos su preámbulo y anexos",

---

<sup>115</sup> Corte IDH, *Caso Cayara vs. Perú*. Excepciones Preliminares. *Sentencia del 3 de febrero de 1993, serie C, núm. 14*, párr. 37; *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No 3, párr. 33; *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2, párr. 35; *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Excepciones Preliminares, Sentencia del 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 30.

<sup>116</sup> Corte IDH, *Caso Blake V. Guatemala*. Fondo, Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C. No. 36.

<sup>117</sup> Cf. QUERALT JIMENEZ, A. *La Interpretación de los Derechos...* op. cit., pp. 91-94

<sup>118</sup> NIKKEN, P., "Base de la Progresividad en el Régimen Internacional de Protección a los Derechos Humanos", en *Derechos Humanos en las Américas*, Washington: OAS, 1985, 32.

“a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado” (art. 31.2).

Más adelante señala tres aspectos claves en la interpretación que deberá tenerse en cuenta:

“a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes” (art. 31.3).

Y finalmente, para dicha interpretación,

“Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes” (art. 31.4).

En sentido estricto, señaló la Corte IDH que “la Convención entra en vigencia para un Estado que la ratifique o se adhiera a ella con o sin reservas, en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión”<sup>119</sup> la que tiene como objeto y fin “la protección de los derechos básicos de los seres humanos individuales, independientemente de su nacionalidad, tanto frente al Estado de su nacionalidad como todos los demás Estados contratantes”<sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup> Corte IDH, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, Parte resolutive.

<sup>120</sup> *Ibid*, párr. 29.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es el único órgano judicial del sistema interamericano de derechos humanos. Como tal, es el juez natural de los derechos humanos en aquellos Estados del hemisferio occidental que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y aceptado la jurisdicción de la Corte.

Durante los primeros años de su actividad, las perspectivas de la Corte de mejorar la protección de los derechos humanos eran difíciles por el contexto político de dictaduras del continente y las políticas de “seguridad nacional” que vivían democracias como la de Colombia y que realmente violaban los derechos humanos. Las desapariciones forzadas patrocinadas, las ejecuciones extrajudiciales y la tortura llenaron los anaqueles de la oscura historia del continente. Sin embargo, la labor de la Corte IDH para la protección de los derechos humanos fue transformando progresivamente las pesimistas expectativas.

La Comisión remitió casos a la Corte hasta 1986, siete años después de su creación. Por tanto, el principal trabajo de la Corte para desarrollar la Convención Americana durante ese período se llevó a cabo a través de las opiniones consultivas (OC). Cuando la Comisión remitió casos a la Corte, y la jurisdicción contenciosa se puso en marcha en la década de los años ochenta y noventa, en un contexto de auge de las democracias del continente, pese a las dificultades que podría suponer acusar a miembros de los gobiernos de haber violado los derechos humanos, los Estados respondieron a las solicitudes presentadas en su contra designando representantes para comparecer en los procesos. La realidad es que muchos Estados aceptan actualmente la responsabilidad total o parcial por violaciones de derechos humanos. Los fallos

de la Corte IDH fueron creando una jurisprudencia que le dio buena reputación, junto con las opiniones consultivas, que han contribuido al desarrollo de la Convención Americana.

La Corte IDH desarrolla la Convención por medio de la hermenéutica aplicada a los casos y a las normas, hasta el punto de que un conjunto de autores afirma que algunas normas no existen antes de la interpretación sino, precisamente, como producto de ella<sup>121</sup>. Las discusiones sobre la interpretación entre las diferentes corrientes de pensamiento jurídicos son amplias, y muchas veces opuestas. Se encuentran los clásicos que consideraron que el juez parte de un silogismo perfecto donde la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no a la ley, y la consecuencia, la sentencia que señala la pena o libertad. Las corrientes exegéticas consideran que el juez debe dedicarse a descubrir la voluntad del legislador con el propósito de aplicarla al caso concreto. El gran problema se produce cuando se cuestiona si el derecho ha logrado ser coherente e integral al prever una única solución. Parece obvio que la norma no es capaz de prever la incertidumbre de la realidad, que le propone cada día nuevos retos a los que el juez debe hacer frente. En ese caso, tanto la realidad como los conceptos jurídicos no son unívocos, y la ambigüedad que suscitan le dan al juez un mayor protagonismo<sup>122</sup>. En efecto, el debate sobre cómo debe llevar a cabo el juez su función judicial cuando se enfrenta a las normas constitucionales generales es perfectamente aplicable a la generalidad de los artículos de la Convención

---

<sup>121</sup> TARELLO, G. *La Interpretación de La Ley*, Palestra Editores, Lima, 2018.

<sup>122</sup> BRUNET, P. *Para un análisis del discurso jurídico*, Universidad Externado, Bogotá, 2020.



Americana, y en general, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos cuando deben ser aplicados.

La idea clásica respecto de los tratados internacionales es que la interpretación que se debe llevar a cabo debe ser restrictiva de las obligaciones internacionales, teniendo en cuenta que dichos tratados establecen o reglamentan derechos subjetivos o ventajas recíprocas para las Partes Contratantes. Sin embargo, esta afirmación no es aplicable a los tratados en materia de derechos humanos, pues como lo señala CANÇADO TRINDADE, estos:

“prescriben *obligaciones de carácter esencialmente objetivo*, que deben ser garantizadas o implementadas colectivamente, y enfatizan el predominio de consideraciones de interés general u *ordre public* que trascienden los intereses individuales de las Partes Contratantes”<sup>123</sup>.

La Corte IDH utiliza sus funciones contenciosa y consultiva para lograr el cometido de protección de los derechos humanos. Ejerce su jurisdicción contenciosa en relación con denuncias interestatales o peticiones individuales y en relación con los Estados que han reconocido dicha competencia. Sin embargo, sólo conocerá del caso si la Comisión decide remitir el caso. A diferencia del sistema europeo, ningún individuo puede acudir directamente a la Corte alegando violaciones de derechos protegidos por la Convención y/o cualquier otro tratado regional de derechos humanos que así lo estipule. Una

---

<sup>123</sup> CANÇADO TRINDADE, A. A., “La interpretación de tratados en el derecho internacional y la especificidad de los tratados de derechos humanos”, DRNAS DE CLÉMENT, Z., (coord.), *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Prof. E.J. Rey Caro*, Editora Córdoba, Córdoba, 2003, vol. 1, pp. 747-776.

vez que la Comisión dirige el caso a la Corte, las presuntas víctimas ganan *locus standi in judicio*<sup>124</sup> y pueden actuar de manera autónoma ante la Corte a través de sus representantes legales<sup>125</sup>. Esto da lugar a un rasgo muy peculiar del litigio ante la Corte ya que, además del Estado y las víctimas - partes en litigio-, la Comisión también juega un papel considerable. En su conjunto, puede señalarse que la composición del sistema Interamericano ofrece un procedimiento que garantiza la interpretación de los derechos humanos

---

<sup>124</sup> El *locus standi in judicio*, se encuentra en el reglamento de la Corte IDH, que consiste en que, si se poseen derechos protegidos, entonces se debe contar con la capacidad procesal de ejercerlos. El Reglamento de la Comisión fue modificado en su 147° Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 8 al 22 de marzo de 2013. El desarrollo de este principio constituye uno de los avances más sobresalientes en el funcionamiento del SIDH, que contribuye con la mejor instrucción del proceso y sin el cual el elemento del contradictorio entre las víctimas y el Estado, que está en la naturaleza del proceso contencioso no podría darse.

“Desde la situación tradicional en la que los Estados eran los únicos sujetos de Derecho internacional, siendo los mediadores de unos individuos privados de derechos y deberes jurídicos, hemos ido avanzando progresivamente hacia un escenario en el que el individuo representa un papel fundamental al adquirir status jurídico propio, especialmente en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Este hecho forma parte del fenómeno conocido doctrinalmente como la constitucionalización del derecho internacional público. Podemos observar un progresivo avance en el acceso del individuo a la Corte Interamericana gracias a las reformas reglamentarias de los últimos años, lo que constituye uno de los principales hitos de nueva construcción en torno a la evolución de este sistema regional”. PADILLA, C.M. y JIMÉNEZ ALEMÁN, A., “Avances hacia el *locus standi in judicio* del particular en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos: reformas reglamentarias de la comisión y de la corte”, *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 7, 2014, pp. 158,159.

Por su parte, CANÇADO TRINDADE destaca, entre otras cosas, la garantía de la igualdad procesal de las partes como un elemento central de cualquier mecanismo jurisdiccional de protección de los derechos humanos, que no podría hacerse efectivo sin la participación de las víctimas en todo el proceso. Además, considera que en términos prácticos esto mejora la instrucción del proceso y permite a la Comisión concentrarse en su rol de guardián de la aplicación de la Convención y no más como intermediario entre la Corte y las víctimas. Sin embargo, considera que lo más destacable del *locus standi in judicio* es que supone “La cristalización de la personalidad y la plena capacidad jurídicas internacionales del ser humano” lo que en su opinión “constituye el mayor legado de la ciencia jurídica del siglo XX”. CANÇADO TRINDADE, A. A., “El acceso directo de los individuos a los tribunales internacionales de derechos humanos” p. 279, [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones\\_digital\\_XXVII\\_curso\\_derecho\\_internacional\\_2\\_000\\_Antonio\\_Augusto\\_Cancado\\_Trindade.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXVII_curso_derecho_internacional_2_000_Antonio_Augusto_Cancado_Trindade.pdf) (consultado por última vez el 13/08/2020).

<sup>125</sup> Una comparación exhaustiva de las historias de los tribunales de derechos humanos europeos, interamericanos y africanos y la evolución y aplicación de su jurisprudencia se puede ver en BURGORGUE-LARSEN, L., *Les Trois Cours Régionales des Droits de l'Homme in Context: La justice qui n'allait pas de soi La justice qui n'allait pas de soi*, Éditions A. Pedone, 2020.

buscando, en última instancia, la legitimidad del mismo mediante la constitucionalización del Derecho internacional público<sup>126</sup>.

Cuando la Corte determine que se produjo una vulneración de derechos protegidos por la Convención, en su fallo dispondrá que el Estado debe garantizar el disfrute de los derechos violados e impondrá las medidas de reparación pertinentes, así como el pago de una indemnización justa, si hubiera lugar. RÁBAGO y CAMARILLO consideran que las sentencias de la Corte IDH han fortalecido el sistema interamericano, han favorecido y reparado a las víctimas, y, sobre todo, han establecido:

“jurisprudencia trascendental para los tribunales internos del Estado, que coadyuva a la generación de normas y precedentes guiados a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, así como:

“el aporte de elementos interpretativos y de protección de derechos humanos que impactan de manera significativa en el ordenamiento jurídico interno, de modo que conducen a la implementación o modificación de las normas internas, así como al establecimiento de mecanismos de protección de derechos humanos tendientes a realizar una integración entre los estándares internacionales y el derecho nacional”<sup>127</sup>.

---

<sup>126</sup> AZÓCAR, G. “Del origen del Derecho Internacional Público a la discusión sobre su constitucionalización”, *Persona y Sociedad* 22, n° 1, 2016, pp. 27-39.

<sup>127</sup> RÁBAGO, E. N. y CAMARILLO L. A. “El papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Parlamento y Constitución*, Anuario, n.º 19, 2018, pp. 171-95.

Las sentencias condenatorias han permitido, a nivel interno, revelar la deficiencia de los ordenamientos jurídicos<sup>128</sup> y de la práctica gubernamental, impulsar reformas y adecuar organismos estatales al fortalecimiento de la protección de los derechos humanos; a nivel externo o regional, han permitido igualmente desarrollar una visión jurídica de los derechos humanos compartida, adecuar un procedimiento de funcionamiento judicial en el hemisferio occidental para su garantía, y sobre todo, concretar y profundizar el texto de la Convención Americana.

RÁBAGO y CAMARILLO destacan algunos fallos emblemáticos que desarrollaron la CADH y que dieron lugar a serias reformas en el interior de los Estados.

El primero de ellos, el *caso Última tentación de Cristo v. Chile*, en el que la Corte IDH concluyó que el Estado establecía la censura previa en la producción cinematográfica, violando el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión<sup>129</sup>. El fallo dio lugar a una reforma constitucional.

Otro caso trascendental fue el *caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, que tuvo como consecuencia la modificación sustancial del sistema de casación del país<sup>130</sup>. El entonces presidente de la Corte IDH reunió en su sede a la Comisión IDH, al presidente de la Corte Suprema de Justicia y a la víctima, para discutir las líneas generales de una ley de reforma.

---

<sup>128</sup> CORSO SOSA, E.; CARMONA TINOCO, J.U. y SAACEDRI ALESSANDRI, P. (coord.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, México D.F., 2013.

<sup>129</sup> Corte IDH, *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

<sup>130</sup> Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

En la misma línea, la Corte IDH se pronunció contra el sistema penal procesal argentino, en el caso *Fontevicchia y D'Amico Vs. República Argentina*<sup>131</sup>. Un caso trascendente contra la discriminación sistemática de las mujeres y la violencia de género es el caso *González y otras V. México, conocido como "Campo Algodonero"*<sup>132</sup>, en el que la Corte IDH no sólo realiza un juicio de convencionalidad de la CADH, sino también de otro instrumento regional de derechos humanos: la Convención Belém do Pará. El fallo fue determinante a nivel interno por ser el antecedente más importante de la tipificación del delito de feminicidio. Pero también lo fue a nivel regional, por aplicar un tratado diferente a la Convención, o armonizada con ella, y esencialmente por incluir la perspectiva de interseccionalidad, generando una jurisprudencia dirigida a una reforma estructural que permita superar los estereotipos sobre el rol social de las mujeres y hacer frente a los patrones de discriminación y violencia que ellas padecen<sup>133</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha utilizado activamente las opiniones consultivas para desarrollar la Convención y fortalecer su cumplimiento dentro de la región. La jurisdicción consultiva puede ejercerse, incluso, sin el consentimiento expreso de los Estados. Incluso los Estados miembros de la OEA que no han ratificado la Convención Americana

---

<sup>131</sup> Corte IDH, *Caso Fontevicchia y D'Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.

<sup>132</sup> Corte IDH, *Caso González y otras Vs. México* ("Campo Algodonero"). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de noviembre de 2009. Serie C No. 205; Un análisis sobre la importancia de este caso se encuentra en VAZQUEZ CAMACHO, S. J., "El caso "Campo algodón" ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol.11, 2011, pp. 515-559, [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-46542011000100018&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542011000100018&lng=es&nrm=iso) (consultado por última vez el 15/09/2020).

<sup>133</sup> *Ibidem*.

pueden solicitar una opinión consultiva o atenerse a la jurisdicción consultiva de la Corte. Además, también todos los órganos de la OEA pueden solicitar opiniones consultivas; de hecho, la Comisión Interamericana busca activamente opiniones consultivas de la Corte con el fin de activar la función interpretativa como parte de su rol de guardiana del respeto de la CADH. Por supuesto, la Corte no puede emitir una opinión consultiva de oficio.

Por su práctica, se trata de una función más antigua que la contenciosa. La Corte IDH emitió ocho opiniones consultivas antes de conocer su primer caso contencioso. Además, como destacaba la propia Corte IDH a principios de la década de los años ochenta, la función consultiva del sistema es una institución única en el Derecho Internacional, que le investía de una amplia capacidad de acción, con la que no contaba ni la Corte Internacional de Justicia, ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

“Cabe aquí, simplemente, poner énfasis en el hecho de que la Convención, al permitir a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA solicitar opiniones consultivas, crea un sistema paralelo al del artículo 62 y ofrece un método judicial alternativo de carácter consultivo, destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso”<sup>134</sup>.

La opinión consultiva de la Corte IDH no se limita a desentrañar “el sentido, propósito y razón de las normas internacionales de derechos humanos”, sino que pretende, ante todo, ayudar a que los Estados Miembros y

---

<sup>134</sup> Corte IDH. *Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

los órganos de la OEA cumplan plena y efectivamente con sus obligaciones internacionales en la materia y definan y desarrollen políticas públicas en materia de derechos humanos. Tiene un doble impacto. Uno general, la construcción de unos principios y valores humanos superiores a la luz de la Convención, que sirven para desarrollar las normas aplicables y guiar a los jueces del continente en sus sentencias<sup>135</sup>. Y otro particular, su aplicación a los desarrollos propios del Estado en sus dimensiones orgánicas, legislativas y políticas, en el cumplimiento de aspectos que son especiales tanto por la temática como por el contexto en el que se invoca.

No existen partes en un procedimiento consultivo, y no existe ningún caso por resolver por parte de la Corte. Su funcionamiento está regulado en los artículos 44 y 64 de la Convención Americana:

“1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.”

La jurisdicción consultiva de la Corte asiste a todos los miembros de la OEA en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. La Corte IDH, por medio de las opiniones consultivas,

---

<sup>135</sup> CANÇADO TRINDADE, A. A., *The Construction of a Humanized International Law: A Collection of Individual Opinions (1991-2013)*, Volume 1, Brill Nijhoff, Boston, 2014.

promueve estándares jurídicos en todo el continente americano que generan uniformidad de criterios e interpretación sobre la Convención Americana.

La obligatoriedad de las opiniones consultivas de la Corte ha sido objeto de debate desde hace tiempo. El ex presidente de la Corte IDH, GROS ESPIELL, expresaba en el año 1994 que la interpretación de la Corte dada en una opinión consultiva no era obligatoria de acuerdo con el art. 64, aunque reconocía,

“la importancia y de la proyección política y jurídica de una opinión emitida por la Corte” (...)

Estas opiniones adquieren así un valor y una significación, por la jerarquía del órgano que la emite y por el peso teórico de la argumentación, en particular respecto del Estado o del órgano que la solicita, en virtud del principio de la buena fe”<sup>136</sup>.

En el mismo sentido, ROA estima que las opiniones consultivas no deben ser vinculantes porque no tienen los mismos efectos predicables de las sentencias de la Corte IDH, como son la obligación de cumplimiento por las Partes ni cabe posibilidad alguna de ejecución en la jurisdicción interna. Por otra parte, la CADH no se establece de forma literal su obligatoriedad.<sup>137</sup>

Otros autores sostienen que las Opiniones Consultivas son obligatorias y tienen efectos vinculantes para los Estados Parte de la Convención. FAUNDEZ LEDESMA diferencia entre las opiniones de los párrafos 1 y 2 del art. 64. Para

---

<sup>136</sup> GROS ESPIELL, H., “Los métodos de interpretación utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia contenciosa”, *La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994.

<sup>137</sup> ROA, J., *La Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2015.



este autor, las primeras sin duda son vinculantes, mientras que las segundas, referidas a la compatibilidad de una norma interna con la CADH, aunque no propiamente obligatorias, tendrían un ‘efecto jurídico notable’, que los Estados no podrían ignorar. A su juicio,

“(…) las mal llamadas ‘opiniones’ consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no sólo están dotadas de la autoridad del órgano del cual emanan, sino que poseen un efecto jurídico vinculante, derivado de la propia Convención y que, en particular, no se puede eludir por los Estados partes en la Convención. En tal sentido, su valor es comparable a los dictámenes que emanan de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, y difiere del efecto jurídico que caracteriza a las opiniones consultivas propiamente tales de la Corte Internacional de Justicia. En nuestra opinión, en los casos en que se le consulte sobre la interpretación de la Convención o de otro tratado concerniente a la protección de los derechos humanos, la Corte emitiría un ‘dictamen’, con carácter vinculante por emanar del órgano judicial al que se ha encomendado la interpretación autorizada de la Convención”<sup>138</sup>.

Por su parte, SALAZAR señala que, aunque en la región es uno de los debates contemporáneos, en Ecuador, tanto la Constitución como su “máximo intérprete reconocen que estos instrumentos prevalecen sobre la Norma Suprema cuando en ellos se contienen derechos más favorables. Asimismo, el bloque de constitucionalidad incorpora estos instrumentos en el ordenamiento

---

<sup>138</sup> FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996, p. 609

jurídico ecuatoriano, otorgándoles directa aplicabilidad a fin de proteger la dignidad humana”<sup>139</sup>.

Por su parte, la Corte hasta hace poco había sido ambigua sobre cuál era su efecto. La primera vez que se refiere al tema, en la *Opinión Consultiva OC-1/82*, hace una diferencia respecto de los efectos de las sentencias, pero no establece con claridad qué efectos tienen. Afirmó el tribunal,

“No debe, en efecto, olvidarse que las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención”<sup>140</sup>.

Más adelante, en la *Opinión Consultiva OC-15/97* se pronuncia de forma aún más ambigua, al señalar que, “aun cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables”<sup>141</sup>. En este caso considera que tiene efectos, pero tampoco aclara su alcance ni las obligaciones que surgen para los Estados.

Sin embargo, en 2014, casi veinte años más tarde, y tras haber desarrollado ya su doctrina sobre el control de convencionalidad, por medio de

---

<sup>139</sup> SALAZAR y otros, “La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador”, *Foro, Revista de Derecho*, n.º 32, noviembre de 2019, pp. 123-143. <https://doi.org/10.32719/26312484.2019.32.7>.

<sup>140</sup> Corte IDH. “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 51.

<sup>141</sup> Corte IDH. *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 15, párr. 26.

la OC-21/14 se pronunció de forma más clara, estableciendo, en nuestra opinión, su fuerza vinculante, puesto que equiparó el valor de las opiniones consultivas al de las sentencias y señaló que ambas son la base sobre la cual debe realizarse el control de convencionalidad.

En este sentido, afirmó la Corte que,

“Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad para la protección de todos los derechos humanos, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”<sup>142</sup>.

En nuestra opinión, no cabe duda del carácter vinculante que actualmente otorga la Corte a sus opiniones consultivas, lo que es una consecuencia lógica dada la competencia que le asigna la CADH como intérprete autorizada. La Corte incluso añadió en una opinión posterior que “las

---

<sup>142</sup> Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 31; Corte IDH. *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párr. 28; Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 26.

Opiniones Consultivas cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo”.<sup>143</sup>

En el mismo sentido, BAUTISTA y JESSENIA afirman que las opiniones consultivas no solo permiten a la Corte hacer interpretaciones que fortalecen el sistema de protección de los derechos humanos, sino que tienen efectos jurídicos innegables, aunque estén bajo una lógica diferente a la contenciosa<sup>144</sup>. Estas autoras afirman que las opiniones consultivas constituyen la interpretación autorizada y auténtica de la CADH y otros tratados de derechos humanos. Además, siguiendo la jurisprudencia de la Corte, recuerdan que la interpretación contenida en una opinión consultiva tiene efectos incluso para aquellos países que no han reconocido la jurisdicción de la Corte, ya que el artículo 64 de la CADH establece que no es necesario ser parte de la CADH para solicitar una opinión consultiva. Y finalmente, que la jurisprudencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se convierte en un referente en cuanto a la legalidad de la actuación de los poderes públicos.

A pesar de lo anterior, el debate sigue abierto en la doctrina. ZELADA sostiene que la Corte nunca ha sostenido explícitamente que sus opiniones consultivas tengan efectos vinculantes<sup>145</sup> y se refiere a lo señalado en el voto

---

<sup>143</sup> Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22., párr. 25

<sup>144</sup> BAUTISTA, E. y JESSENIA, J., “Human Rights as a Protection Mechanism for the Environment: Is It Possible to Include IACHR’s Advisory Opinion 23/17 in the Ecuadorian Legal System?”, *USFQ Law Review*, vol. 6, 2019, pp. 79-98.

<sup>145</sup> ZELADA, C. J., *¿Son Vinculantes las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?: Una propuesta de reforma para un problema de antaño*, Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex), Lima, 2020.

separado del juez GROSSI en la *Opinión Consultiva OC-24/17*, en el que este afirmaba que,

“La competencia no contenciosa o consultiva de la Corte no consiste, entonces, en ordenar o disponer sino más bien en convencer. Su condición de no vinculante es la principal diferencia con la competencia contenciosa y es lo que fundamentalmente la caracteriza”<sup>146</sup>.

ZELADA, es de la opinión de que las OC sí tienen un valor jurídico, pero que no es asimilable al de las sentencias. Y añade que, al considerar la Corte a las OC como base del parámetro del control de convencionalidad (*OC 21/14*), encontró una solución ventajosa para hacer tangibles los “efectos jurídicos innegables” a los que se refirió en la *OC-15/97*, sin forzar la atribución de obligatoriedad a partir de su propia naturaleza sino a través de un mecanismo externo<sup>147</sup>.

Sin embargo, como mencionábamos anteriormente, dada la doctrina del control de convencionalidad y que la jurisprudencia desarrollada tanto en las opiniones consultivas junto como en las sentencias forman parte de las fuentes sobre las que este se sustenta, en nuestra opinión, las opiniones consultivas de la Corte tienen carácter vinculante. En este sentido, SALVIOLI ha señalado que,

“Una interpretación *pro personae* del sistema interamericano de derechos humanos no puede sino concluir en el punto que las

---

<sup>146</sup> Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, de noviembre de 2017. Serie A No. 24, Voto separado del juez GROSSI, párr. 12.

<sup>147</sup> ZELADA, C. J., *¿Son Vinculantes las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?*, *op. cit.*

decisiones y resoluciones tomadas por los órganos encargados de aplicar la Convención Americana u otros instrumentos de protección de los derechos humanos revisten el carácter de obligatorias y vinculantes para los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos; más aún cuando se trata de un órgano jurisdiccional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cualquiera de las funciones que la Convención Americana le asigna”<sup>148</sup>.

En relación con otra dimensión de incidencia de las opiniones consultivas, autoras como BAILLIET consideran que la función consultiva y el desarrollo de la Convención Americana pueden tener incluso mayores consecuencias de las previstas, ya que muchas veces pueden desafiar el principio de soberanía porque pueden abordar cuestiones políticas a nivel nacional sin obtener el consentimiento del Estado, pero también pueden develar el papel “de prudencia política” de la Corte IDH a la hora de ejercer su función consultiva<sup>149</sup>. Esta autora sostiene que su papel es tan relevante que muchas veces la Corte Interamericana de Derechos Humanos se encuentra bajo presión para mantener su legitimidad, y actúa con prudencia estratégica al rechazar ciertas solicitudes de opiniones consultivas. Además, destaca que cierta moderación revela un equilibrio complejo entre el papel que debe desarrollar la Corte IDH en la aplicación e interpretación de los derechos

---

<sup>148</sup> SALVIOLI, F., “La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos marco legal y desarrollo jurisprudencial”, en *Homenaje y Reconocimiento a Antônio Cançado Trindade*, T. III, Ed. Sergio Fabris, Brasília, 2004, pp- 417 - 472.

<sup>149</sup> BAILLIET, C. “The Strategic Prudence of the Inter-American Court of Human Rights: Rejection of Requests for an Advisory Opinion”, *Brazilian Journal of International Law* 15, nº 1, 2018, pp. 255-77.

humanos y el fomento de la democracia. Para explicar su afirmación, esta autora pone varios ejemplos, entre los que queremos destacar el del derecho al debido proceso en relación con el juicio político realizado a la ex presidenta de Brasil, Dilma Rousseff.

El Secretario General de la OEA solicitó a la Corte Interamericana una opinión consultiva sobre el derecho al debido proceso de la entonces Presidenta Dilma Rousseff, durante el proceso de acusación. La convocatoria del Secretario General de la OEA a la Corte IDH puso de relieve la gravedad de la situación. Pese al reconocimiento de la Corte IDH por el papel que desempeña frente a la impunidad y como defensora del derecho a un debido proceso, el tribunal rechazó la solicitud. El 23 de junio de 2016, la Corte fundamentó su rechazo en el hecho de que, si dictara una opinión consultiva, estaría dando una opinión prematura dado que el caso podía ser aún objeto de un proceso contencioso y que el asunto aún no se había resuelto a nivel nacional. La Corte también recordó al Secretario General que el artículo 20 de la Carta Democrática Interamericana reconoce específicamente que le corresponde al Secretario General de tomar medidas para abordar este tipo de cuestiones, por lo que no veía razones para dictar una opinión consultiva. Ni la OEA, ni la Corte IDH, pusieron en movimiento sus funciones. Para esta autora, este caso pone de relieve una posible tensión entre la doctrina del control de convencionalidad y la limitación de la competencia consultiva de la Corte<sup>150</sup>.

A modo de conclusión, podemos afirmar que la jurisprudencia de la Corte IDH integra la normativa de derechos humanos de aplicación obligatoria

---

<sup>150</sup> *Ibidem*.

para los Estados Parte en la Convención y es parte de lo que se ha denominado el *acquis conventionnel*<sup>151</sup>.

#### **1.4. LA FUNCIÓN ARMONIZADORA DE LA CIDH**

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se caracteriza por establecer una garantía mínima y colectiva. Los tratados en la materia representan el reconocimiento de un mínimo de derechos y libertades de los seres humanos, pero que no pretende agotar el catálogo de derechos que merece ser protegido<sup>152</sup>.

La Convención Americana responde a ese criterio y sólo se erige en salvaguarda mínima común a la que los Estados se obligan al convertirse en Parte del tratado, pero ello no impide que el derecho interno reconozca una protección mayor; únicamente se constituye en el límite mínimo de los derechos que el Estado debe proteger y garantizar. Esta noción está vinculada al carácter complementario de los sistemas de protección internacional con respecto del derecho de los Estados, y funciona como una garantía adicional a la que están obligados los Estados.

Como señala SALVIOLI, los tratados regionales en materia de derechos humanos no regulan derechos y obligaciones recíprocos entre Estados, sino un mínimo de prerrogativas que les corresponden a los individuos que residen en

---

<sup>151</sup> SAIZ ARNAIZ, A., *La Apertura Constitucional al Derecho Internacional...*, op.cit., p. 138.

<sup>152</sup> NIKKEN, P., "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, núm. 72, 1989, p. 24.



el territorio de los Estados partes en dicho convenio<sup>153</sup>. Por esta razón, cuando la Corte IDH lleva a cabo su labor de interpretar y aplicar la Convención como intérprete auténtica, lo que hace es concretar el estándar mínimo de protección que los Estados deben garantizar para cumplir con sus obligaciones internacionales. En este sentido, y como ha señalado FERRER MACGREGOR,

“la eficacia interpretativa de la norma convencional debe entenderse como la posibilidad de lograr una efectividad regional estándar mínima de la Convención Americana para ser aplicable por todas las autoridades nacionales”<sup>154</sup>.

Esta característica de garantía mínima viene recogida en el artículo 29 de la CADH, que establece que ninguna de sus disposiciones será interpretada en el sentido de limitar los derechos en mayor medida que la prevista en ella<sup>155</sup>, o excluir otros derechos y garantías inherentes al ser humano, como tampoco “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”<sup>156</sup>.

Esta disposición es una manifestación del principio *pro-homine*, característico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en virtud del cual, entre dos normas aplicables a un caso debe escogerse aquella que

---

<sup>153</sup> SALVIOLI, F., “Postulados emergentes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al Derecho Internacional Público”, 1997, p. 141 <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/1798> (consultado por última vez el 13/04/2019).

<sup>154</sup> FERRER MAC-GREGOR, E., “Eficacia de la Sentencia Interamericana y la Cosa Juzgada Internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (res interpretata)”, FERRER MAC-GREGOR, E. y HERRERA GARCÍA, A. (coord.), *Diálogo Jurisprudencial*, op. cit., p. 639.

<sup>155</sup> ART. 29.1 CADH

<sup>156</sup> Art. 29 b), c), d) CADH. Así lo ha manifestado la Corte IDH en *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 51 y 52.

sea más garantista o la interpretación que sea más favorable para la salvaguarda de los derechos. Cuando se trate de limitaciones o suspensión del ejercicio de estos derechos, debe acudirse a la interpretación o norma que sea menos restrictiva, es decir, se persigue siempre la protección más amplia de la persona<sup>157</sup>, principio que está en directa relación con el objeto y fin de la Convención: la eficaz protección del ser humano<sup>158</sup>.

Así, si un Estado Parte otorga una protección más amplia que la proporcionada por la Convención Americana, será aquella la que prevalezca. Lo único que no le es permitido al Estado es rebajar el límite de protección reconocido en la CADH (lo que incluye la interpretación de la Corte)<sup>159</sup>. Así, al interpretar la CADH, la Corte IDH cumple con la labor de ayudar a los Estados a cumplir con sus obligaciones, señalándoles cuál es el mínimo estándar que garantiza la Convención Americana y que se han obligado a cumplir, en virtud del artículo 1.1 y 2 de la Convención.<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> PINTO M., “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (comp.), *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Ed. del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997, p. 163.

<sup>158</sup> Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 173; *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 52; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 77; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 59.

<sup>159</sup> COSSÍO VILLEGAS, J.R., “Los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Fundamentales y el Principio Pro Homine”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n° 247, 2007.

<sup>160</sup> FERRER MAC-GREGOR, E., “Eficacia de la Sentencia Interamericana y la Cosa Juzgada Internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata)...” *op. cit.*, p. 639 – 641.

## 1.5. LOS EFECTOS *ERGA OMNES* DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

Según el diccionario jurídico de Oxford, son obligaciones *erga omnes* aquellas en cuyo cumplimiento todos los Estados tienen un interés legal, porque su objeto es de importancia para la comunidad internacional en su conjunto. El incumplimiento de tal obligación preocupa no solo al Estado victimizado sino también a todos los demás miembros de la comunidad internacional. Así, en caso de incumplimiento de estas obligaciones, debe considerarse justificado que todo Estado invoque la responsabilidad del Estado que cometió el hecho internacionalmente ilícito. Uno de los ejemplos clásicos de obligación *erga omnes*, afirmado expresamente por la Corte Internacional de Justicia en 1995 es el derecho de un pueblo a la libre determinación<sup>161</sup>.

En el desarrollo de las sentencias de la Corte IDH, el efecto de cosa juzgada vincula únicamente a las partes en el litigio y solo en relación con el caso objeto de la decisión. La obligación derivada de este efecto consiste en el cumplimiento de la parte decisoria de la sentencia y la vinculación con respecto de los fundamentos de la decisión<sup>162</sup>.

Por el contrario, en virtud del efecto de cosa interpretada, la interpretación contenida en una sentencia trasciende el caso concreto y produce una eficacia *erga omnes* hacia todos los Estados Parte de la

---

<sup>161</sup> "Erga Omnes". En A Dictionary of Law, editado por Jonathan Law. Oxford University Press, 2018. <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780198802525.001.0001/acref-9780198802525-e-2133>. *East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I. C.J. Reports 1995*.

<sup>162</sup> ESPINO CORTÉS, H., *En torno a la ejecución de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Mayor de San Marcos, 2005, pp. 7 -8. <http://www.alfonsozambrano.com/memorias/estudiantes/comision1/Ponencia12.doc> (consultado por última vez el 04/03/2019)

Convención<sup>163</sup>, de forma que, aunque un Estado no haya sido parte en el litigio, queda vinculado por la interpretación contenida en el pronunciamiento, y todos sus órganos internos están obligados a aplicarla<sup>164</sup>.

De acuerdo con SAIZ ARNAIZ, la “cosa interpretada” genera un efecto vinculante para todos los Estados Parte del Convenio en relación con la jurisprudencia generada por el tribunal internacional cuando interpreta sus disposiciones<sup>165</sup>.

Si la Corte IDH es el intérprete auténtico de la Convención Americana y esta labor es la que permite establecer el contenido y alcance de los derechos consagrados en dicho tratado, que se caracteriza por constituir el estándar mínimo de garantía, la obligación de acatamiento también<sup>166</sup> se deriva de los artículos 1.1<sup>167</sup> y 2<sup>168</sup> de la Convención, en virtud de los cuales los Estados se

---

<sup>163</sup> FERRER MAC-GREGOR, E., “Eficacia de la Sentencia Interamericana y la Cosa Juzgada Internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata)...” *op. cit.*, p. 634.

<sup>164</sup> GARCÍA RAMÍREZ, S., “Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tribunales Nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2008, vol. 41, no 122, p. 1107-1116.

<sup>165</sup> En este caso se refiere a la jurisprudencia del TEDH en relación con el CEDH. SAIZ ARNAIZ, A., “El Convenio de Roma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la cultura común de los derechos fundamentales en Europa”, *Revista Jurídica de UCES*, 2009, p. 174. [http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/708/El\\_convenio\\_de\\_Roma.pdf?sequence=1](http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/708/El_convenio_de_Roma.pdf?sequence=1) (consultado por última vez el 21/04/2019)

<sup>166</sup> Esto es adicional al otorgamiento de competencia para interpretar y aplicar la Convención Americana y Otros Tratados, consagrado en los artículos. 62.1, 62.3 y 64 de la CADH y el respeto al cumplimiento de los fallos de la Corte señalado en el art. 68, que habíamos mencionado anteriormente.

<sup>167</sup> Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

<sup>168</sup> Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención,

comprometieron a respetar y garantizar los derechos y libertades, así como a adoptar las medidas legislativas u otras necesarias para hacer efectivas las disposiciones de la Convención en el derecho interno.

Así, los Estados que actúen de forma contraria a la interpretación establecida por la Corte IDH estarán incumpliendo sus obligaciones y comprometiendo su responsabilidad internacional, que podría ser objeto de una denuncia que, a su vez, podría llegar ante la Corte IDH con base en esa actuación.

Al respecto se ha ido consolidando una sólida jurisprudencia en la Corte IDH que también podemos constatar en su homólogo europeo. Así, en el caso *Marckx v. Bélgica* el TEDH señaló que era inevitable que sus decisiones tuvieran efectos más allá del caso particular, dado que las violaciones de los derechos humanos se derivaban directamente de las disposiciones jurídicas impugnadas en ese caso<sup>169</sup>. Por su parte, en la sentencia del caso *Barrios Altos*, la Corte IDH señaló que los fundamentos de la misma tienen un efecto *erga omnes*, no sólo en el caso concreto, sino para todo el derecho interno del Estado<sup>170</sup> y aludió a las obligaciones generales para todos los Estados Parte con base en ese caso concreto. Así, señalaba que todos los Estados que

---

las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

<sup>169</sup> TEDH, *Caso Marckx v. Bélgica*, sentencia de 13 de junio de 1979, serie A, nº 31, párr. 58.

<sup>170</sup> HITTERS J.C., “Un avance en el Control de Convencionalidad. El Efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana”, *Pensamiento Constitucional* N° 18, 2013, p. 319-320; Corte IDH, *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75; *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, *Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71 y *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No.104.

adopten leyes de “autoamnistía” (como había hecho el Estado peruano), incurren en violación de la Convención, y que dichas leyes son inadmisibles<sup>171</sup>.

Posteriormente, en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte reiteró lo que ya había dicho en la sentencia del *caso Barrios Altos* sobre las leyes de “autoamnistía”, añadiendo que los jueces internos tienen la obligación de realizar un control de convencionalidad tomando en consideración no sólo el tratado sino la interpretación que de él haya hecho la Corte Interamericana<sup>172</sup>.

Esta jurisprudencia se consolida definitivamente a propósito del *caso Gelman vs. Uruguay*, cuando la Corte se pronuncia en Resolución 20 de marzo de 2013 de Supervisión de cumplimiento de la sentencia, y en respuesta a los argumentos de la Suprema Corte Uruguaya, señalando lo siguiente:

“ (...) en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas<sup>173</sup>, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus

---

<sup>171</sup> Corte IDH, *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 43

<sup>172</sup> Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

<sup>173</sup> En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que ‘el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley’. Otros tribunales nacionales se han ido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales”, Corte IDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 239.

respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”<sup>174</sup>.

Igualmente, la Corte señaló lo siguiente:

“La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”.

Podemos concluir que el efecto interpretativo *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte se deriva de los propios efectos de la Convención Americana sobre los Estados por el hecho de ser Parte en ella y como consecuencia de la obligación de respeto y garantía de los derechos, así como

---

<sup>174</sup> Corte IDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución del 20 de marzo de 2013, párr. 69.

del compromiso de adecuación del orden interno para cumplir con las obligaciones internacionales adquiridas, en directa relación con la competencia otorgada por la Convención a la Corte como intérprete auténtico de dicho instrumento internacional.

## **1.6. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO EXPRESIÓN ÚLTIMA DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH**

El control de convencionalidad es un mecanismo mediante el cual se revisa la compatibilidad de una norma de derecho interno o una actuación del Estado con la Convención Americana<sup>175</sup>. Su progresiva implantación en el ordenamiento regional ha sido fundamental para fortalecer la protección de los derechos humanos, aunque ha sido objeto de numerosas críticas por su posible “intervencionismo” en los órdenes jurídicos internos<sup>176</sup>.

El control de convencionalidad se fundamenta en la obligación de los Estados establecida en el art. 2 de la CADH de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención. Tiene por objeto asegurar la aplicación armónica de la legislación

---

<sup>175</sup> PELAYO MOLLER, C. M., “González-Domínguez, Pablo, the doctrine of conventionality control. Between uniformity and legal pluralism in the Inter-American Human Rights System”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2019, vol. 19, pp. 571-574.

<sup>176</sup> En este sentido, *cf.* CONTESSE, J. “The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights”, *International Journal of Constitutional Law* 15, nº 2, Abril de 2017, pp. 414-35 y CONTESSE, J. “The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine”, *The International Journal of Human Rights* 22, nº 9, 2018, pp. 1168-91. En sentido contrario, *cf.* CAROZZA, P. G., y GONZÁLEZ, P. “The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A Reply to Jorge Contesse”, *International Journal of Constitutional Law* 15, nº 2, 2017, pp. 436-42.



vigente y preservar la primacía del orden jurídico internacional de derechos humanos a nivel local. Es parte fundamental del proceso de internacionalización de los mecanismos de protección de los derechos humanos. En el Sistema Interamericano cada Estado se compromete a respetar los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y reconoce la competencia de ciertos órganos supranacionales (la Comisión y Corte Interamericana), que son responsables de revisar la efectividad de tales derechos en las jurisdicciones nacionales.

Como hemos reiterado en los apartados precedentes, la Convención Americana establece que la Corte Interamericana es el órgano competente para entender de todos los casos de interpretación y aplicación de las disposiciones de la misma que le sean sometidos y para declarar si ha existido violación de alguna de las disposiciones de la Convención y, en caso de que esto suceda, establecer la obligación del Estado de garantizar al afectado el goce de los derechos vulnerados, y, en su caso, el derecho a la reparación.

Hasta la implantación de la doctrina del control de convencionalidad la Corte IDH no había hecho referencia clara al carácter vinculante de su jurisprudencia para todos los Estados Parte en la Convención Americana, aunque como señala BAZÁN<sup>177</sup>, de hecho venía ejerciendo dicho control desde sus primeras sentencias y opiniones consultivas<sup>178</sup>.

---

<sup>177</sup> BAZÁN, V., "El Control de Convencionalidad", BAZÁN, V. y NASH, C. (eds.) *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, El Control de Convencionalidad*, Konrad Adenauer – Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Bogotá, 2011, p. 24.

<sup>178</sup> Corte IDH, "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.

La expresión fue usada por primera vez por el magistrado GARCÍA RAMÍREZ en el voto razonado del *caso Myrna Mack Chang v. Guatemala*, en referencia a la potestad de la Corte de revisar todos los actos del Estado<sup>179</sup>, y la desarrollaría en posteriores votos individuales, a través de los cuales afirma la potestad de la Corte IDH de verificar si los hechos internos (legislación y acciones del Estado) son compatibles con la Convención Americana. Es el caso, por ejemplo, de su voto razonado en el *caso Vargas Areco v. Paraguay*:

“La Corte Interamericana, que tiene a su cargo el ‘control de convencionalidad’ fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede, ni pretende -jamás lo ha hecho-, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno. La expresión de que el Tribunal interamericano constituye una tercera o cuarta instancia, y en todo caso una última instancia, obedece a una percepción popular, cuyos motivos son comprensibles, pero no corresponde a la competencia del Tribunal, a la relación jurídica controvertida en éste, a los sujetos del proceso respectivo y a las características del juicio internacional sobre derechos humanos.

Valga, para estos fines, el cotejo con la misión de un tribunal de constitucionalidad, que tampoco podría absorber el conocimiento de la contienda civil o penal, en sus casos, sino sólo examinar la conformidad del proceso y de las decisiones correspondientes con la Constitución nacional. Otro tanto ocurre con la Corte Interamericana. Esta sólo puede confrontar los hechos internos -leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo- con las normas de la Convención

---

<sup>179</sup> Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101. Voto razonado del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 27

y resolver si existe congruencia entre aquéllos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza (...)”<sup>180</sup>.

Tal y como señalaba este magistrado, esta construcción suponía el ejercicio del control de convencionalidad por parte de la Corte IDH como si esta fuera una suerte de Tribunal constitucional internacional,

“En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados -disposiciones de alcance general- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la ‘constitucionalidad’, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la ‘convencionalidad’ de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción

---

<sup>180</sup> Corte IDH, *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 150. Voto razonado del juez GARCÍA RAMÍREZ, párrs. 6 y 7. Otros votos razonados en los que GARCÍA RAMÍREZ se refiere de forma más amplia a la expresión “control de convencionalidad” fueron pronunciados en los casos *López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141 y *Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía”<sup>181</sup>.

Sin embargo, cuando la Corte IDH adoptó este concepto estableció que dicho control tiene dos dimensiones: una externa, que realiza la propia Corte IDH, y una dimensión interna o “control difuso de convencionalidad”<sup>182</sup>, que debe realizarse a nivel nacional, abordando a tal efecto la cuestión de la obligatoriedad de su propia jurisprudencia.

El control en sede internacional o dimensión externa, lo realiza la Corte al decidir en un caso concreto si en el derecho interno se han adoptado o no las medidas necesarias para hacerlo compatible con la Convención. Es un control que realiza en ejercicio de su competencia contenciosa y en virtud del cual puede ordenar la modificación o anulación de las normas o prácticas internas contrarias a la Convención o que se tomen las medidas pertinentes para que el orden interno sea compatible con la CADH.

Por otra parte, el control difuso se explica en el ya mencionado caso *Almonacid Arellano v. Chile*, en el que la Corte IDH se pronuncia sobre la ley de amnistía que cubría los crímenes de lesa humanidad perpetrados en el marco de la dictadura de Pinochet en el periodo 1973-1978. En esta sentencia hace suya la expresión “control de convencionalidad”, para señalar que los jueces nacionales deben realizar un control entre la normativa interna a aplicar

---

<sup>181</sup> Corte IDH, *Caso Tibi V. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 3.

<sup>182</sup> FERRER MAC-GREGOR, E. “El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional”, FIX-ZAMUDIO, H., y VALADÉS, D. (coords.), *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, El Colegio Nacional-UNAM, México, 2010, pp. 173 y ss.

en cada caso y la Convención Americana que permita el cumplimiento de las obligaciones contraídas como Estados Parte en la CADH.

Así, ante el hecho de que el poder legislativo chileno había promulgado normas contrarias a la Convención, la Corte IDH afirmó que todos los poderes del Estado están obligados por los tratados internacionales que el mismo ha ratificado, de forma que los jueces deben abstenerse de aplicar normas incompatibles con la CADH, que, por esta razón, carecen de validez. La Corte decidió que los jueces no debían haber aplicado la ley de “autoamnistía”, y que, en consecuencia, debían investigar los crímenes de lesa humanidad.

La Corte IDH desarrolla en esta sentencia la doctrina del control de convencionalidad concebido no sólo como un mecanismo de control concentrado que realiza en ejercicio de su competencia contenciosa, sino apuntando a una segunda dimensión, el “control difuso” que se debe realizar en sede nacional por todas las autoridades del Estado. Este nuevo tipo de control, señala FERRER MAC-GREGOR<sup>183</sup>, no encuentra su base en el texto de la Convención, sino que es resultado de la “evolución jurisprudencial” de la Corte IDH, cuya esencia se puede encontrar en el siguiente párrafo de la sentencia mencionada:

“(…) cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de

---

<sup>183</sup> FERRER MAC-GREGOR, E., “El Control difuso de convencionalidad...”, *op. cit.*, p. 178

efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...)”<sup>184</sup>.

Este deber de los órganos internos de verificar la compatibilidad de la normativa interna con la CADH lleva a la Corte IDH a afirmar de forma clara, por primera vez, el carácter vinculante de su jurisprudencia, aclarando que en el ejercicio del control de convencionalidad debe realizarse teniendo en cuenta no solo el texto de la Convención, sino también, y muy especialmente, la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH:

“En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”<sup>185</sup>.

De esta forma, el parámetro de control no es únicamente el texto de la Convención, sino la exégesis hecha por la Corte IDH. Es importante reiterar que la Corte no distingue entre la jurisprudencia de sus sentencias y opiniones consultivas<sup>186</sup>, de forma que ambas conforman el canon interpretativo.

---

<sup>184</sup> Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

<sup>185</sup> Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 176; y *Caso Cabrera García y Montiel Flores v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 225

<sup>186</sup> Esto es considerado por SAGÜES como una interpretación mutativa por adición que la Corte IDH ha hecho sobre el Pacto de la CADH, agregando algo al Pacto aunque el texto no haya sido modificado. SAGÜES, N., “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1, 2010, p 125.

El control de convencionalidad se ha venido asimilando a un “bloque de constitucionalidad”, que ha sido desarrollado por países como Colombia, que tiene por objeto establecer el estándar mínimo interamericano de protección<sup>187</sup>. En esta línea, CANÇADO TRINDADE señala, en su voto disidente a la sentencia de interpretación del *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*<sup>188</sup>, que hay una constitucionalización de los tratados de Derecho Internacional en el sentido de que éstos construyen un orden jurídico constitucional de respeto de los derechos humanos en el plano internacional, lo que, unido al control de convencionalidad, contribuye a alcanzar un orden público internacional de mayor cohesión en la protección de los derechos humanos.

Este magistrado entiende que la obligación establecida en el art. 2 de la CADH permite la “constitucionalización” de la Convención Americana, por lo que, en su opinión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos vendría a operar a modo de un Tribunal Constitucional Internacional cuya jurisprudencia determinaría el contenido y alcance de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención y que sería obligatoria para los jueces internos con la misma fuerza que la de las Cortes constitucionales internas.

Laurence BURGORGUE-LARSEN se pregunta si la Corte IDH podría ejercer el papel de “guardián de la Constitución”, es decir, si tendría la última palabra a la hora de garantizar la coherencia del sistema constitucional, que en

---

<sup>187</sup> FERRER MAC GREGOR, “El Control Difuso de Convencionalidad...”, *op. cit.*, p. 178.

<sup>188</sup> Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) V. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158. Voto razonado del juez CANÇADO TRINDADE.

este caso sería el Sistema Interamericano. Para responder a esta pregunta utiliza un enfoque funcional haciendo especial hincapié en las funciones de control y sus efectos, concluyendo que, con las lógicas limitaciones, la Corte IDH, en el ejercicio de sus competencias tanto consultiva como contenciosa, realiza realmente las funciones de un Tribunal Constitucional.

En este sentido, señala que la Corte IDH ha realizado un control abstracto de las normas en su función consultiva y un control concreto en el ejercicio de su jurisdicción, tanto de normas constitucionales (*caso La Última Tentación de Cristo v. Chile*) como de leyes ordinarias -un buen ejemplo de ello son las leyes de “autoamnistía” mencionadas (*Casos Barrios Altos, La Cantuta y Almonacid Arellano* entre otros)-, y aunque existen algunas limitaciones, entre las que debe destacarse que la Corte no tiene el poder de invalidar la legislación interna cuando es contraria a la Convención, los efectos del control pueden ser asimilables si se consideran los mecanismos de interpretación conforme o la inaplicación de la norma que emplean muchos órdenes constitucionales, y, en especial, los de control concentrado<sup>189</sup>.

Para SAGÜÉS<sup>190</sup>, el control ejercido sobre las Constituciones nacionales atribuye la condición de supraconstitucional a la Convención Americana, y desde esa perspectiva, la Corte IDH es un órgano de cierre del sistema en materia de derechos fundamentales, cuya jurisprudencia tiene un valor igual al del texto convencional. En su opinión, los Estados están obligados por la

---

<sup>189</sup> BURGORGUE-LARSEN, L. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional”, *Working Papers on European Law and Regional Integration*, 2014, vol. 22, p. 1-28.

<sup>190</sup> SAGÜÉS, N., “Obligaciones Nacionales y Control de Convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, Año 8, n° 1, 2010, pp. 117- 136.



jurisprudencia de la Corte IDH en procesos en los que no han intervenido, incorporando la dinámica del precedente jurisprudencial estadounidense<sup>191</sup> y, a la postre, más que ante el control de convencionalidad, nos encontraríamos ante un control de “supraconstitucionalidad”.

En cuanto a los efectos del control, FERRER MAC-GREGOR<sup>192</sup> ha señalado que el control difuso de convencionalidad se puede ejercer en diferentes grados y presenta distintas formas de realización, dependiendo del sistema de cada Estado. Así, señala que en el primer grado está la interpretación conforme a la que están obligados todos los jueces. Consiste en hacer una interpretación de la norma interna de acuerdo con el texto del tratado, los Protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte IDH, siempre aplicando el principio *pro homine* para garantizar la mayor protección del derecho reconocido. El segundo grado sólo se ejerce cuando no se puede preservar la norma en el sistema por la vía de la interpretación conforme. En este supuesto, un juez interno puede inaplicar la norma en el caso concreto o declarar la invalidez con efectos *erga omnes*, si tiene competencia para ello, caso en el que encontraríamos a los tribunales constitucionales<sup>193</sup>.

---

<sup>191</sup> SIRVENT, GUTIERREZ, C., *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Editorial Porrúa, México, D.F., 2007.

<sup>192</sup> Corte IDH, *Caso Cabrera y Montiel v. Estados Unidos Mexicanos*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220. Voto razonado del juez FERRER MAC-GREGOR, párr. 41.

<sup>193</sup> En el mismo sentido, SAGÜÉS señala que, por analogía con las prácticas de control constitucional, la interpretación conforme es un buen mecanismo para evitar declarar la invalidez sin que contraríe la Convención o la interpretación de la Corte IDH y hacer menos conflictivo el control de convencionalidad. SAGÜÉS, N., “Obligaciones Nacionales y Control de Convencionalidad”, *op. cit.*, p. 130. Sobre otras formas de aplicación del control de convencionalidad “difuso” véase: LUCCHETTI, A. J., “Los Jueces y algunos Caminos del Control de Convencionalidad”, ALBANESE, S. (Coord.), *El control de convencionalidad*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, pp. 144.

Tal y como señala BURGORGUE-LARSEN, esta obligación presentada en dos niveles, acerca la función y los efectos de la jurisprudencia de la Corte IDH a las de un Tribunal Constitucional; y si bien la propia Corte no puede declarar la invalidez de la norma, esta función se traslada en forma de obligación a los jueces nacionales, con lo cual, de forma indirecta, la declaración de inconvencionalidad tiene efectos similares a los de la inconstitucionalidad<sup>194</sup>.

En la sentencia *Rosendo Radilla Pacheco v. Estados Unidos Mexicanos*, la Corte IDH acoge la tesis de la interpretación conforme, al expresar que no es necesario modificar la Constitución mexicana si la interpretación de la normativa interna se ajusta a la jurisprudencia establecida por la Corte IDH.

“(…) es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso.

Bajo ese entendido, este Tribunal considera que no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”<sup>195</sup>.

En palabras de PIOVESÁN, “el sistema regional interamericano simboliza la consolidación de un ‘constitucionalismo regional’, que objetiva la

---

<sup>194</sup> BURGORGUE-LARSEN, L. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos...”. Op cit.

<sup>195</sup> Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs Estado Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209. párrs. 338 – 340.

salvaguarda de los derechos humanos fundamentales en el plano interamericano”<sup>196</sup>.

En nuestra opinión, la evolución jurisprudencial del control de convencionalidad, con algunas limitaciones ya mencionadas, atribuye funciones similares a los de un Tribunal Constitucional a la Corte IDH. La Convención Americana, completada por su desarrollo jurisprudencial, constituye la base mínima de protección, y cumple tanto la función de incentivar avances en el plano local como la de impedir retrocesos en la protección de los derechos.

El caso *Gelman v. Uruguay* sirve para ilustrar esta afirmación. La Corte IDH consideró que la Corte Suprema de Justicia de Uruguay realizó un adecuado control de convencionalidad<sup>197</sup> en el caso *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet* de 2009, al señalar, con respecto al referéndum a favor de la Ley de Caducidad, que dejaba impunes las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la dictadura uruguaya, que,

“el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”<sup>198</sup>.

---

<sup>196</sup> PIOVESAN, F. “Fuerza integradora y catalizadora del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: desafíos para la formación de un constitucionalismo regional”, VON BOGDANDY, A., FERRER MAC-GREGOR, E., MORALES ANTONIAZZI, M.(coord.), *La Justicia Constitucional y su Inter Nacionalización. ¿Hacia un Jus Constitutionale Commune en América Latina?*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D.F., 2010, p. 441.

<sup>197</sup> Corte IDH, *Caso Gelman V. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221. párr. 239.

<sup>198</sup> Corte IDH, *Caso Gelman V. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221. párr. 239. Nota nº 298 de la sentencia.

La tutela de los derechos fundamentales a través del Control de Convencionalidad (concentrado o difuso) como límite incluso de las mayorías que han tomado una decisión mediante el uso de mecanismo de democracia directa constituye una muestra de la expansión en términos operativos del Control de Convencionalidad.

En este sentido, Domenico GIANNINO entiende que los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a renunciar, en el caso concreto, a las normas nacionales contrarias a las obligaciones convencionales, sin que necesariamente se deba proceder a su invalidación. En estos casos, los jueces estarían obligados a apartar del ordenamiento jurídico la norma no convencional, porque los derechos convencionales son un estándar mínimo de protección que constituye un orden público interamericano común que un Estado parte no puede violar. Además, la función represiva del control de convencionalidad, consistente en la inoperancia de las normas nacionales no convencionales, coincide con un efecto positivo o constructivo de dicho control, que promueve la interpretación de las normas jurídicas nacionales en armonía con la Convención y la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>199</sup>.

Según GIANNINO, el papel tanto de los jueces nacionales como de la Corte IDH como guardianes del constitucionalismo transnacional latinoamericano abraza la idea de una fuerte relación mutua entre la protección de los derechos humanos y la globalización judicial. Las constituciones nacionales ya no son un simple documento, sino más bien una recopilación de

---

<sup>199</sup> GIANNINO, D., "Are we looking up or are we looking out? The transnational constitutionalism of the Inter-American Court of Human Rights: conventionality control and the fight against impunity", *Transnational Legal Theory* 10, nº 1, 2019, pp. 6-29.

los textos constitucionales y los tratados de derechos humanos de los que los tribunales son intérpretes y protectores. La dilución de la soberanía estatal, de hecho, otorga a los jueces nacionales y supranacionales un papel regulador en el panorama constitucional transnacional, que se caracteriza por la ausencia de un orden jurídico unitario y una jerarquía de normas, por competencia y conflicto entre ordenamientos jurídicos, donde el principio de obediencia es reemplazado por el principio de observancia<sup>200</sup>.

Como hemos visto hasta aquí, un numeroso grupo de autores celebra abiertamente el avance que supone la doctrina del control de convencionalidad. Pero como ya hemos avanzado, es un debate aún abierto. Partimos de la idea de que los derechos humanos son universales e inalienables y de que para su protección y aplicación no basta la interpretación que hace la Corte IDH, sino que se requiere de un sistema de complementariedad judicial en el orden local. La Declaración Universal de Derechos Humanos y los principales instrumentos de derechos humanos, tanto a nivel universal como regional, se crearon como fuentes de principios y reglas que deben cobrar vida en una variedad de formas diferentes dentro de cada Estado; su realización se presenta de manera inextricable en sociedades, leyes e instituciones políticas concretas. Los Estados tienen un importante grado de libertad para determinar libremente cómo se incorporan los derechos humanos regionales a sus leyes, políticas y prácticas.

Entre quienes critican esta doctrina, CONTESSE considera imprescindible que los Estados posean un espacio significativo de

---

<sup>200</sup> *Ibidem*.

autodeterminación constitucional dentro del sistema interamericano, y, en especial, en los Estados con instituciones políticas democráticas saludables y un estado de derecho consolidado. En su opinión, la doctrina del control de convencionalidad no tiene una base jurídica sólida, de lo que considera una prueba el hecho de que la Corte IDH tardara más de dos décadas en “descubrir” la obligación de las autoridades nacionales de ejercerlo. Además, considera que la Corte Interamericana no tiene en cuenta la existencia de diferentes modelos constitucionales (por ejemplo, modelos difusos, concentrados y mixtos de revisión judicial), al pretender dar a los jueces nacionales el poder de ignorar la legislación local cuando esté en conflicto con las interpretaciones la Corte Interamericana, sin tener en cuenta si estos jueces poseen o no ese poder en virtud de las Constituciones nacionales de sus respectivos Estados. Finalmente, considera que la Corte IDH parece perder de vista la separación que existe entre el derecho internacional y el derecho interno al pretender limitar la libertad de los Estados<sup>201</sup>. Como solución a esta cuestión este autor propone un diálogo interjurisdiccional entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de forma que no solo los tribunales nacionales deban seguir los patrones interpretativos de la Corte Interamericana, sino que la Corte también deba tomar en consideración las “observaciones y sugerencias” que puedan hacer los tribunales de cada país. En resumidas cuentas, este autor critica a la Corte IDH por pretender establecer un enfoque de arriba hacia abajo y reclama una retroalimentación compartida.

---

<sup>201</sup> CONTESSE, J. “The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Cour...op cit.

CAROZZA y GONZÁLEZ comparten con CONTESSÉ que el control de convencionalidad es todavía una idea en proceso de cambio y que existen importantes aspectos no resueltos y controvertidos de sus fundamentos normativos y efectos legales<sup>202</sup>. Reconocen que ninguna disposición de la CADH ni de otro tratado del sistema interamericano establece expresamente la obligación internacional de toda autoridad estatal de interpretar el derecho interno de acuerdo con el llamado *Corpus Juris* Interamericano, o de abstenerse de aplicar una ley si no es posible una interpretación válida. Sin embargo, la implantación de la doctrina del control de convencionalidad, y, por tanto, de cada uno de sus componentes técnicos, es el resultado de una interpretación progresiva e innovadora de los artículos 1.1 y 2 de la CADH y de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuyos efectos alcanzan al poder judicial y están plenamente consolidados en el caso *Almonacid Arellano v. Chile*, donde, como hemos visto, la Corte aplica el control de convencionalidad entendiendo que los mencionados artículos 1.1 y 2 de la CADH deben orientar la conducta de las autoridades nacionales para asegurar la vigencia de los instrumentos internacionales, y evitar que estos sean invalidados por la aplicación de leyes y prácticas internas contrarias al objeto y fin de la Convención Americana<sup>203</sup>.

En nuestra opinión, no es cierto que, como señala CONTESSÉ, la doctrina del control de convencionalidad confiera poderes a los jueces nacionales para obviar la legislación interna que esté en conflicto con la CADH

---

<sup>202</sup> CAROZZA, P, y GONZÁLEZ, P., "The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A Reply to Jorge Contesse", *op. cit.*

<sup>203</sup> *Ibidem.*

y las interpretaciones de la Corte Interamericana, sin tener en cuenta y respetar los diferentes sistemas de revisión judicial constitucional existente en cada Estado. Al contrario, esta fue precisamente la cuestión que abordó la Corte apenas dos meses después de la decisión en *Almonacid Arellano*, al afirmar que el control de convencionalidad debe ser ejercido por los jueces *en el contexto de sus respectivas esferas de competencia y de la normativa procesal correspondiente*. En efecto, los jueces deben ejercer el control de convencionalidad en función de las facultades que les confieren las leyes nacionales. Esas normas internas podrían establecer un sistema difuso de control constitucional, pero no necesariamente lo hacen, y es claro que la doctrina del control de convencionalidad no requiere que lo hagan. Lógicamente, el control de convencionalidad operará de manera diferente en los diversos sistemas judiciales de los Estados<sup>204</sup>.

En opinión de quienes critican la doctrina del control de constitucionalidad, el hecho de que un Estado haya ratificado la Convención Americana no puede conllevar la obligación de sus jueces de garantizar que sus disposiciones prevalezcan sobre las normas internas. El deber de ejercer el control de convencionalidad por parte del poder judicial de los Estados Partes implica que las normas convencionales deben prevalecer en el ámbito interno sobre las leyes ordinarias, por lo que se les debe otorgar jerarquía suprallegal y, tal vez, incluso constitucional. En opinión de ORUNESU, el fundamento de la supremacía de las normas convencionales sobre cualquier disposición de la legislación nacional, incluidas las constitucionales, no puede basarse en

---

<sup>204</sup> *Ibidem*.



disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, porque el alcance de esta convención se limita a la responsabilidad de los Estados *en el ámbito internacional*, y por ello, sus disposiciones no pueden afectar a la jerarquía normativa de las convenciones de derechos humanos en el derecho interno. La Corte Interamericana exige que se atribuya la máxima jerarquía normativa a las disposiciones convencionales, incluso por encima de las normas constitucionales, pero, en opinión de esta autora, las normas internacionales no pueden ocupar una jerarquía superior en los sistemas internos, incluso sobre las normas que otorgan a los órganos internos la facultad de celebrar, en nombre del Estado, tratados internacionales. La vigencia de las normas convencionales depende, por su naturaleza, de la voluntad concurrente de los Estados que ratifican los tratados. Una lectura estricta de la doctrina del control de convencionalidad tendría como consecuencia que la validez de todas las normas internas de cada Estado Parte dependiera, a su vez, de su conformidad con las disposiciones de la Convención, cuando, además, ningún artículo de la Convención establece tal jerarquía. En opinión de esta autora, una mera construcción de la Corte Interamericana no puede tener tal efecto, ya que no tiene competencia para modificar el derecho interno de los Estados Partes, y menos aún en el caso de sus disposiciones constitucionales<sup>205</sup>.

Como se puede apreciar el debate sobre el alcance, los límites, aciertos y desaciertos del control de convencionalidad sigue abierto, lo que es lógico si tenemos en cuenta que se trata de una doctrina relativamente reciente y en un

---

<sup>205</sup> *Ibidem*.

contexto regional lleno de contradicciones en materia de protección de los derechos humanos. Sin embargo, más que un rechazo frontal, parece que las críticas tienen como objetivo final proteger y fortalecer tanto la Convención como las interpretaciones de la Corte IDH, para que estas complementen y refuercen la protección de los derechos humanos en los ordenamientos nacionales.

En nuestra opinión, la transformación del derecho nacional como consecuencia de la cada día más fuerte influencia del Derecho internacional y la globalización del derecho en los ordenamientos de los Estados ha tenido un impacto que difícilmente será posible volver a las herméticas fronteras del siglo XIX. La práctica de los Estados confirma que los sistemas regionales son determinantes para garantizar la protección de los derechos humanos, y en este sentido, la doctrina del control de convencionalidad está llamado a jugar un papel clave en todo el continente americano y su progresiva aceptación va en la dirección de la consolidación del constitucionalismo regional, con las características que ya explicamos en los acápites anteriores.

## **CAPÍTULO II. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERAMERICANO EN EL DERECHO COLOMBIANO**

La búsqueda de la armonización entre la soberanía nacional de los Estados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituye una de las principales transformaciones del siglo XX, y su consolidación, el reto del siglo XXI. La apertura de las fronteras y la protección de los derechos fundamentales ha sido un proceso complementario en el que ha sido posible avanzar en Colombia gracias a la constitucionalización de los derechos humanos, a lo que ha contribuido también la introducción de cláusulas de apertura. Sin embargo, no ha sido un proceso sencillo, principalmente porque hasta 1991 el país se regía por una Constitución conservadora, y porque el Estado colombiano, importante vulnerador de derechos humanos, no contaba con normas ni mecanismos que permitieran a los órganos internos aplicar el DIDH.

En el primer capítulo destacamos que la ola de democratización en el continente, que tenía como fondo los principios ideológicos de internacionalización y pacifismo<sup>206</sup>, le llevó a un nuevo escenario en el que la protección de los derechos humanos se convirtió en un elemento central de las nuevas Constituciones aprobadas poco después de dicho cambio. Esto sucedió incluso en países como Colombia, que habían mantenido aunque fuera tan solo

---

<sup>206</sup> LAPORTA, F.J., “El pacifismo jurídico y la teoría del Derecho Internacional”, *Nuova serie Annali*, 6, 2016, [http:// journals.openedition.org/tp/636](http://journals.openedition.org/tp/636) (consultado por última vez el 12/10/2020). Estos principios se instauraron después la segunda guerra mundial pero su adopción en el continente no se hizo posible debido a la turbulenta situación política que en un contexto de guerra fría tuvo como resultado la instauración de número importante de dictaduras caracterizadas por un fuerte nacionalismo.

formalmente, un sistema democrático. La transformación del Estado y sus instituciones a través de las nuevas Constituciones permitió que las normas internacionales de derechos humanos y la jurisdicción internacional tuvieran un impacto sobre el ordenamiento interno y sobre la acción estatal, lo que era favorecido por el anhelo de que los horrores de las dictaduras y/o conflictos armados internos no se volvieran a repetir, de que los Estados incrementaran el respeto a los derechos fundamentales y, por último, como un mecanismo de control sobre los diferentes gobiernos, con independencia de su tendencia política tanto en el plano nacional como internacional, ya que los derechos humanos se han convertido en un factor importante de la diplomacia y la política internacionales<sup>207</sup>.

Como consecuencia de la ola neoconstitucionalista, a la que nos hemos referido anteriormente, las Constituciones pasaron a ser instrumentos materiales situados en la cúspide de la pirámide jurídica de los Estados del continente<sup>208</sup>. Incluso antes de que las dictaduras se multiplicaron por toda la región, la cultura jurídica del continente, incluida Colombia, era principalmente la del Estado de derecho, por lo que el nivel de constitucionalización del derecho era reducido. Durante el siglo XIX y principios del XX el Estado de derecho no se concebía desde la Constitución, que tenía solo un carácter político; no tenía un peso específico en el funcionamiento del sistema jurídico,

---

<sup>207</sup> LÓPEZ-MEDINA, D. E., y SANCHEZ-MEJIA, A. L., “La Armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Derecho Penal colombiano”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2008, nº 12, pp. 318-351, [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1692-81562008000100012&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-81562008000100012&lng=en&nrm=iso) (consultado por última vez el 17/10/2020).

<sup>208</sup> BERNAL-PULIDO, C., *El Neoconstitucionalismo y la Normatividad en el Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 19 – 38.

ya que ni siquiera se podía invocar en un proceso legal. Adicionalmente, este hecho conllevaba que las Constituciones no impusieran límites a los poderes, lo que facilitó la instauración de regímenes totalitarios<sup>209</sup>.

En Colombia, la adopción de la Constitución de 1991 significó la constitucionalización del derecho con la correspondiente supremacía de esta norma y, en consecuencia, los derechos fundamentales allí reconocidos comenzaron a tener un efecto vinculante para todos los poderes del Estado, con la consiguiente obligación de respeto y garantía. El texto constitucional otorgó una jerarquía especial a los tratados de derecho internacional que hasta ese momento eran incorporados como leyes con su mismo rango jurídico y sin ningún impacto en la estructura del orden nacional. La Constitución de 1886 y sus reformas se caracterizaron por su nacionalismo en relación con el reconocimiento de los derechos de los individuos, y no hubo ninguna apertura al movimiento de internacionalización que se produjo en el mundo tras la Segunda guerra mundial<sup>210</sup>. Aunque el país ya había incorporado algunos de los principales tratados universales y regionales de derechos humanos, esto sucedió en un momento en que el nivel de respeto de dichos derechos era muy bajo. Por ello, su adopción fue más bien retórica y en abierta discrepancia con las políticas de seguridad nacional y la tendencia de las cortes internas.

A principios de los años noventa en el contexto internacional se produjo, por un lado, la caída del bloque soviético, lo que flexibilizó las políticas de seguridad nacional del continente, y, por otra, la transición democrática en

---

<sup>209</sup> LÓPEZ-MEDINA, D. E., y SANCHEZ-MEJIA, A. L. *La Armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos...*, op.cit.

<sup>210</sup> CAMARGO, P. P., *Crítica a la Constitución Colombiana de 1886*, Bogotá, Temis, 1987.

muchos países de la región con un clamor social por el respeto a los derechos humanos que puso la mirada en el DIDH. Pero en Colombia se afrontaban diversos y complejos fenómenos sociales como el narcotráfico, que puso en jaque al gobierno, la persecución política de los movimientos de izquierda, y un uso excesivo del Estado de sitio<sup>211</sup>. Esto generó una fuerte contestación social en reclamación de un nuevo pacto que superara la violencia crónica y la crisis institucional que vivía el país.

Los estudiantes lideraron lo que se conoció como “el movimiento de la séptima papeleta”, cuyo objetivo principal era que el gobierno convocara una asamblea constitucional que reformara la Carta Política de 1886<sup>212</sup>. La fuerza del movimiento forzó al gobierno a apoyar la iniciativa e iniciar un proceso democrático que desembocó en la elección de una Asamblea Constituyente que no se limitó a modificar la Carta anterior, sino que elaboró una nueva

---

<sup>211</sup> El país se encontraba en una situación crítica marcada por una violenta guerra entre los cárteles del narcotráfico que llenó de terror las calles de las principales ciudades del país (Bogotá, Medellín y Cali); el movimiento paramilitar se empezaba a consolidar, lo que derivó en un aumento del conflicto en las zonas rurales; las tasas de homicidios eran la más alta del mundo, y seis guerrillas trataban de derrocar al gobierno. En tan sólo un periodo de tres años cuatro importantes candidatos a la presidencia fueron asesinados, tres de ellos de movimientos de izquierda: Jaime Pardo Leal (1987) Luis Carlos Galán (1989), Bernardo Jaramillo (1990) y Carlos Pizarro (1990).

<sup>212</sup> LEIVA-RAMÍREZ, E., GUILLERMO-JIMÉNEZ, W., y MENESES-QUINTANA, O., “Los derechos fundamentales de la Constitución Política de 1991 como resultado de un proceso constituyente deliberativo”, *Revista Derecho del Estado*, 2019, no 42, p. 149-180.

Después de la ‘Marcha del silencio’, en agosto de 1989, como repudio al asesinato del candidato a la presidencia Luis Carlos Galán por orden del narcotraficante Pablo Escobar, los universitarios colombianos se unieron para formular la propuesta de convocar una constituyente. El movimiento fue denominado “la séptima papeleta” porque en las elecciones de 1990 estaba prevista a elección de senadores, representantes de la Cámara, diputados de asambleas locales, concejales municipales, alcaldes y al candidato presidencial del Partido Liberal. Seis papeletas para seis elecciones. Lo estudiantes pidieron a los votantes que incluyeran una papeleta más, “la séptima”, que no estaba prevista y que se repartió informalmente en las calles para que la gente la depositara en las urnas. Aunque no fue posible establecer cuántas de dichas papeletas fueron depositadas, tuvo el impacto suficiente para que el Presidente decretara un estado de sitio que permitió la organización de un plebiscito en el que se le preguntó a la población si quería que se convocara una asamblea para reformar la Constitución vigente. El 27 de mayo 5.236.863 votaron a favor de dicha asamblea y tan sólo 230.080 en contra.

Constitución, con la expectativa de que ésta reflejara un nuevo pacto social del que eran parte todos los sectores de la sociedad, incluidos los grupos armados, y que fuera la norma suprema del Estado.

La inclusión de una Carta de derechos fundamentales con garantías para su eficacia fue el reflejo de una demanda social y política acorde con la concepción de lo que suponía ser una democracia en aquel momento. De esta forma se consagró la supremacía de los derechos fundamentales y sus mecanismos de protección. Esa construcción político-normativa supuso que desde ese momento la actuación de los poderes públicos se regiría por ese marco normativo. La consagración de dichos derechos estuvo acompañada por una importante apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se incluyeron en el texto constitucional cláusulas de remisión expresa a instrumentos internacionales de derechos humanos, favoreciendo así la internacionalización del derecho colombiano, cuya expresión más concreta se encuentra en la creciente armonización con el sistema regional de protección<sup>213</sup>. Por esta vía los tratados de derechos humanos, como la Convención Americana, alcanzaron jerarquía constitucional y con ello, la interpretación que de ellos hacen los órganos autorizados comenzó a incidir en el ordenamiento interno.

Es cierto, como veremos a continuación, que el proceso no ha estado exento de dificultades y frecuentes avances y retrocesos, pero la evolución del

---

<sup>213</sup> FAJARDO ARTURO, L. A., "Derecho Internacional de los Derechos Humanos como fuente principal del derecho colombiano", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 43, nº 118, enero-junio de 2013, pp. 239-272, [Dialnet-EIDerechoInternacionalDeLosDerechosHumanosComoFuen-4828851.pdf](#) (consultado por última vez el 17/10/2020).

ordenamiento colombiano, en relación con la vinculatoriedad de los efectos interpretativos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es constatable en las diferentes posiciones asumidas por la Corte Constitucional colombiana cuando ha interpretado los artículos constitucionales en los que se establece el lugar que corresponde a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el derecho interno.

Si bien la posición de la Convención Americana en el ordenamiento colombiano no determina de forma definitiva la incidencia de la jurisprudencia interamericana en las sentencias del Tribunal Constitucional, se trata de un aspecto significativo, pues cuando se ha considerado como obligatoria o relevante lo ha sido con base en la interpretación de la posición otorgada por la Constitución a la Convención. Según MAUÉS, esta tendencia es producto del estatus constitucional de los tratados de derechos humanos; el uso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para controlar la convencionalidad del derecho interno, la aplicación del principio de interpretación consistente y una postura de convergencia o compromiso con el Derecho internacional llevan a los tribunales nacionales a reconocer la obligación de seguir o, al menos, considerar la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>214</sup>.

En los epígrafes que siguen vamos a analizar, en primer lugar, los presupuestos normativos que han determinado la recepción y jerarquía de la Convención Americana en el ordenamiento colombiano, y posteriormente, la

---

<sup>214</sup> MAUÉS, A. M. y otros. "Judicial dialogue between national courts and the Inter-American Court of Human Rights: A Comparative Study of Argentina, Brazil, Colombia and Mexico", *Human Rights Law Review*, nº 7, enero de 2021, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngaa047>. (consultado por última vez el 15/03/2021)



evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con la vinculatoriedad de los efectos interpretativos de la jurisprudencia de la Corte IDH.

## **1. LA RECEPCIÓN Y JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO COLOMBIANO**

La autorización para ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos fue aprobada por el Congreso colombiano mediante la *Ley 16 de 1972*. La efectiva ratificación se produjo en 1973. Sin embargo, como el resto de tratados en materia de derechos humanos ratificados por Colombia antes de la Constitución de 1991, tuvo una exigua aplicación por los órganos judiciales, pues se consideraba que para que una ley que aprueba tratados pudiera ser aplicada debía ser desarrollada por una norma reglamentaria<sup>215</sup>. Sin embargo, a partir de la Constitución de 1991, y, en especial, a partir del desarrollo del articulado que ha hecho la Corte Constitucional mediante la institución del bloque de constitucionalidad, dichos tratados son considerados como parte de la Constitución y, por tanto, los órganos judiciales deban aplicarlos en esa calidad.

---

<sup>215</sup> UPRIMNY, R., "Estado de sitio y Tratados Internacionales: una crítica a la jurisprudencia constitucional de la Corte", en GALLÓN, G. (Comp.), *Guerra y Constituyente*, Bogotá, Comisión Andina de Juristas, 1991. Este autor hace un análisis de la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia sobre el tema y pone de relieve que aun cuando la Constitución de 1886 no señalaba un estatus superior, la Corte Suprema tenía herramientas jurídicas para conceder a los tratados de derechos humanos un valor superior al de las leyes.

Con anterioridad a la Constitución de 1991, para que un tratado firmado por el ejecutivo pudiera ser ratificado era necesaria la autorización del Congreso, mediante la aprobación de una ley. Sin embargo, el tratado no se consideraba parte del ordenamiento interno hasta que fuera integrado en éste mediante una ley en el sentido material, de forma que, hasta ese momento, y tras la ratificación, las normas contenidas en el tratado podían tener validez ante los sujetos de Derecho internacional, pero no tenían efectos en el ámbito interno, por lo que era posible la coexistencia del tratado y de una norma interna contraria al mismo.

A partir de la nueva Constitución, el procedimiento anterior a la ratificación es el mismo (el Congreso adopta una ley aprobatoria del tratado)<sup>216</sup>, pero se suprime la necesidad de integrar la norma mediante una ley ordinaria posterior a la ratificación, aunque se produce el control previo o automático de constitucionalidad<sup>217</sup>.

En Colombia la política exterior está en las manos del presidente de la República, quien representa los intereses del país en el exterior. La Constitución de 1991 dispone en su artículo 189 que le corresponde al presidente de la República, como Jefe de Estado, dirigir las relaciones internacionales, nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del

---

<sup>216</sup> Constitución Política de Colombia, arts. 150 numeral 16 y 224; Ley 5<sup>o</sup> de 1992, art. 217.

<sup>217</sup> *Ibid.*, art. 241 numeral 10.

Congreso<sup>218</sup>. Esta aprobación se hace de conformidad con los presupuestos establecidos en el artículo 150.6 de la Constitución. No obstante, según el artículo 224 de la Carta, el presidente de la República podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales que así lo dispongan. En este caso, tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente, deberá enviarse al Congreso para su aprobación.

Para que el presidente pueda obligar internacionalmente a Colombia es necesario que el Congreso apruebe el tratado mediante una ley y que la Corte Constitucional verifique la compatibilidad del tratado con las normas superiores. Para que un Estado quede obligado por un Tratado, de conformidad con el artículo 11 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido”. En resumen, la ley 7 de 1944 señala que los

---

<sup>218</sup> Así lo ratifica la Corte Constitucional en la sentencia C – 710 – 1998, que posteriormente reiterará en los fallos C – 363 - 2000, C – 962 - 2003 y C – 533 – 2004, al afirmar que la voluntad de celebrar un tratado está expresada en un primer momento en la iniciativa y la negociación por parte del Presidente, quien actúa así en virtud de su investidura como Jefe de Estado y director de las Relaciones Internacionales. La sentencia C – 344 - 1995 afirmó lo siguiente: “La atribución constitucional es exclusiva del Presidente y también lo son las responsabilidades que contrae internamente por los derroteros que trace en cuanto a las relaciones de Colombia en el plano externo, así como por los compromisos que en virtud de esa política contraiga. De allí resulta que el Presidente de la República deba gozar de plena autonomía para decidir cuándo entrar en negociaciones en torno a determinado tema internacional del interés de Colombia, en qué oportunidad celebrar un tratado o convenio y cuáles habrán de ser los términos del mismo, sin que deba contar con la previa aquiescencia, autorización o mandato de otra rama del Poder Público. En tal sentido, sería inconstitucional una norma de la ley mediante la cual el Congreso de la República pretendiera interferir en el ámbito de competencia propio del Jefe del Estado, impartándole órdenes para celebrar un cierto tratado o para impedirle que lo haga, o concediéndole autorizaciones que no requiere para tales fines”.

tratados no se considerarán en vigor mientras no hayan sido perfeccionados por el Gobierno mediante el canje de instrumentos, el depósito de los instrumentos de ratificación u otra formalidad equivalente. En el ordenamiento interno colombiano, para que un tratado entre en vigor, este se debe aprobar mediante una ley; una vez revisada por la Corte Constitucional y declarada exequible se procederá a la ratificación. Una vez en vigor, su contenido deberá respetarse en virtud del principio de *pacta sun servanda*.

No existe en el Derecho colombiano una norma que establezca la forma en que se deben aprobar los tratados internacionales<sup>219</sup>. El único mandato existente es el establecido por el artículo 204 de la ley 5a de 1992, y consiste en la obligación de presentarlo al Senado; es decir, por medio de proyectos de ley, y siguiendo la vía legislativa ordinaria (artículos 157, 158, 160 y 165 de la Constitución Política de 1991). En todo caso, existen límites constitucionales que impiden al Senado realizar modificaciones al contenido de dichos tratados, que debe aprobarlos o rechazarlos en bloque, aspecto que -aunque no es un tema relevante en relación con la presente Tesis Doctoral- ha generado importantes críticas en relación con la incidencia política dentro de la política exterior y la posibilidad que tienen sus representados de contribuir a la incorporación del Derecho internacional al ordenamiento nacional<sup>220</sup>.

---

<sup>219</sup> GARCÍA ORJUELA, C. "Competencias del Congreso de la Republica, en materia de tratados internacionales. Procedimiento y características de la aprobación de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico colombiano", *Colombia Internacional*, nº 61, 2005, pp. 148-61.

<sup>220</sup> GONZÁLEZ, G. "Límites del Congreso de Colombia en la aprobación de tratados internacionales", Repositorio Institucional Universidad Santo Tomás, 2015. <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/278> (consultado por última vez el 10/11/2020)

La función de la Corte Constitucional, según la Carta Superior, es preservar la integridad y supremacía de la Constitución de 1991, y para ello deberá revisar el contenido de la norma aprobada por el Congreso<sup>221</sup>. En la Sentencia C-578 de 2002, señala lo siguiente:

“El control de constitucionalidad que ejerce la Corte es, además, tanto de carácter formal como material. Según lo prescrito en el artículo 241 numeral 10 Superior, el control formal de constitucionalidad que la Corte ejerce sobre los tratados internacionales y las leyes que los aprueban, se dirige a verificar el trámite seguido durante la negociación y firma del tratado –esto es, el examen de la validez de la representación del Estado colombiano en los procesos de negociación y celebración del instrumento y la competencia de los funcionarios intervinientes– así como la formación de la ley aprobatoria en el Congreso y la debida sanción presidencial del proyecto correspondiente. En cuanto al examen de fondo, éste consiste en juzgar las disposiciones del texto del tratado internacional que se revisa y el de su ley aprobatoria, respecto de la totalidad de las disposiciones del Ordenamiento Superior, para determinar si las primeras se ajustan o no a la Constitución Política, independientemente de consideraciones de conveniencia y oportunidad, las cuales son extrañas al examen que le compete efectuar a la Corte Constitucional”<sup>222</sup>.

Por otro lado, dado que la norma por la que se aprueban los tratados tiene rango de ley, en principio, los tratados tienen ese mismo rango de ley, por

---

<sup>221</sup> GARCÍA, H.A. “Control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia”. *Estudios Constitucionales* 4, nº 2, 2006, 55-584; POLO ELMIR, F., *El proceso constitucional de aprobación de tratados internacionales: estudio comparado de las constituciones de Colombia, Ecuador y México*, Tesis de máster, Universidad Andina Simón Bolívar, 2009.

<sup>222</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C – 578 – 02, C – 863 – 2004 y C-127 – 2013.

lo que están jerárquicamente por debajo de la Constitución. Pero la jurisprudencia constitucional ya consolidada ha establecido que la Convención Americana sobre Derechos Humanos forma parte de la Constitución colombiana, por medio de la figura del bloque de constitucionalidad, por lo que tiene el mismo nivel jerárquico, es obligatoria para todos los órganos del Estado y es parámetro de las acciones de constitucionalidad y tutela.

Pero no siempre fue así. Así, si bien la Constitución de 1991 supuso una apertura importante al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, pues mediante diversas normas le otorgó fuerza jurídica dentro del sistema interno, la redacción en algunos casos imprecisa del articulado generó dudas acerca del alcance de dichas normas, y especialmente sobre cuál era el lugar de los tratados de derechos humanos en el orden interno.

El artículo 93 de la Constitución, tal vez el más significativo en la materia<sup>223</sup>, se compone de dos enunciados normativos:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en

---

<sup>223</sup> En el mismo sentido de apertura de la Constitución al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el artículo 94 establece: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. Aunque este precepto permite incorporar a la Constitución derechos no expresamente mencionados en ella, la Corte Constitucional nunca los ha incluido con base exclusivamente en este artículo. El artículo 214 prohibió la suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y afirmó la necesidad de respetar el Derecho Internacional Humanitario en estados de excepción, y además señaló que: “Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales”.

esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

La frase “prevalecen en el orden interno” generó la primera dificultad. Se preguntaba la Corte si era posible que los tratados a los que se refería el primer apartado del art. 93 prevaleciesen sobre la Constitución, teniendo en cuenta que el art. 4 afirma que: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

La aparente contradicción que reflejaban estas dos normas fue resuelta por la Corte Constitucional acudiendo a la figura del bloque de constitucionalidad, entendiendo que los tratados internacionales a los que se refiere el primer párrafo del artículo 93 se convertían en parte integrante de la Constitución y que, por tanto, tenían el mismo nivel jerárquico:

“...el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*”.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de Derecho Internacional Humanitario (CP

arts. 93 y 214.2) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad" cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución como norma de normas (CP art. 4), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).

Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del Derecho Internacional Humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores<sup>224</sup>.

De esta forma, la Corte usa la figura del bloque de constitucionalidad, proveniente del Derecho francés, para armonizar las dos normas en aparente contradicción. Así, como señala RAMELLI, la figura del bloque de constitucionalidad vino a armonizar el principio de primacía del Derecho internacional con el de supremacía constitucional<sup>225</sup> y demostró que la Constitución Política se adapta a la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

Debe destacarse que, como resultado de un proceso de actualización histórica del país y de su sociedad, la Constitución de 1991 encuentra en dicha figura la sintonía con las normas supranacionales del derecho convencional

---

<sup>224</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C – 225 – 1995 y C – 067 – 2003.

<sup>225</sup> RAMELLI, A. "Sistema de fuentes del derecho internacional público y Bloque de constitucionalidad en Colombia", *Cuestiones Constitucionales* n° 11, julio - diciembre de 2004, p. 158.



contenidas en tratados, convenios y pactos internacionales sobre derechos humanos. Además, es permeable también a decisiones de organismos judiciales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o instancias convencionales (verbigracia, Comité de Derechos Civiles y Políticos/ONU) o extraconvencionales estatuidas en los sistemas regionales o el sistema global para la protección de derechos humanos en lo que se ha denominado el constitucionalismo multinivel o constitucionalismo supranacional<sup>226</sup>, que se basa en la interpretación funcional, sistemática e integradora de tales normas foráneas, dándoles cabida y aplicación, con idéntica (o superior) jerarquía a la Constitución nacional por parte de los tribunales constitucionales del país de que se trate.

La introducción de esta nueva figura en el Derecho colombiano presentó ambigüedades en su aplicación. Así, en algunas sentencias la Corte utilizó el concepto de bloque de constitucionalidad para hacer referencia a aquellas normas que tenían rango constitucional, pero otras veces lo utilizó para

---

<sup>226</sup> Diversas discusiones se vienen presentado sobre la transformación del derecho constitucional en clave de constitucionalismo multinivel o supranacional que son hechos relevantes sobre la globalización del derecho como articulación y permeabilidad de los órdenes nacional e internacional. Entre otros autores encontramos a GILL, S. y CUTLER, A., *New Constitutionalism and World Order*, Cambridge University Press, 2014, <https://doi.org/10.1017/CBO9781107284142>; JOERGES, C., y PETERSMANN, E.U., *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and International Economic Law*, Series Studies in International Trade Law, v. 12. Hart Publishing, Oxford, 2011; PETERSMANN, E.U. *Multilevel Constitutionalism for Multilevel Governance of Public Goods: Methodology Problems in International Law*, Hart Publishing, London, 2017; ARMAS, D.S. “La protección de las minorías: un desafío en clave de constitucionalismo multinivel”, *Revista de Derecho Político* 1, n.º 106, 2019, pp. 199-250. COELHO, S.O.P. y VAS, L., “Constitucionalismo multinivel, transconstitucionalismo e interconstitucionalismo, una crítica de tres modelos posibles para la comprensión de los fenómenos de integración e intercambio constitucional en Iberoamérica”, *VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Bogotá. 2015*; CRUZ, A. H. “La protección de los derechos humanos a través del constitucionalismo multinivel en México”, *Métodos, Revista Electrónica de Investigación Aplicada en Derechos Humanos de la CDHDF*, n.º 16 <http://revistametodhos.cd hdf.org.mx/> (consultado por última vez el 03/06/2019); PAGLIARINI, A. C., “O papel do estado no tratado de lisboa e a intensificação do constitucionalismo supranacional europeu”, *Revista Argumentum-Argumentum Journal of Law*, 2019, vol. 10, pp. 69-88.

referirse a normas que servían como parámetro para ejercer el control de constitucionalidad, aunque no tuvieran rango constitucional, por lo que fue necesario que la Corte hiciera precisiones sobre su función.

Por otra parte, no estaba claro qué normas pertenecían al bloque de constitucionalidad. En un primer acercamiento a la cuestión, la Corte señaló la existencia de un bloque en *sentido estricto* y otro en *sentido lato*<sup>227</sup>, diferenciando las normas que, sin aparecer en el texto constitucional, tienen rango constitucional (sentido estricto) de otras que sirven de parámetro de constitucionalidad de las leyes, pero que no tienen tal rango constitucional (sentido lato).

Esta aclaración era especialmente relevante en materia de tratados, puesto que no estaba claro si el artículo 93 otorgaba rango constitucional a todos los tratados de derechos humanos o sólo a los derechos que no eran susceptibles de ser limitados en estados de excepción. En términos de la Convención Americana, significaba que sólo tenían rango constitucional los derechos a los que se refiere su artículo 27.2:

“3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.

---

<sup>227</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencias C – 191 – 1998 y C – 358 – 1997.

En una primera etapa, la Corte colombiana consideró que, de acuerdo con la redacción del artículo 93 de la Constitución, sólo tenían rango constitucional las normas contenidas en tratados internacionales referentes a derechos que no podían ser limitados en estados de excepción, pues sólo de esas normas predicaba la Constitución que prevalecían en el orden interno, y solo ellas podían integrar el bloque de constitucionalidad en sentido estricto<sup>228</sup>.

Así, la Corte señaló lo siguiente:

“El artículo 93 constitucional no se refiere a todos los derechos humanos consagrados en los tratados y convenios internacionales en sí mismos y de por sí, sino a éstos cuando tales instrumentos internacionales "prohiben su limitación en los estados de excepción", es decir, que para que tenga lugar la prevalencia o superioridad de los tratados y convenios internacionales en el orden interno, es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción”.

Pese a ello, esta interpretación era contraria al contenido del segundo párrafo del artículo 93, que señala claramente que los derechos y deberes de la Constitución debían ser interpretados de acuerdo con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, de modo que si un ciudadano interpusiera una acción de tutela por violación de un derecho recogido en un tratado de derechos humanos, el juez estaría obligado por mandato de la propia Constitución a interpretar dicho derecho de acuerdo con el tratado internacional correspondiente.

---

<sup>228</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 295 – 1993.

La Corte Constitucional cambió su postura por medio de su sentencia T-1319 de 2002, en la que tuvo que determinar si el artículo 13 de la Convención Americana sobre libertad de expresión formaba parte del Bloque de constitucionalidad. La Corte colombiana afirmó a partir de su jurisprudencia que para que una norma pudiera ser integrada en el Bloque era necesario que hubiese una remisión expresa dentro del texto constitucional, y consideró que existía una auténtica remisión constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos en el segundo párrafo del artículo 93.

La Corte consideró que su anterior interpretación era restrictiva, y que, en realidad, el artículo 93 recoge dos formas de remisión a normas que están fuera de la Constitución, con diferentes condicionantes: mientras el primer párrafo permite la inclusión de derechos que no estén contemplados en la Constitución, el segundo exige que el derecho o deber contemplado en el tratado internacional, tenga su equivalente en el texto constitucional,

“El artículo 93 de la Constitución contempla dos hipótesis normativas distintas. Cada una de las hipótesis establece mandatos de incorporación al bloque de constitucionalidad, de alcance diferente. El inciso primero incorpora, por vía de prevalencia, los derechos humanos que no pueden limitarse bajo estados de excepción. La norma constitucional no establece relación alguna entre normas constitucionales y las disposiciones que se incorporan al ordenamiento jurídico nacional. De ahí que pueda inferirse que se integran al bloque de constitucionalidad inclusive derechos humanos no previstos en la Constitución, que cumplan con el requisito mencionado. El inciso segundo, por su parte, ordena que los derechos y deberes previstos en la Constitución se interpreten de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos

humanos ratificados por Colombia. Así, esta vía de incorporación está sujeta a que el derecho humano o el deber, tengan su par en la Constitución, pero no requiere que el tratado haga referencia a un derecho no suspendible en estados de excepción. La Corte concluye que el artículo 93-2 constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos”<sup>229</sup>.

El desarrollo jurisprudencial que ha hecho la Corte Constitucional colombiana respecto de los tratados sobre derechos humanos en Colombia de los que este Estado es parte, tiene como consecuencia que dichos tratados ratificados por el Estado:

- Tienen rango constitucional.
- Sirven como parámetro para decidir la constitucionalidad de las normas.
- Son aplicables para decidir en relación con recursos tutelados (recurso de amparo) interpuestos por los ciudadanos para proteger sus derechos fundamentales.

En relación con las normas que integran el bloque de constitucionalidad, UPRIMNY afirma que en sentido estricto son: el Preámbulo, el articulado constitucional, los tratados de límites ratificados por Colombia, los tratados de derecho humanitario, los tratados ratificados por Colombia que reconocen

---

<sup>229</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia, Sentencia T-1319 – 2002.

derechos intangibles, los artículos de los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta Constitucional, la doctrina elaborada por los tribunales internacionales en relación con esas normas internacionales y finalmente, los convenios de la OIT y la doctrina elaborada por los órganos de control de esa organización internacional. Además, este autor incluye en el mencionado bloque las leyes estatutarias y las leyes orgánicas, en las cuestiones pertinentes<sup>230</sup>.

En consecuencia, cabe afirmar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos cumple con los requisitos establecidos por el art. 93 de la Constitución, y, por tanto, forma parte del bloque de constitucionalidad y tiene rango constitucional, por lo cual tiene aplicación directa en los mismos términos que cualquier otra norma comprendida en el texto constitucional.

### **1.1. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CCC**

La noción de jurisprudencia tiene al menos dos significados bien diferenciados, en sentido amplio como ciencia, teoría o filosofía del derecho y, en sentido restringido, como doctrina que establecen los jueces en el orden nacional e internacional. Sin embargo, cuando se quieren caracterizar terminan encontrándose, de manera que, ambos sentidos cobran relevancia para el presente capítulo, toda vez que la jurisprudencia de la Corte IDH y la Corte

---

<sup>230</sup> UPRIMNY, R. "El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal", *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, Oficina Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2001.

Constitucional de Colombia, terminan por producir interpretaciones normativas concretas, articulado a cuestiones abstractas del derecho. Dejar sentados ambos significados es importante para el presente apartado.

En sentido amplio, la jurisprudencia puede comprenderse como el análisis teórico de las cuestiones jurídicas al más alto nivel de abstracción<sup>231</sup>. Para FABRA-ZAMORA, la jurisprudencia tiene un papel determinante en los procesos de globalización del derecho que, desde su enfoque amplio, debería transformarse para captar y explicar todas las formas de relaciones sociales y los diferentes fenómenos legales que las regulan, sin privilegiar las perspectivas y herramientas occidentales, precisamente, porque muchos de los procesos de 'globalización' tienen lugar a niveles sub-globales. Idea muy cercana al pluralismo jurídico que se refiere más comúnmente a escenarios de interacción entre más de una forma de fenómenos legales. En el presente caso, se trata de un tipo de 'pluralismo legal' entendido como la interacción estatal y transnacional de los derechos humanos que muchas veces, incluso en el mismo continente, se superponen, entran en conflicto, se adaptan, se refuerzan mutuamente. Desde esta perspectiva, una tarea clave de la jurisprudencia es resolver cuestiones doctrinales acerca de estas interacciones que no pueden tratarse adecuadamente con enfoques centrados en el

---

<sup>231</sup>. "Jurisprudence", *A Dictionary of Law*. Oxford University Press, 2018. <https://www.oxfordreference.com/> Según esta fuente, la jurisprudencia puede distinguirse tanto de la teoría jurídica como de la filosofía del derecho que surgen dentro o están implícitas en disciplinas legales sustantivas. La teoría legal se usa a menudo para denotar investigaciones teóricas sobre el derecho más allá de los límites del derecho como lo entienden los abogados profesionales (por ejemplo, el análisis económico del derecho o la teoría jurídica marxista). La filosofía del derecho intenta desentrañar el tipo de problemas que podrían preocupar a los filósofos morales o políticos, como los conceptos de libertad o autoridad

Estado<sup>232</sup>. En resumidas cuentas, se trata de una actividad que toma una perspectiva geocultural y cognitiva de teorización sobre el derecho, que se ocupa de plantear, analizar, reposar, indagar, investigar, discutir e incluso ofrecer respuestas provisionales sobre problemas jurídicos.

En sentido restringido es, de buena manera, el sentido jurisprudencial amplio pero aplicado a un criterio constante y uniforme del derecho por parte del máximo órgano jurisdiccional de todos los órdenes, y, en consecuencia, aquel al que corresponde la labor de controlar la aplicación del derecho mediante la unificación de los criterios de interpretación de las normas utilizadas por los mismos. El concepto de jurisprudencia en este caso, se refiere al conjunto de pronunciamientos de la Corte IDH y la Corte CC que son los llamados a formar jurisprudencia a través de la uniformidad del derecho, que se logra justamente con la interpretación al caso concreto o al resolver una consulta que se les plantee.

El tercer sentido relevante para el presente apartado es considerar a la jurisprudencia en clave transnacional. Cada vez más el derecho se produce en

---

<sup>232</sup> FABRA-ZAMORA observa que “La palabra ‘Jurisprudencia en sentido amplio tiene muchos significados. Cuatro concepciones particulares del campo: (1) reduccionista; (2) histórico, como un vasto patrimonio (o bazar); (3) ideológico; (4) como actividad inquisitiva. (1) Reduccionista. Intentar construir macroteorías del derecho generales o universalistas buscando adivinar la naturaleza o esencia del derecho o construir o imponer una única concepción maestra del derecho. En su forma más degradada, esto supone que la Jurisprudencia es un tema de una sola pregunta. (2) Ver la jurisprudencia como una vasta herencia de textos e ideas, a veces categorizados artificialmente en escuelas, tradiciones, cánones, ismos o movimientos. (3) Ver la jurisprudencia como ideología, ya sea peyorativamente como un intento de legitimar o justificar el monopolio del poder coercitivo por parte de un estado o el dominio de algún conjunto monolítico de creencias políticas o, más constructivamente, vincular e integrar individual o colectivamente las propias creencias sobre la ley con otras creencias. (4) Ver la jurisprudencia como una teorización sobre el derecho, es decir, como una actividad inquisitiva que se ocupa de plantear, analizar, reposar, indagar, investigar, discutir e incluso ofrecer respuestas (provisionales).” FABRA-ZAMORA J. L., *Jurisprudence in a Globalized World*. Edward Elgar Publishing, 2020, <http://ebookcentral.proquest.com/lib/unsw/detail.action?docID=6124243> (Consultado por última vez el 25/10/2020)



redes de comunidad que pueden ser sub-nacionales, nacionales o transnacionales. La noción de derecho transnacional implica lo sustantivo, lo procedimental, los actores, el conocimiento y los valores que se producen en una interacción más allá de las fronteras del Estado-nación y con actores que no solo son el estatal. A menudo, la regulación se origina fuera de la jurisdicción territorial de los países y son interpretados o validados por autoridades externas a esa jurisdicción. El derecho transnacional incluye todo derecho que regula acciones o eventos que trascienden las fronteras nacionales (o regresan a ellas), generando efectos, y podría dirigirse tanto a actores públicos (estatales y gubernamentales) como privados (no gubernamentales, sociedad civil, individuos)<sup>233</sup>. Aunque algunos autores consideran que el derecho transnacional es conceptualmente distinto del derecho nacional e internacional porque sus fuentes primarias y destinatarios no son agencias del Estado-nación ni instituciones internacionales fundadas en tratados o convenciones, sino actores privados (individuales, corporativos o colectivos) involucrados en actividades transnacionales<sup>234</sup>, no se comparte dicha postura. Sería ilógico pensar que el Estado no es un actor clave de la producción sustantiva y procedimental del derecho transnacional.

Lo que es claro, es que el derecho transnacional se compone de un aspecto sustantivo, que implica la convergencia en una armonización

---

<sup>233</sup> COTTERRELL, R., *Sociological Jurisprudence: Juristic Thought and Social Inquiry*, Routledge, 2017; COTTERRELL, R. "What is transnational law?", *Law & Social Inquiry* 37, nº 2, 2012, pp. 500-524.

<sup>234</sup> ZUMBANSEN P., "Transnational private regulatory governance: ambiguities of public authority and private power", *Law and Contemporary Problems* 76, 1, 2013, pp. 17-38; CALLIESS, G. P. "The Making of Transnational Contract Law", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 14, 2007, pp. 469-84.

universalista o con tendencias de universalización. En este sentido el derecho transnacional apunta a una expansión gradual de la uniformidad jurídica a través de las fronteras nacionales y avanza hacia regímenes jurídicos unificados como es el caso de los derechos humanos.

El derecho transnacional está construyendo un nuevo régimen (o regímenes) de derecho sustantivo que transforma el derecho estatal desde fuera de sus propias fronteras a través de una creciente coordinación y de procedimiento que vincula al estado y otros regímenes legales para servir a las redes transnacionales<sup>235</sup>. Eso significa, que hay una tendencia a la unificación transnacional gradual de la regulación que dispone de un conjunto de pautas, estándares, normas, principios y códigos, junto con procedimientos para la creación, adjudicación y aplicación de normas que son dinamizadas por los Estados como por organismos supranacionales y en los que los individuos también son actores principales, tanto para movilizar el entramado jurídico como destinatarios de dicha transformación.

La jurisprudencia es parte de la transformación del derecho y se instala como un proceso de actuación de los jueces nacionales y supranacionales, en los que casos específicos de ciudadanos se ventilan fuera de las fronteras nacionales. En concreto, la jurisprudencia transnacional en sentido amplio, significa, los desarrollos cognitivos del derecho más allá de la perspectiva local, en los que se producen principios, reglas y valores que operan en una nueva geografía del saber jurídico. Por supuesto, esta dogmática se observa en

---

<sup>235</sup> ROUGHAN, N. *Authorities: Conflicts, Cooperation and Transnational Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

sentido estricto, cuando los jueces y, por tanto, los tribunales nacionales, parecen diluir o confundir las fijas líneas de la jurisdicción nacional por una supranacional que les influencia a través del desarrollo de textos jurídicos supranacionales. Interpretaciones judiciales locales y continentales que se entrelazan cognitivamente, no sin tensiones, y que producen una tendencia, muchas veces conflictiva, de unificación hermenéutica del derecho.

Vale aclarar, que dicha tendencia de universalización de la jurisprudencia, aunque tiene aún en cuenta al Estado y sus tribunales como principales actores, la porosidad de su jurisdicción es un indicador relevante que puede verse en figuras como el control de convencionalidad, en la adopción de las decisiones de la Corte IDH por la Corte colombiana, en el diálogo jurisprudencial que se observará adelante, en los fallos de la Corte Constitucional y en el tipo de decisiones que se influyen mutuamente, aunque en este caso, se concentre el análisis en la recepción del órgano judicial constitucional de Colombia.

El valor jurídico que el ordenamiento colombiano ha otorgado a las decisiones de la Corte Interamericana, varía de acuerdo al tipo de decisión, aunque es cierto que no ha sido uniforme y depende del órgano judicial y el contexto político.

Igualmente es importante distinguir entre las decisiones dictadas por la Corte Interamericana estableciendo la responsabilidad internacional del Estado colombiano por violación a derechos humanos, de otras decisiones de la Corte Interamericana en las que el Estado colombiano no ha sido Parte del proceso, pues mientras que sobre las primeras no hay discusión acerca de su obligatoriedad y sus problemas están más relacionados con su eficacia, en las

segundas no es tan evidente su vinculatoriedad. Por tanto, en las líneas que siguen, vamos a hacer una breve referencia a la posición del Estado colombiano con respecto al cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana y las medidas provisionales, para posteriormente centrarnos en el valor jurídico que se le ha dado a la jurisprudencia en el ordenamiento interno, que es la parte de mayor interés para el estudio que nos ocupa.

### *1.1.1. Las medidas provisionales*

Las medidas provisionales son aquellas de carácter inmediato que dicta la Corte IDH con el fin de proteger a las personas que se encuentran en una situación de extrema gravedad y en riesgo inminente de ser víctimas de una violación de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana y sufrir un daño irreparable.<sup>236</sup> Al respecto, CANÇADO TRINDADE señala que en materia de DIDH las medidas provisionales tienen una especificidad propia, pues no buscan mantener el equilibrio de las partes como ocurre en el derecho procesal, tanto interno como internacional, sino que buscan evitar un daño a la persona humana como sujeto del DIDH. Así,

“(...) en realidad, en el presente dominio, tales medidas, además de su carácter esencialmente preventivo, protegen

---

<sup>236</sup> Vale la pena resaltar un trabajo pionero en el análisis de las medidas provisionales de la Corte IDH realizado por PASQUALUCCI en el cual lleva a cabo un análisis de los antecedentes históricos de dicha figura en la Corte Internacional de Justicia y el sistema europeo de derechos humanos el cual sirvió de modelo para el desarrollo de las medidas en el sistema interamericano. El autor analiza el sustento normativo y su uso en el contexto americano y concluye que estas son obligatorias para los Estados Parte en la Convención. También señala tempranamente que la inclusión de pre-requisitos para su adopción puede restringir su uso, lo que sabemos ahora que no ha sucedido. PASQUALUCCI, Jo M., “Provisional measures in the Inter-American Human Rights System”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 26, nº 4, 1993, pp. 803-64.

derechos fundamentales, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a la persona humana como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En el ámbito de este último, que es esencialmente un derecho de protección del ser humano, las medidas provisionales alcanzan su plenitud, revistiéndose de un carácter, más que cautelar, verdaderamente tutelar”<sup>237</sup>.

En el sistema interamericano estas medidas se encuentran expresamente contempladas en el artículo 63.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece:

“En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

Dichas medidas suponen la garantía de protección que debe ser prestada por el Estado en cumplimiento de una orden de la Corte Interamericana. Las medidas han cumplido una labor determinante para proteger a familiares de presuntas víctimas, testigos, periodistas, candidatos políticos, defensores de derechos humanos, miembros de comunidades indígenas, presos que viven en condiciones deplorables, entre muchos otros. En la gran mayoría de los casos las medidas provisionales se han tomado para proteger el derecho a la vida y a la integridad de individuos y comunidades en

---

<sup>237</sup> CANÇADO TRINDADE, A.A., “Reflexiones sobre el instituto de las medidas cautelares o provisionales de protección: Desarrollos recientes en el plano internacional”, *Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., pp. 343-359, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2562/19.pdf> (consultado por última vez el 30/10/2020).

riesgo inminente, pero la Corte también ha ordenado medidas como la suspensión de la ejecución de una sentencia de un tribunal interno para proteger el derecho a la libre expresión<sup>238</sup> o interrumpir el trámite legislativo de una iniciativa de ley para garantizar el acceso a la justicia<sup>239</sup>.

Una particularidad del sistema regional americano con respecto de otros como el que regula la CIJ o el europeo<sup>240</sup>, es que la Corte IDH puede ordenar medidas incluso en asuntos que aún no están bajo su conocimiento, como lo señala el referido art. 63.2, aunque la Comisión Interamericana ha adoptado la facultad de dictar “medidas cautelares” cuando los casos están bajo su estudio. La flexibilidad de esta competencia ha otorgado gran amplitud a las providencias que ha dictado la Corte, llegando a dictar medidas no sólo a petición de la Comisión o las víctimas sino *motu proprio*<sup>241</sup>, aunque esto ha sido excepcional.

HERRERA y HAECK, afirman que, a lo largo de su jurisprudencia, la Corte Interamericana ha mantenido retóricamente que sus medidas provisionales son vinculantes. Sin embargo, cuando la Corte se enfrentó a una situación de incumplimiento, solo estableció la ‘agravación’ del derecho sustancial que se encontró violado por el Estado miembro, evitando así

---

<sup>238</sup> Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa respecto Costa Rica*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 2001.

<sup>239</sup> Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal, Caso Molina Theissen y otros 12 Casos Guatemaltecos Vs. Guatemala*. Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de marzo de 2019.

<sup>240</sup> ARIAS RAMÍREZ, B., “Las medidas provisionales y cautelares en los sistemas universal y regionales de protección de los derechos humanos”, *Revista IIDH*, Vol. 43, 2006, pp. 79 – 158.

<sup>241</sup> Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez respecto Honduras*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de enero de 1988; *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de noviembre de 2000.

declarar la violación procesal de la disposición sobre medidas provisionales contemplado en la Convención Americana. Las autoras observan que esta situación permite considerar que la Corte ha manejado simultáneamente dos discursos en relación con la figura jurídica de las medidas provisionales: un discurso teórico y otro discurso en la práctica. En el plano teórico, la Corte ha elevado las medidas provisionales a una categoría especial, a la que ha dotado de plena autoridad jurídica, mientras que en el plano práctico en algunas ocasiones le ha quitado efecto jurídico a sus medidas provisionales<sup>242</sup>.

Consideramos que la jurisprudencia de la Corte IDH es clara en cuanto a la vinculatoriedad. Ha sostenido reiteradamente, y en concordancia con la CADH (Arts. 63.2 y 1.1), que los Estados deben cumplir con todo lo ordenado como medida provisional en sus resoluciones. En general, el lenguaje utilizado por la Corte es lo suficientemente específico para que los Estados tomen todas las medidas necesarias para cumplir y, por tanto, proteger a las personas que se encuentran en situación de riesgo. La Corte también ha sostenido que la obligación de cumplir con sus decisiones corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional, según el cual los Estados deben cumplir con sus obligaciones bajo los tratados internacionales de buena fe, y de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden alegar razones internas dejar de asumir su responsabilidad

---

<sup>242</sup> HERRERA, C. y HAECK, Y., "Letting states off the hook? The paradox of the legal consequences following state non-compliance with provisional measures in the Inter-American and European Human Rights Systems", *Netherlands Quarterly of Human Rights* 28, n° 3, 2010, pp. 332-60. <https://doi.org/10.1177/016934411002800302> (consultado por última vez el 24/09/2019)

internacional ya establecida. Lo anterior implica, que las medidas son obligatorias incluso en situaciones de conflicto armado interno<sup>243</sup>.

Mencionado lo anterior, las medidas provisionales son vinculantes porque están expresamente establecidas en la Convención Americana (diferente al sistema europeo que no las contiene en su Carta fundamental), y los Estados como partes de la Convención tienen el deber de cumplir con todas las disposiciones de dicho tratado (art. 1.1.). Esto también es válido para quienes sostienen que la Corte sólo puede adoptar medidas provisionales respecto de los Estados que han aceptado su competencia contenciosa, por considerar que las medidas son vinculantes, ya que los Estados han realizado una declaración expresa en la que reconocen como vinculante la competencia de la Corte en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención. Así, los Estados se comprometen a cumplir con todas las decisiones de la Corte, incluyendo, naturalmente, las órdenes de medidas provisionales.

Ahora bien, expresado los alcances anteriores, HERRERA y HAECK profundizan su afirmación principal al decir que, si bien teóricamente la jurisprudencia del sistema interamericano es compatible con la obligatoriedad de las medidas, la implicación práctica de su incumplimiento (en el único caso en el que hubo incumplimiento) no se corresponde razonablemente con lo que se debe concluir de la posibilidad teórica. Expresan que desde el punto de vista

---

<sup>243</sup> REY CANTOR, E. y REY ANAYA, A.M., "Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", Bogotá, Temis, 2008; CANÇADO TRINDADE, A.A., "The evolution of provisional measures of protection under the case-law of the Inter-American Court of Human Rights (1987-2002)", *Human Rights Law Journal*, vol. 24, n 5-8, 2003.



del derecho comparado, esta situación muestra, por un lado, que la jurisprudencia del sistema interamericano se encuentra en una primera etapa de la jurisprudencia que, por ejemplo, el sistema europeo desarrolló durante el período 1950-2003 y, por otro lado, que actualmente, los efectos legales del incumplimiento son mucho menos severos que en el sistema europeo, donde la obligatoriedad de las medidas cautelares y las consecuencias legales en caso de incumplimiento han sido el resultado de un arduo debate jurisprudencial. En consecuencia, la situación jurídica actual en el sistema interamericano parece poco sólida e ilógica. El efecto jurídico que les ha otorgado la Corte, no parece el esperado porque la Corte Interamericana no ha dado pleno efecto jurídico del incumplimiento de las medidas, y tampoco ha ofrecido sólidos argumentos jurídicos para llegar a esa decisión<sup>244</sup>.

Por su parte, RIETER, considera que es muy importante el uso adecuado de la herramienta, ya sea en sistemas que no tienen un mandato explícito en el texto del tratado, o en sistemas como el interamericano que lo contienen, pero donde existe el temor sobre cómo responderán los Estados. Por supuesto, si los tribunales regionales se dejan gobernar por el miedo a la respuesta de los Estados, dejarían de desempeñar su función judicial. A veces deben ser audaces y no serlo socavaría su credibilidad y posición más que el hecho de que los estados retiren su aceptación de la jurisdicción del tribunal. Al mismo tiempo, cierta medida de prudencia también es sabia. Después de todo,

---

<sup>244</sup> *Ibidem*.

es la función judicial que están exponiendo<sup>245</sup>. Para ello, la autora plantea un aspecto que podría contribuir al mejoramiento del cumplimiento, y es la no desnaturalización de las medidas provisionales.

En su texto, RIETER, afirma que las medidas provisionales no deben considerarse como una herramienta judicial para prevenir cualquier daño de manera indefinida e independiente de un caso principal. La autora enfatiza que deben ser medidas provisionales adoptadas por un tribunal internacional. Dada la función protectora de estos tribunales, el riesgo de daños irreparables a las personas es una circunstancia clara que requiere una acción urgente. Al mismo tiempo, si las medidas provisionales se utilizan como herramienta en la adjudicación internacional, deben ordenarse en el marco de un proceso contencioso. Esto requiere que el uso de la herramienta tenga un nivel suficiente de flexibilidad, pero también se debe aclarar el papel de las medidas en el procedimiento. Esto significa que puede mostrar cierto nivel de autonomía en el sentido de utilizarse para proteger la integridad del proceso y evitar que se agrave el conflicto llevado ante la Corte. Por supuesto, en circunstancias muy graves de riesgo duradero, donde las personas o comunidades involucradas en el caso se enfrentan a daños irreparables, se sabe que las medidas provisionales duran períodos muy extensos que amplían la noción de provisionales. Esto también podría ser indicativo de una naturaleza más autónoma de las medidas provisionales, al menos en el sistema interamericano. Nuestra posición es que, aunque por definición estas medidas

---

<sup>245</sup> RIETER, E. "Autonomy of Provisional Measures" en *Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals*, PALOMBINO, F.M., VIRZO, R., y ZARRA, G., (eds), The Hague: T.M.C. Asser Press, 2021. pp. 55-76, [https://doi.org/10.1007/978-94-6265-411-2\\_4](https://doi.org/10.1007/978-94-6265-411-2_4).

son temporales, si persisten en el tiempo las condiciones que dieron lugar a las medidas, estas deben mantenerse pues tiene prioridad la efectiva protección del ser humano.

Los sujetos legitimados para presentar la petición de medidas provisionales varían de acuerdo con la etapa del procedimiento. De acuerdo con la CADH (art.63.2) y el reglamento de la Corte (art. 27), si el proceso no ha llegado a conocimiento de la Corte, sólo la Comisión está facultada para hacerlo. Pero una vez que el informe de fondo de la Comisión se presenta a la Corte, tanto las presuntas víctimas como los representantes, adquieren legitimidad para presentar la petición. Cabe recordar que la Corte puede ordenar las medidas de oficio sin necesidad de petición alguna. Por último, la jurisprudencia de la Corte ha establecido que en cualquier momento del proceso las medidas pueden ser ordenadas, lo que incluye la etapa de supervisión de cumplimiento de una sentencia emitida por la Corte<sup>246</sup>.

En la jurisprudencia interamericana queda claro que las medidas son obligatorias. Ahora veremos las consideraciones del Estado colombiano al respecto.

Sin duda el tema de las medidas provisionales es de gran importancia para este Estado. De acuerdo con un estudio realizado por GÚZMAN LOZANO, entre 1994 a 2019, de 624 resoluciones de medidas provisionales proferidas,

---

<sup>246</sup> Acerca de los sujetos legitimados y los diferentes supuestos procesales, SANDOVAL MANTILLA, A., *Estándares de las medidas provisionales en la Corte Interamericana de derechos Humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2015, pp.

114 corresponden a asuntos o casos de Colombia<sup>247</sup> lo que es casi el 20% de las resoluciones emitidas. Además, en el informe sobre el año 2019 destaca que es el país que más medidas tiene pendientes de cumplimiento<sup>248</sup>. Con estas cifras en mente, veamos en qué sentido se ha pronunciado el país en cuanto a su obligatoriedad.

La Corte Constitucional de Colombia ha afirmado que son de aplicación directa en el orden interno, y que poseen carácter vinculante. Así lo señaló en sentencia T-558 de 2003 con respecto a medidas cautelares que habían sido solicitadas por la Comisión Interamericana y que el Estado colombiano no había aplicado. En este primer pronunciamiento, la Corte colombiana considera que el mecanismo de tutela es el adecuado para exigir al Estado el cumplimiento de dichas medidas y que el principio de buena fe demandaba que se incorporaran de forma automática en el ordenamiento jurídico interno, en especial teniendo en cuenta que se buscaba la protección de personas claramente individualizadas, lo que hizo en los siguientes términos:

“(…) las medidas cautelares adoptadas por la CIDH se incorporan de manera automática al ordenamiento jurídico interno. En cuanto a los efectos jurídicos de las mismas, la Corte Constitucional no había tenido ocasión, hasta el momento, de pronunciarse en la materia (…)”<sup>249</sup>.

---

<sup>247</sup> GUZMÁN LOZANO, L., *Las Medidas Provisionales para Colombia: Entre el cumplimiento y la eficacia*, (Tesis de Maestría en Derecho del Estado), Universidad Externado de Colombia, 2020;

<sup>248</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Op. cit.* Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2019/espanol.pdf>

<sup>249</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 558 – 2003.

Así las cosas, considera la Sala de Revisión que, dado que el Estado colombiano es Parte en el Pacto de San José de Costa Rica, la medida cautelar debe ser examinada de buena fe por las autoridades públicas internas. Además, por sus particulares características procesales y los fines que pretenden alcanzar, su fuerza vinculante en el derecho interno va aparejada del cumplimiento de los deberes constitucionales que están llamadas a cumplir las autoridades públicas colombianas, en los términos del artículo 2 Superior. En otros términos, independientemente de que con la medida cautelar se pretenda proteger alguno de los derechos humanos que aparecen recogidos en los instrumentos internacionales relacionados en el artículo 23 del Reglamento de la CIDH<sup>250</sup>, que con el cumplimiento de las mismas el Estado colombiano esté ejecutando sus obligaciones internacionales, y por supuesto, al margen de la discusión sobre su carácter vinculante o no, la ejecución interna de las mismas se encamina simplemente a hacer efectivos los deberes de respeto y protección de los derechos fundamentales que tienen asignados, en virtud de la Constitución, las diversas autoridades públicas colombianas.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que las medidas cautelares no aluden a situaciones generalizadas de violaciones de los derechos humanos en un Estado, sino a casos concretos, particularizados, con beneficiarios determinados, que apuntan a salvaguardar los derechos a la vida e integridad personal de éstos, razón por la cual no es de recibo el argumento de que el Estado destinatario de las medidas cautelares goce de absoluta libertad para cumplir o no lo decidido por la CIDH, más en la medida en que su

---

<sup>250</sup> SANTOSCOY, B., *La Comisión Interamericana des Droits de l'Homme et le développement de sa compétence par le système des pétitions individuelles*, LGDJ, París, 1995, p. 15.

establecimiento no constituye un prejuzgamiento sobre el fondo de la cuestión<sup>251</sup>.

La sentencia T-327 de 2004 se pronunció en relación con las medidas provisionales de la Corte Interamericana, señalando que la jurisprudencia establecida en la T-558 de 2003 era igualmente aplicable a las medidas adoptadas por la Corte IDH, en tanto emanan de un organismo internacional de derechos humanos que ejercía competencias derivadas de la Convención Americana de la cual Colombia es parte. Es importante que la Corte Constitucional en esta sentencia de tutela ordenara no solo la protección del derecho fundamental, sino la aplicación de las medidas de protección en los términos señalados por la Corte Interamericana.

Pese a esta afirmación, la posición de la Corte colombiana ha sido cambiante a la hora de considerar obligatorios los pronunciamientos de organismos internacionales de derechos humanos sobre casos particulares cuyas competencias se deriven de un tratado del que Colombia haga parte. Así, si por una lado ha afirmado que las recomendaciones de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre casos particulares son vinculantes para el Estado, en tanto Parte del Tratado Constitutivo de la OIT, y que el único mecanismo existente para exigir las en el ordenamiento interno es la tutela<sup>252</sup>, por el contrario respecto de las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos, ha considerado que no

---

<sup>251</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 558 – 2003.

<sup>252</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 568 – 1999. Jurisprudencia reiterada en Sentencia T – 1211 – 2000 y Sentencia T – 603 – 2003.

es de su competencia verificar ni ordenar su cumplimiento, ya fueran estas generales o sobre peticiones individuales:

“Partiendo de las pretensiones del actor, observa la Sala que en este caso el juez de tutela no es competente para verificar ni ordenar el cumplimiento de una observación proferida por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Bien se trate de recomendaciones generales sobre la interpretación o alcance de los derechos consagrados en el Pacto, o de recomendaciones derivadas de denuncias presentadas por particulares, la jurisdicción constitucional no fue instituida para ordenar la ejecución de los actos internacionales, así como tampoco para decidir sobre la procedencia o no de los recursos que presente el Estado colombiano como parte de su defensa en el plano internacional”.

Así, si el Estado colombiano presentó un recurso de reconsideración no previsto en el reglamento del Comité de Derechos Humanos, es éste el organismo competente para decidir acerca de su improcedencia. Tampoco puede el juez constitucional definir si el Estado colombiano ha incumplido sus compromisos internacionales ni la manera cómo deben adoptarse a nivel interno las recomendaciones<sup>253</sup>.

Pese a lo anterior, con respecto a las medidas de la Corte IDH, el alto tribunal constitucional ha mantenido que el Estado está obligado a cumplirlas y en varios pronunciamientos ha ordenado a diferentes órganos del gobierno el cumplimiento de las medidas provisionales<sup>254</sup>.

---

<sup>253</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 385 – 2005.

<sup>254</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T - 584ª – 2011. En su parte resolutive se dispuso, entre otros: “Quinto. - INSTAR al Programa Presidencial de Derechos Humanos y

En cuanto al cumplimiento efectivo de las medidas, algunos estudios muestran que, aunque el Estado colombiano ha llevado a cabo acciones con respecto a muchas de las medidas dictada por la Corte IDH, estas no han resultado eficaces. Lo anterior se debe entre otras cosas a la debilidad del Estado en el que las instituciones no se comunican entre sí ni tienen los recursos adecuados para dar pleno cumplimiento a lo ordenado, de forma que aunque se reconozca su obligatoriedad, resulta muy problemático llevarlas a la práctica. Muchas de las víctimas han tenido que acudir a la tutela para presionar el cumplimiento por parte del gobierno y en casos graves, la Corte Constitucional ha decidido asumir su supervisión para hacerlas posibles lo que muestra la dificultad que enfrenta su implementación<sup>255</sup>.

### 1.1.2. *Las sentencias*

La función contenciosa de la Corte IDH involucra la jurisdicción para resolver disputas relacionadas con cargos de que un estado parte ha violado la Convención. Por tanto, la sentencia de la Corte Interamericana es vinculante

---

Derecho Internacional Humanitario de la Vicepresidencia de la República para que, en el ámbito de sus funciones, participe activamente en el cumplimiento de las medidas provisionales proferidas el 19 de noviembre de 2009 por la CIDH a favor de Paola Martínez Ortiz, Esperanza Uribe Mantilla y Luz Nelly Carvajal Londoño. Sexto.- ORDENAR a la Dirección de Derechos Humanos y Derecho Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores que, en adelante, haga un seguimiento más estricto y material al cumplimiento de las provisionales decretadas el 19 de noviembre de 2009 por la CIDH a favor de Paola Martínez Ortiz, Esperanza Uribe Mantilla y Luz Nelly Carvajal Londoño.”

<sup>255</sup> GUZMÁN LOZANO, L., *Las Medidas Provisionales para Colombia, op.cit.*; CASTILLO PRADA, R y HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, P., *Las Medidas cautelares y Provisionales de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998 -2003): Impacto, efectividad y prevención en el marco del conflicto armado (Tesis de grado en Derecho)*, Universidad Industrial de Santander, 2009 <http://tangara.uis.edu.co/biblioweb/tesis/2009/130364.pdf> (consultado por última vez el 10/12/2020).



para las partes. Además, en un caso contencioso, la Corte puede otorgar una indemnización por daños y perjuicios. Solo los Estados Partes y la Comisión Interamericana tienen derecho a someter un caso a la Corte. Cualquier persona, grupo o entidad reconocida en un Estado miembro puede presentar peticiones ante la Comisión -paso previo para que pueda ser asumido el caso ante la Corte. La Convención estableció el procedimiento para que la Corte conozca un caso de la Comisión. Incluso, en casos de extrema gravedad, la Corte podrá adoptar medidas provisionales en asuntos que tenga bajo consideración o en trámite de la Comisión. La aceptación de la jurisdicción de la Corte por parte de un estado es opcional y requiere una declaración o acuerdo por separado, pero los Estados Partes pueden aceptar la jurisdicción de la Corte en cualquier momento, sin condiciones, a condición de reciprocidad, por un período específico, o para casos específicos.

Aunque Colombia es parte de la Convención Americana desde 1973, solo aceptó la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana a partir del 21 de junio de 1985, aceptación que se hizo sin reservas. La aceptación por el Estado colombiano de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana entraña el compromiso de cumplir con sus sentencias de acuerdo con el artículo 68 de la CADH, de modo que éstas tienen el mismo valor que una sentencia dictada por un juez interno.

Durante casi tres décadas, la Corte Constitucional colombiana ha adoptado dentro de sus argumentos los criterios de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en un importante número de sentencias y temas diversos. Los aspectos generales se presentarán a continuación. En la segunda parte, serán los temas específicos, los desarrollados a profundidad.

### 1.1.2.1. *La parte resolutive*

El carácter vinculante de la Convención Americana ha sido reconocido por la Corte Constitucional en sentencia T-367-10, en la que señaló las obligaciones que estaba incumpliendo el Estado colombiano al no aplicar una sentencia en la que había sido condenado,

“(iv) La obligación de los Estados Parte en la Convención de garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones del Tribunal;

(v) El compromiso que adquirió el Estado colombiano al reconocer la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, el 21 de junio de 1985, de cumplir sus decisiones y asegurar su implementación en el orden interno, de acuerdo con el artículo 68.1 de la Convención Americana”<sup>256</sup>.

En términos generales, las medidas de reparación pecuniarias ordenadas por la Corte IDH han sido cumplidas por el Estado colombiano, aunque no siempre de forma inmediata. A pesar de que la CADH establece en su art. 68.2 que el pago de las indemnizaciones ordenadas por la Corte IDH se

---

<sup>256</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 367 – 2010. En el mismo sentido: T – 563 – 2012, T – 564 – 2016.

puede ejecutar por el mismo procedimiento por el que se ejecutan las sentencias internas contra el Estado, era difícil que una víctima pudiera acudir al proceso ejecutivo, puesto que la indeterminación de la entidad estatal que debía cumplir con la indemnización dificultaba este proceso<sup>257</sup>. Generalmente, los presupuestos del Estado no contemplaban un apartado destinado a esta materia, y, por tanto, cada vez que se condenaba a Colombia al pago de indemnizaciones, el ejecutivo tenía que buscar una forma de hacer efectivo el pago sin violar las normas presupuestarias.

Esto cambió a partir de 2006, momento en que se incluyó en la Ley del Presupuesto General de la Nación un concepto específico para el cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana, que no solo está destinado a pagar indemnizaciones, sino que puede ser usado para dar cumplimiento a otro tipo de medidas de reparación que hayan sido ordenadas.

Esta medida fue complementaria a la creación del Grupo Operativo Interinstitucional en 2005, que tiene entre sus funciones coordinar el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH y al establecimiento de un procedimiento administrativo para la observancia de las diversas medidas ordenadas, que consiste en que tras un concepto técnico se distribuyen entre

---

<sup>257</sup> ACOSTA, J. y BRAVO, D., "El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la corte interamericana de derechos humanos: énfasis en la experiencia colombiana", en *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional* nº 13, nov. 2008.

las diferentes entidades del Estado las medidas ordenadas con el fin de que se lleve a cabo un efectivo cumplimiento de cada una de las medidas<sup>258</sup>.

Estas medidas reflejan el acatamiento por el Estado de las sentencias de la Corte IDH, así como la relevancia que las decisiones de dicha Corte han venido adquiriendo paulatinamente desde la promulgación de la Constitución de 1991 lo que, además, fortalece la idea de que las decisiones de los órganos internacionales en materia de derechos humanos deben ser tomadas en cuenta por todos los órganos del Estado.

Sin embargo, hay que resaltar que muchas de las reparaciones ordenadas por la Corte diferentes a las indemnizaciones no se cumplen satisfactoriamente. En especial, se trata de las que tienen que ver con la investigación, procesamiento y sanción de los responsables de violaciones de derechos contemplados en la Convención, y de las que tienen por objeto dar garantías de seguridad a las víctimas<sup>259</sup>, lo cual pone de manifiesto los problemas de efectividad del mecanismo de protección regional de la Convención Americana.

---

<sup>258</sup> BRAVO, D., "El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana Caso Colombia", en *Debate Interamericano n° 2*, Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, 2010.

<sup>259</sup> Algunos ejemplos que evidencian el incumplimiento de estas medidas: Resolución de la Corte interamericana de derechos humanos de 30 de noviembre de 2011, caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia Supervisión de cumplimiento de sentencia", Resolución de la Corte Interamericana De Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2012 caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, supervisión de cumplimiento de sentencia. Sobre algunos problemas para el cumplimiento de las sentencias de la Corte idh ver: PINTO BASTO, A. L. y DE AZEVEDO MARQUES, J.M., "Las órdenes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el poder judicial de los Estados", en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* Vol. 39, n° 111, Medellín, Julio-diciembre de 2009, p. 240 – 246.

### *1.1.2.2. La jurisprudencia*

La CCC se pronunció por primera vez sobre la fuerza vinculante de las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos en Colombia en la sentencia C-408 de 1996, en la que llevó a cabo el control automático de constitucionalidad sobre la ley aprobatoria de la “Convención Interamericana para Prevenir y Erradicar la violencia contra la mujer”. En esta sentencia la Corte colombiana sigue la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el alcance de los tratados de derechos humanos adoptados dentro de la Organización de los Estados Americanos (en adelante, OEA) y ratificados por Colombia, por ser la Corte IDH el intérprete autorizado, y haber aceptado Colombia su competencia:

“...en nada vulnera la soberanía que nuestro país admita que se requiera a la Corte Interamericana para que emita opiniones consultivas relacionadas con los alcances de la Convención (art. 11), pues si ese tribunal es el máximo intérprete judicial de los alcances de los tratados de derechos humanos adoptados en el marco de la Organización de Estados Americanos, es lógico que nuestro país acoja sus criterios jurisprudenciales, tanto en los casos contenciosos como consultivos, pues la propia Constitución señala que los derechos y deberes deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93). En ese orden de ideas, si Colombia ya ha ratificado la Convención Interamericana y ha aceptado como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de los tratados de derechos humanos (art. 62), es razonable que Colombia acepte que ese

tribunal sea también el máximo intérprete internacional del presente tratado”<sup>260</sup>

En 1998 la CCC declaró la inconstitucionalidad de una disposición que contemplaba como una causa de mala conducta la práctica de la homosexualidad, tomando en cuenta los pronunciamientos de tribunales internacionales, afirmando que un pronunciamiento de un órgano jurisdiccional creado por un tratado de derechos humanos es vinculante para los órganos del Estado colombiano, por lo que debía ser aplicada por todos los órganos del Estado. La CCC señaló lo siguiente,

“Por su parte, y más importante aún, a conclusiones similares ha llegado el Comité de Derechos de Humanos de Naciones Unidas, que constituye el intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que fue aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968. La doctrina de este Comité es entonces vinculante en el ordenamiento colombiano pues esta Corte ya había señalado que, en la medida en que el artículo 93 establece que los derechos constitucionales se interpretarán de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93), es lógico que nuestro país acoja los criterios jurisprudenciales de los tribunales creados por tales tratados para interpretar y aplicar las normas de derechos humanos. Esa doctrina internacional vincula entonces a los poderes públicos en el orden interno”<sup>261</sup>.

Sin embargo, en una sentencia posterior, la CCC varió su criterio calificando la jurisprudencia de la Corte IDH, de “doctrina relevante” pero no

---

<sup>260</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 408 – 1996.

<sup>261</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 481 – 1998.

obligatoria. La primera sentencia en la que se manifiesta esta tesis es la C-010 de 2000:

“Directamente ligado a lo anterior, la Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse ‘de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia’, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”<sup>262</sup>.

Posteriormente, la CCC hizo un pequeño giro hacia la inclusión en el bloque de constitucionalidad de la interpretación de los tratados sobre derechos humanos realizada por órganos autorizados. En la sentencia T-1319 de 2001, aunque en principio parece acoger el criterio de que la doctrina de la Corte IDH simplemente es relevante, cuando analiza el contenido del bloque de constitucionalidad afirma que la incorporación por vía de interpretación del art. 93 CP supone la inclusión no sólo de los tratados sobre derechos humanos, sino la interpretación autorizada que de ellos hagan las autoridades competentes. Señala la Corte lo siguiente:

---

<sup>262</sup> Esta jurisprudencia se reitera en la Sentencia C – 251 – 2002.

“13. Ahora bien, la Constitución dispone que la incorporación se realiza por vía de interpretación: ‘...se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia’. Ello obliga a indagar sobre lo que realmente se incorpora por esta vía, pues no puede interpretarse una norma positiva de textura abierta (como las que definen derechos constitucionales) con otra norma que reviste las mismas características. Sólo es posible (i) fundir ambas normas (la nacional y la internacional) y (ii), acoger la interpretación que las autoridades competentes hacen de las normas internacionales e integrar dicha interpretación al ejercicio hermenéutico de la Corte. Por ello esta Corte ha señalado, en varias oportunidades, que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados y por ende de los propios derechos constitucionales.

(...)

Por lo expuesto, ha de entenderse que, para efectos del presente caso, el bloque de constitucionalidad relativo a la libertad de expresión ha de estar integrado por las normas internacionales, en particular el Pacto de San José y la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, junto con las interpretaciones que de tales textos han presentado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas”<sup>263</sup>.

Esta interpretación supone que la jurisprudencia de la Corte IDH tendría rango constitucional, y que, por tanto, sería obligatoria para todos los órganos

---

<sup>263</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 1319 – 2001.



del Estado. Lamentablemente, esta tesis fue descartada en una sentencia posterior, la C-355 de 2006, en la que la CCC modifica el criterio de obligatoriedad adoptado por la T-319 de 2001 al negar que la jurisprudencia de la Corte IDH forma parte del bloque de constitucionalidad, aunque reconoce que, como órgano judicial del sistema interamericano, su jurisprudencia tiene un valor *relevante* para interpretar los instrumentos internacionales que sí son parte del Bloque superior al de cualquier organismo internacional que interpreta tratados de derechos humanos. En este sentido, señala la Corte:

“A este respecto esta Corporación cree necesario introducir una precisión. En efecto, de conformidad con el artículo 93 constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad bien sea esta figura entendida en sentido estricto o en sentido lato, como se expuso en un acápite precedente de esta decisión, y sin duda la manera como dichos tratados han sido interpretados por los organismos encargados de establecer su alcance resulta relevante al momento de precisar el contenido normativo de sus disposiciones. No obstante, eso no quiere decir que las recomendaciones y observaciones proferidas por estos organismos internacionales se incorporen de manera automática al bloque de constitucionalidad y por tanto se constituyan en un parámetro para decidir la constitucionalidad de las leyes.

En este sentido la Corte Constitucional ha sostenido que:

“En virtud del artículo 93 de la C. P., los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia de lo cual se deriva que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituyen un criterio hermenéutico relevante para

establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”. Postura reiterada en numerosas ocasiones, que permite concluir, que la jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, cosa diferente a atribuirle a dicha jurisprudencia directamente el carácter de bloque de constitucionalidad”<sup>264</sup>.

Esta postura “moderada” de la Corte es considerada positiva por URPIIMNY, en la medida en que facilita el diálogo productivo y horizontal entre los jueces nacionales de los tribunales constitucionales e internacionales de derechos humanos, si bien permite que los jueces internos se separen de los criterios adoptados por la Corte IDH, siempre que tengan un argumento de peso. En opinión de este autor, esta sentencia permite que tanto las decisiones de las instancias internacionales como las de los jueces nacionales sean más “coherentes, razonadas y sustentadas”, lo que supone un avance de cara a la consolidación del mecanismo de protección de las garantías.

Sin embargo, en una sentencia del mismo año, concretamente la Sentencia C-370 de 2006 (núm. 4.4.1), en la que se estudia la constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz, se reconoce el carácter vinculante de tal jurisprudencia con el argumento sostenido en la T-319 de

---

<sup>264</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 355 – 2006.

2001, de que la Corte IDH es el intérprete autorizado de la Convención Americana<sup>265</sup>. En este sentido, señala lo siguiente:

“Esta decisión legislativa se adecúa al marco general establecido por las normas que integran el bloque de constitucionalidad. Al respecto resulta relevante recordar nuevamente la jurisprudencia del intérprete autorizado de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos que, en materia de publicidad de la información señaló: (...) (Ibíd.: núm. 6.2.2.3.14)”<sup>266</sup>.

De esta forma, es claro que, dado que el canon interpretativo forma parte del bloque de constitucionalidad, no sólo es parte del ordenamiento jurídico, sino que ostenta la mayor jerarquía, y que, como tal, vincula a todos los poderes públicos.

Esta posición se consolida a través de la sentencia T-653 de 2012, en la que no sólo se mantiene el criterio de obligatoriedad, sino que se afirma que la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para el Estado colombiano, al señalar que cuando Colombia decide ser Parte en la CADH acepta la jurisdicción de la Corte IDH y, además, se obliga en relación con los fines y valores contenidos en la CADH, que son compatibles con la Constitución. La Corte señaló lo siguiente:

---

<sup>265</sup> Un comentario sobre esta sentencia puede verse en GONZÁLEZ ESPINOSA, O. I., “Acerca del «control de convencionalidad» por parte de los operadores de justicia (nacional e internacionales) en situaciones de crisis”, *Revista IIDH*, Vol. 56, 2012, p 233 y ss.

<sup>266</sup> La sentencia a la que nos referimos está plagada de referencias de la Corte IDH, no sobre cuestiones de detalle o accesorias, sino a “estándares sobre justicia, no repetición, verdad y reparación de las víctimas”. Dichos criterios jurisprudenciales fueron utilizados por la Corte Colombiana como especialmente relevantes para la interpretación de derechos y deberes en el orden interno.

“4.1 Los fallos proferidos por los tribunales internacionales de derechos humanos, en ejercicio de la función jurisdiccional que le reconocen los estados, no deben encontrar obstáculos en su cumplimiento y no deben tener oposición por parte de las autoridades encargadas de cumplirlos. Los argumentos de derecho interno –sean estos de la índole que sean- no deben servir de pretexto para la mora en su acatamiento; el genio local no puede fungir como un falso espíritu protector para el Estado condenado internacionalmente, detrás del cual este pueda esconderse para no honrar sus compromisos internacionales.

(...) Dentro de ese marco normativo, la Corte Interamericana tiene atribuciones en materia consultiva y contenciosa. Cuando ejerce estas últimas, que es su función propia y estrictamente jurisdiccional, no hace cosa diferente que –luego de adelantar un proceso - declarar si encuentra o no probado un incumplimiento del Pacto de San José por parte del Estado demandado. Dado que este instrumento internacional es un tratado de derechos humanos, el Tribunal debe establecer si existen concretas violaciones de dichos derechos.

Así las cosas, de manera voluntaria, expresando su voluntad de acatamiento y de cara a unas finalidades, el Estado Colombiano se hizo parte del Pacto de San José de Costa Rica y aceptó la jurisdicción del tribunal internacional por él creado. 4.3 Este mecanismo resulta plenamente concordante con los valores y principios que inspiran nuestra Carta Política”<sup>267</sup>.

Una vez más, esta línea jurisprudencial sostenida con regularidad desde 2006 da un nuevo paso atrás en una sentencia dictada en 2014, con ocasión

---

<sup>267</sup> En la sentencia T – 653 – 2012 la CCC sostiene además que la obligatoriedad de la jurisprudencia se fundamenta también en el hecho de que como Parte en la Convención Colombia otorgó competencia a la Corte IDH para los casos de interpretación y aplicación de la Convención, y en el principio reconocido en el Derecho Internacional *pacta sunt servanda*.

de la demanda de inconstitucionalidad de la ley que le otorga poder al Procurador General de la Nación para imponer como sanción la inhabilitación general de funcionarios públicos, incluidos los elegidos por votación popular.

En esta ocasión, la CCC se ve avocada a cambiar su precedente jurisprudencial con base en una decisión de la Corte IDH que precisa el contenido del artículo 23 de la CADH, modificando el parámetro de constitucionalidad. Esto obliga a la CCC a pronunciarse nuevamente sobre el valor de la jurisprudencia de la Corte IDH. La CCC utiliza argumentos ciertamente contradictorios para no cambiar su precedente en relación con las competencias del Procurador, pero a la vez, no puede desconocer la importancia de la jurisprudencia de la Corte IDH en el ordenamiento colombiano. Así, si bien señala que los pronunciamientos de la Corte IDH sólo vinculan a Colombia cuando ha sido Parte en el proceso, igualmente recuerda que en sentencias anteriores ha reconocido que la jurisprudencia de la Corte IDH constituye la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la CADH, tratado que integra el parámetro de constitucionalidad, así como que la existencia de un intérprete auténtico de dicho tratado obliga a las autoridades estatales a tomar en cuenta dicha interpretación en el momento de su aplicación<sup>268</sup>.

Además, señala que la propia Corte IDH ha establecido en su jurisprudencia que aunque los Estados no sean Parte en un proceso están vinculados por el Tratado (CADH), de forma que los jueces internos están obligados a efectuar un control de convencionalidad entre la CADH y las

---

<sup>268</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C – 500 – 2014.

normas estatales, para lo cual no sólo deben tener en cuenta el texto de la Convención, sino también la interpretación realizada por la Corte IDH en calidad de intérprete último<sup>269</sup>.

La Corte afirma la necesidad de armonizar los tratados internacionales de derechos humanos con el derecho interno, puesto que estos forman parte del bloque de constitucionalidad, pero señala que dicha armonización no supone que la jurisprudencia de la Corte IDH se integre en dicho bloque<sup>270</sup>, pese a lo cual el Estado no puede ignorar la interpretación hecha por el órgano internacional cuando ésta ha sido reiterada, clara y uniforme:

“La significativa importancia que la Corte Constitucional le ha asignado a la jurisprudencia de la Corte Interamericana a efectos de interpretar las normas de derechos humanos que se integran al bloque de constitucionalidad en virtud de lo establecido en el artículo 93 así como las consideraciones de dicha Corte acerca de la obligación de las autoridades locales de tomar en consideración no solo el texto del tratado sino también la interpretación judicial del mismo, plantea a la Corte el deber de articular la institución de la cosa juzgada constitucional con la necesidad de armonizar, en la mayor medida posible, los tratados internacionales en materia de derechos humanos y el derecho interno en tanto aquellos se integran al bloque de constitucionalidad.

La armonización que se plantea no supone integrar al bloque de constitucionalidad la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Ella es un criterio hermenéutico relevante que deberá ser considerado en cada caso. Sin embargo, cuando

---

<sup>269</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C – 500 – 2014.

<sup>270</sup> *Ibidem*.

las normas del tratado se integran al parámetro de control y las autoridades encargadas de interpretarlo establecen una comprensión uniforme, reiterada y clara, no resulta posible desde la perspectiva de la inserción del estado colombiano en las relaciones internacionales (arts. 9 y 226), abstenerse de considerar esa interpretación al analizar la posibilidad de examinar nuevamente un asunto que, en sede del control abstracto, lo había sido previamente.”<sup>271</sup>

La primera afirmación apuntada de la CCC es contradictoria con el reconocimiento de la interpretación auténtica de los derechos que había realizado anteriormente, pues si la interpretación de la Corte IDH determina el alcance de los derechos, forma parte de la disposición que los reconoce, integrándose como un todo que favorece su efectividad, de forma que al estar la norma integrada en el bloque de constitucionalidad, también lo estaría su interpretación, y, por tanto, constituye el parámetro de constitucionalidad.

En esta sentencia la Corte considera que ya había cosa juzgada constitucional sobre la materia, y que, por tanto, para cambiar su precedente con base en la jurisprudencia sobrevenida de la Corte IDH ésta debía cumplir los siguientes requisitos:

- “(i) el parámetro de control del asunto previamente examinado haya sido una norma integrada al bloque de constitucionalidad en sentido estricto;
- (ii) los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hayan variado radicalmente y de forma clara el sentido de la norma;

---

<sup>271</sup> *Ibidem.*

- (iii) la nueva interpretación resulte compatible con la Constitución Política;
- (iv) ofrezca un mayor grado de protección a los derechos, que el otorgado por la Constitución;
- (v) se integre a la *ratio decidendi* de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y
- (vi) sea uniforme y reiterada (*Ibíd.*, 87)<sup>272</sup>.

En opinión de la Corte, en este asunto la jurisprudencia de la Corte IDH aplicable al caso no cumple con dichas condiciones, puesto que en su jurisprudencia ha hecho diferentes interpretaciones del art. 23<sup>273</sup>. No podemos compartir este planteamiento y nos parece más acertado el de la Magistrada CALLE en su voto disidente<sup>274</sup>, en el sentido de que la CCC obvia el hecho de que el precedente del caso *Leopoldo López v. Venezuela* es claramente

---

<sup>272</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 500 – 2014.

<sup>273</sup> La CCC citó el caso *Yatama V. Nicaragua* para sustentar que los Estados pueden fijar estándares mínimos para regular la participación política y cita el siguiente texto de dicha sentencia: "(...) La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones (...). Su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática."

En el mismo sentido utilizó los siguientes considerandos de la jurisprudencia del caso *Castañeda Gutman V. Estados Unidos Mexicanos* "(...) Por su parte, el párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana establece que la ley puede reglamentar el ejercicio y las oportunidades a tales derechos, exclusivamente en razón de la "edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal". La disposición que señala las causales por las cuales se puede restringir el uso de los derechos del párrafo 1 tiene como propósito único – a la luz de la Convención en su conjunto y de sus principios esenciales – evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos. Asimismo, es evidente que estas causales se refieren a las condiciones habilitantes que la ley puede imponer para ejercer los derechos políticos, y las restricciones basadas en esos criterios son comunes en las legislaciones electorales nacionales, que prevén el establecimiento de edades mínimas para votar y ser votado, ciertos vínculos con el distrito electoral donde se ejerce el derecho, entre otras regulaciones. Siempre que no sean desproporcionados o irrazonables, se trata de límites que legítimamente los Estados pueden establecer para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos y que se refieren a ciertos requisitos que las personas titulares de los derechos políticos deben cumplir para poder ejercerlos."

<sup>274</sup> Voto disidente de la Magistrada María Victoria Calle, Sentencia C – 500 – 2014.



aplicable al caso por la similitud de los hechos, dando preferencia a otras sentencias de la Corte IDH en las que se analizan situaciones diferentes. En este sentido, esta Magistrada señala lo siguiente:

“No obstante, en lugar de hacer un intento por armonizar las instituciones de derecho interno con las previsiones del Sistema Interamericano, sostiene que este último carece de relevancia para el caso porque no ofrece una posición ‘uniforme, reiterada e unívoca’ (sic). Semejante exigencia, además de ser insólita pues la Corte jamás había exigido tanto para considerar relevante la jurisprudencia interamericana, es además una apreciación que carece de sustento. Cuando la mayoría de la Sala Plena se apresta a identificar la interpretación que le ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al artículo 23 de la Convención, se refiere a casos distintos, y les da preminencia doctrinal a decisiones que no tienen qué ver con los límites convencionales a la restricción de derechos políticos mediante sanción.

La Corte Constitucional pierde de vista además que la cosa juzgada formal, a la cual quiso atenerse en este caso respecto del artículo 23 de la Convención Americana, es el efecto de una sentencia expedida en el año 2006 (C-028 de 2006), y que desde ese año han ocurrido acontecimientos constitucionales virtualmente aptos para cambiar nuestras concepciones sobre los límites del control disciplinario. No sólo ha habido una experiencia constitucional insoslayable de ejercicio del poder disciplinario sobre servidores públicos elegidos por votación popular, sino además una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, adoptada en el caso de Leopoldo López v. Venezuela, en la cual se sostuvo de forma clara que las restricciones a los derechos políticos de los servidores elegidos popularmente sólo pueden ser impuestas por un juez. Esta decisión impactaba al menos la existencia de cosa

juzgada sobre la materia, a la luz de la doctrina de la Constitución viviente, también ignorada en el fondo del presente fallo”<sup>275</sup>.

En definitiva, la Corte se resiste a aplicar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en parte, por la dificultad que entraña cambiar el precedente, y en parte, por la trascendencia política y jurídica del caso, puesto que, como advierte la propia CCC, si siguiera el criterio interamericano se encontraría con disposiciones constitucionales que no podrían ser aplicadas. Y lo hace de la forma que sigue:

“Una postura en sentido contrario conduciría al extremo de sostener que en ningún caso el Procurador puede imponer sanciones que impliquen la restricción de derechos políticos como el sufragio pasivo. Aún más, ni siquiera el propio Consejo de Estado, en el marco de un proceso jurisdiccional de pérdida de investidura, podría restringir el ejercicio de derechos políticos, por cuanto no sería una sanción impuesta por un “juez penal”. Todo ello en abierta contradicción con lo previsto en la Carta Política de 1991, que sí autoriza este tipo de decisiones”.<sup>276</sup>

Desafortunadamente, en materia de causales de restricción de los derechos reconocidos en el artículo 23 CADH, la CCC se ha negado a aplicar el parámetro interamericano sobre el alcance de este derecho sosteniendo que la Procuraduría sí tiene potestad para aplicar sanciones que supongan una restricción de derechos políticos.

---

<sup>275</sup> Voto disidente de la Magistrada María Victoria Calle, Sentencia C-500-2014.

<sup>276</sup> *Ibid.*, apartado 8.3.4.

En el año 2019, la CCC se enfrenta con una acción de inconstitucionalidad, en la que los accionantes consideran que las normas que prevén la posibilidad de establecer sanciones disciplinarias para funcionarios de libre elección restringen los derechos políticos protegidos en la CADH<sup>277</sup>. En esta ocasión, en un juicio desafortunado, la CCC se resiste nuevamente a aplicar el precedente interamericano y declara que las normas demandadas son constitucionales. La primera cuestión que resulta interesante es que la razón de los demandantes para considerar inconstitucional la norma es que va en contra de art. 93 de la Constitución, por estar en contra de la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH en relación con el art. 23 CADH<sup>278</sup>. Es decir, que asumen que dicha jurisprudencia es vinculante para Colombia y forma parte del bloque de constitucionalidad. La segunda cuestión de interés, es el

---

<sup>277</sup> La expresión del Código Disciplinario Único que se demanda es “elección” contenido de la siguiente forma: Artículo 45. Definición de las sanciones. 1. La destitución e inhabilidad general implica:

a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o *elección*.

<sup>278</sup> “Los demandantes señalaron que la expresión “*elección*” contenida en el literal (a) del numeral primero del artículo 45 de la Ley 734 de 2002 vulnera el artículo 93 de la Constitución<sup>278</sup>, que incorpora al bloque de constitucionalidad el artículo 23 de la CADH<sup>278</sup>, según el cual “[l]a ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades (...) exclusivamente por (...) condena, por juez competente, en proceso penal”.

Los demandantes, en el Expediente D-12604, afirmaron que “[d]entro del artículo 93 se indica que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno, (...) el Pacto de San José (...) es de obligatorio cumplimiento en el ordenamiento colombiano”. En este sentido advirtieron que en atención a lo dispuesto por el artículo 23 de la CADH, la PGN no es competente para sancionar “a un funcionario público elegido por voto popular”.

En el caso del Expediente D-12605, los demandantes argumentaron que la disposición acusada “*reglamenta la sanción por la falta disciplinaria cometida por un funcionario público elegido por elección popular, quebrantando lo establecido por el artículo 23 de la [CADH]*”. Así, sostuvieron que, en atención a la naturaleza administrativa de las funciones de la PGN, él, o sus delegados, son “*incompetentes para llevar a cabo un proceso disciplinario*”. Afirmaron también que el objeto del artículo 23 de la CADH es asegurar que las restricciones al ejercicio de derechos políticos se impongan “*bajo la observancia del debido proceso y del derecho de defensa*”. Resumen de los argumentos de los demandantes. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-111-2019.

razonamiento de la Corte con respecto a la jurisprudencia de la Corte IDH. La CCC hace uso de diferentes argumentos, algunos de ellos contradictorios entre sí. A diferencia de su sentencia anterior, no afirma que la jurisprudencia de la Corte IDH no sea parte del bloque de constitucionalidad, sino que se centra en el margen de apreciación del Estado (argumento novedoso); en la necesidad de una interpretación armónica entre la Constitución, la CADH y otros tratados que obligan a Colombia; en que la jurisprudencia interamericana al respecto era un *caso inter partes* y, finalmente, en que el precedente del *caso Leopoldo López* no era de aplicación por tratarse de unas circunstancias diferentes. La Corte señaló lo siguiente:

“(...) esta Corporación considera que la decisión de la Corte Interamericana no se enmarca dentro de ninguna de tales causales, por las siguientes cinco razones: (i) El sistema interamericano debe tener cierta deferencia con los contextos de los Estados y sus normas internas; (ii) la Corte Interamericana ha considerado que la CADH no impone un modelo específico de reglamentación de los derechos políticos, sino que ella “*establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales*”<sup>279</sup>; (iii) esta Corte, a pesar de reconocer su importancia, ha señalado que los pronunciamientos de la Corte Interamericana no pueden ser trasplantados automáticamente al ordenamiento interno; (iv) la decisión de la Corte Interamericana se refiere específicamente a un *caso inter partes* cuyo entendimiento del artículo 23 de la

---

<sup>279</sup> Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184.

CADH se refiere ‘*específicamente al caso concreto que tiene ante sí*’ y (5) el mencionado caso ocurrió en un contexto fáctico y jurídico diferente al del caso colombiano”<sup>280</sup>.

Es llamativo que la CCC sustente su decisión en el margen de apreciación del Estado en la materia en la propia jurisprudencia de la Corte IDH, de forma que le otorga cierta autoridad, en la medida en que no está fallando en contra de sus parámetros. Es cierto que esto puede resultar contradictorio cuando argumenta que el precedente no es de aplicación, puesto que se refiere a un caso en el que condena a otro Estado, pero a renglón seguido señala que los hechos del caso son diferentes. *A sensu contrario*, habría que entender que si admitiera que los casos son similares el precedente sería de aplicación. En nuestra opinión, la CCC tiene razón cuando afirma que, de acuerdo con la normativa colombiana, la CADH no es un tratado supraconstitucional y pero que, con carácter general, los Estados deben intentar armonizar su derecho con la CADH. Sin embargo, sin admitirlo expresamente, la CCC obvia la jurisprudencia de la Corte IDH, y hace una lectura errónea de la CADH, como confirmará más adelante la sentencia del tribunal en el caso *Petro Urrego vs. Colombia*, al que nos referiremos más adelante.

Debe destacarse que en el caso mencionado la posición de la CCC no fue unánime. Una vez más, un voto, esta vez del Magistrado ROJAS RÍOS, con el que coincidimos plenamente, afirmó que la CCC no podía desconocer que las reglas de derecho que la Corte IDH fija en sus sentencias y que establecen

---

<sup>280</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 111 – 2019.

el alcance de la Convención son vinculantes por ser el intérprete auténtico de la Convención, y que, por otra parte, en este caso concreto la Corte IDH ya había establecido el alcance del art. 23, de forma que no lo podía ignorar<sup>281</sup>. En efecto, la Corte IDH ya había establecido que la restricción del derecho al sufragio pasivo solo puede llevarse a cabo por un juez (no por una autoridad administrativa), y de conformidad con las causas recogidas en el art. 23.2 CADH<sup>282</sup>.

No hay duda de que en ese caso la CCC desconoció el precedente de la Corte IDH y que la normativa del Estado colombiano era abiertamente contraria a la CADH. Así quedó establecido en el caso *Petro Urrego vs. Colombia* del año 2020, en el que la Corte IDH dictó sentencia declarando responsable al

---

<sup>281</sup> Sentencia C – 111 – 2019, Salvamento de voto del Magistrado ROJAS RÍOS: “Sin embargo, la postura asumida por la Sala Plena es problemática por dos razones. La primera consiste en que la sentencia desconoce al intérprete auténtico de la CADH, mientras que la segunda hace referencia al desconocimiento de las reglas de interpretación contenidas en la CADH. (...) Es la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones contenidas en la CADH, conforme al artículo 62 inciso 2 CADH. Esto implica que, si bien los Estados Parte gozan de margen de apreciación para interpretar las normas convencionales, dicho margen se encontrará restringido una vez la Corte Interamericana defina el contenido y alcance de los derechos humanos. En el caso estudiado por esta Corporación en la sentencia C-111 de 2019, debe indicarse que la Corte Interamericana ha fijado el alcance del artículo 23 inciso 2 CADH y, por tanto, la Corte Constitucional no es competente para realizar una interpretación que desconozca lo determinado por el juez interamericano. Por ello, debe revisarse cuál ha sido la interpretación fijada por dicha autoridad”.

<sup>282</sup> Sentencia C-111-2019. Salvamento de voto del Magistrado ROJAS RÍOS: “Podría decirse, como lo afirma la sentencia C-111 de 2019 que, si se aplican otros métodos, podría concluirse que el juez penal no es el único competente para restringir el derecho al sufragio pasivo. Sin embargo, aún si se empleasen dichos métodos, la conclusión significaría revisar si jueces distintos a los penales pueden destituir a servidores públicos de elección popular, mas no si el artículo 23 inciso 2 CADH se amplía a autoridades administrativas. Esta operación fue realizada en su momento por el magistrado García-Sayás en su voto concurrente del caso *López Mendoza v. Venezuela*. En él concluyó que, si bien no es necesaria la intervención de un juez penal en todo momento, sí es necesaria la intervención de un juez y éste deberá actuar conforme a las causales (que no deben ser exclusivamente penales) previstas en la ley y conforme a las garantías prevista en la CADH16. (...) En síntesis, la afirmación hecha en la sentencia C-111 de 2019 respecto a interpretar el artículo 23 inciso 2 CADH conforme a la Constitución desconoce el carácter de intérprete último de la Convención que ostenta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la interpretación fijada por ésta sobre las restricciones al derecho al sufragio pasivo”.

Estado colombiano de la violación del art. 23 CADH. El fallo ordenó al Estado colombiano la adecuación de su derecho interno pues,

“una sanción de inhabilidad o destitución de un funcionario público democráticamente electo por vía de autoridad administrativa y no por “condena, por juez competente, en proceso penal”, es contraria al artículo 23.2 de la Convención y al objeto y fin de la Convención”<sup>283</sup>.

Así pues, la CCC cuenta con una decisión clara de la Corte IDH con respecto al derecho interno y esperamos que el tribunal colombiano rectifique y modifique su interpretación, así como que el poder legislativo adecúe la normativa interna a la CADH.

Pese a la resistencia de la CCC en este ámbito, es importante señalar que de sus argumentos no se deduce que pretenda ignorar la importancia del argumento de la Corte. De hecho, se basó de en diversos casos de la propia Corte IDH para tratar de demostrar que no estaba fallando en contra de su

---

<sup>283</sup> Corte IDH, *Caso Petro Urrego v. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C Nº 406 párr. 13. Por su relevancia, nos permitimos resumir los hechos del caso. Gustavo Petro fue elegido Alcalde de Bogotá para el periodo 2012-2015. A finales de su primer año de gobierno, desarrolló una ambiciosa política pública relativa a las basuras en la capital, la cual incluía la formalización de recicladores como eje estructural del nuevo esquema de basuras y la administración de este por una empresa de capital público. La puesta en práctica inicial del esquema de basuras provocó problemas en su recogida que duró dos días (del 18 al 20 de diciembre del 2012). Dadas las circunstancias, se llevó a cabo una investigación disciplinaria contra el mencionado alcalde, que terminó, en diciembre del 2013, con una sanción disciplinaria y su destitución e inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos por quince años por parte de la Procuraduría General de la Nación (PGN).

Como hemos mencionado, en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional conoció de acciones en contra de las facultades sancionadoras de la PGN contra funcionarios elegidos por voto popular que argumentaban, entre otras cosas, que esas potestades eran violatorias del art. 23 CADH, de acuerdo con la interpretación de la Corte IDH en casos como *Yatama Vs. Nicaragua* (2005), *Castañeda Gutman Vs. México* (2008) y *López Mendoza Vs. Venezuela* (2011). En todas ellas ignoró el precedente interamericano con base en las consideraciones mencionadas.

precedente. No desconocemos que en la práctica esto no tuvo una consecuencia concreta, pero es relevante para otros casos.

Para ilustrar el cambio experimentado en la jurisprudencia de la CCC tras la sentencia C-500-2014, vamos a mencionar otras dos: la C-327-2016 y la C-469-2016. En la primera, la CCC volvió a afirmar la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH al afirmar que “la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la CADH, instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad”<sup>284</sup>. En la segunda, cuando tuvo la oportunidad de analizar los efectos del control difuso de convencionalidad, señaló que este se llevaba a cabo dentro del principio de subsidiariedad e hizo énfasis en que este se realiza no sólo con relación al texto de la CADH sino a la jurisprudencia de la Corte IDH, lo que hizo en los siguientes términos:

“De tal suerte que, en principio, cuando los jueces nacionales aplican debidamente el texto de la CADH y la jurisprudencia internacional, están evitando que los casos lleguen a conocimiento del sistema americano de protección de los derechos humanos”<sup>285</sup>.

En síntesis, la jurisprudencia de la CCC ha pasado por cinco etapas en las cuales ha titubeado, dando pasos hacia adelante y hacia atrás, con una tendencia a aceptar el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH.

---

<sup>284</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 327 – 2016. En el mismo sentido, sentencias T – 015 – 2015, C – 792 – 2014, C – 795 – 2014, C – 951 – 2014; Sentencia T – 934 – 2014 y T – 836 – 2014.

<sup>285</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 469 – 2016.



En una primera fase, que se desarrolla entre 1996 y 2000, reconoce el carácter vinculante de la jurisprudencia, partiendo de dos argumentos: que el artículo 93 de la Constitución incluye en el ordenamiento interno los tratados sobre derechos humanos adoptados en el marco de la OEA y la Corte IDH es el encargado de la interpretación autorizada de dichos instrumentos, y que Colombia, como Parte en la Convención, aceptó la competencia de la Corte IDH para todos los casos sobre interpretación y aplicación de la misma.

En una segunda fase (2000-2001) la jurisprudencia de la Corte IDH fue calificada de relevante, pero no vinculante<sup>286</sup>.

Entre 2001 y 2006, la jurisprudencia de la Corte IDH fue considerada como parte del bloque de constitucionalidad, por ser la interpretación autorizada de la CADH.

En 2006 la Corte dictó dos sentencias contradictorias. En la primera, señaló que la jurisprudencia de la Corte IDH no formaba parte del bloque de constitucionalidad, por lo que era sólo un criterio relevante, mientras que en la segunda consideró que la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante y que dicho organismo es el intérprete auténtico de la CADH.

En una quinta fase (2006-2014), el criterio de obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH se mantuvo de forma explícita.

Finalmente, en la última fase (2014-2020), la Corte varía en sus decisiones en función de la relevancia política de los casos, aunque, en nuestra

---

<sup>286</sup> Es a lo que QUINCHE RAMÍREZ ha llamado la posición “tibia” de la Corte. “El control de convencionalidad y el sistema colombiano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Núm. 12, p.183.

opinión, ha asentado el criterio de que tal jurisprudencia posee carácter vinculante, ya que, aunque no siempre lo reconoce de forma explícita, incluso en los casos en que no sigue el precedente interamericano se preocupa por recordar que no actúa en contra de lo establecido por la Corte Interamericana.

A modo de conclusión, cabe señalar que a pesar de los cambios que hemos ido analizando en esta jurisprudencia lo cierto es que se ha ido consolidando el criterio de que el canon interpretativo de la Corte IDH forma parte de la Convención Americana<sup>287</sup>, se han ido concretando sus contenidos, y se ha ido aceptando la doctrina de que debe aplicarse en el derecho interno con la misma fuerza vinculante que la CADH.

Pese a ello, es cierto que en los últimos años la doctrina está insistiendo en la necesidad de que se produzca un diálogo jurisprudencial interamericano, como una deferencia de la Corte IDH hacia los tribunales internos, y muy especialmente, hacia las altas cortes de los Estados, en la búsqueda de un mayor entendimiento del contexto de los Estados en el momento de dictar sus fallos, e igualmente en la necesidad de que otorgue a estas un cierto margen de apreciación, especialmente en casos en los que se considera que no hay consenso regional sobre la interpretación de un derecho.

No desconocemos que algunos casos presentan dificultades a la hora de aceptar una interpretación única o que, en contextos especiales, como los de

---

<sup>287</sup> En el mismo sentido, nos muestra GOZAÍNI, el fenómeno en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina, en la que con avances y retrocesos se da una tendencia a ir aceptando el canon interpretativo de la Corte IDH como obligatorio. (GOZAÍNI, J., "Incidencia de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Interno", *Revista de Estudios Constitucionales*, año 4, Núm. 2, pp. 335 – 362; BAZÁN, V., "La Corte Suprema de Justicia argentina y su rol en la articulación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el derecho interno", *Revista de Derecho Político*, Núm. 73, pp. 315-373.

transición de una situación de conflicto armado interno a la paz, resulta más complicado armonizar los criterios de interpretación interamericanos y nacionales. Pero este margen de apreciación debe ser muy limitado, pues dadas las debilidades de las democracias de los países de la región y de sus instituciones, dicho margen podría ser utilizado para llevar a cabo un retroceso en materia de derechos humanos en el SIDH<sup>288</sup>.

### *1.1.3. Las opiniones consultivas*

Hemos dejado el análisis de las opiniones consultivas para este último epígrafe por una razón principal; y es que, en general, cuando la CCC se ha referido a la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH no ha diferenciado entre la desarrollada en el ámbito de sus competencias consultiva y contenciosa.

Sin embargo, los casos en los que la CCC sí se ha referido de forma específica a las OC merecen un apartado específico.

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las opiniones consultivas son las interpretaciones y explicaciones autorizadas que realizan los tribunales internacionales para aclarar el objeto, propósito y significado de las normas internacionales de derechos humanos, y para proporcionar a la parte solicitante una interpretación de la norma o asunto en cuestión.

---

<sup>288</sup> Al respecto ver GÓNGORA MERA, M.E. “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia...”, op. cit., pp. 403 - 430.

Las opiniones consultivas, actualmente, se han convertido en una figura del sistema jurídico a nivel global. La mayoría de los tratados de derechos humanos que prevén su supervisión por medio de tribunales han dotado a estos de jurisdicción consultiva. Es el caso de la Carta de las Naciones Unidas respecto de la Corte Internacional de Justicia, de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales respecto del Tribunal Europeo de los derechos humanos, del Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, respecto de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y, de la Convención Americana respecto de la Corte Interamericana.

En principio, el procedimiento consultivo parece menos conflictivo que el contencioso al no existir partes. Además, los tribunales internacionales no tienen la autoridad, bajo la jurisdicción consultiva, para ordenar sanciones judiciales o imponer deberes u obligaciones concretas a cualquier Estado. Sin embargo, como ya hemos señalado, las OC son vinculantes para los Estados Parte de la Convención. Es más, en ocasiones, una opinión consultiva puede tener más influencia que una sentencia en un caso contencioso, ya que afecta la interpretación general del Derecho aplicable para todos los Estados.

En la actualidad, la utilidad de las opiniones consultivas en Derecho Internacional es ampliamente aceptada. En efecto, contribuyen al desarrollo del derecho consuetudinario internacional y a la resolución de diferencias doctrinales. Igualmente pueden proporcionar un medio alternativo al de la confrontación, aunque está sea ante los tribunales, para resolver ciertas disputas internacionales y abordar cuestiones controvertidas del Derecho Internacional.

La jurisdicción consultiva de la Convención Americana permite a la Corte IDH asistir a los Estados miembros del sistema interamericano en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. A través de sus opiniones consultivas, la Corte promueve estándares de uniformidad jurídica en todo el continente americano y, como se ha señalado en el capítulo I, constituyen parte del canon interpretativo sobre el cual se debe llevar a cabo el control de convencionalidad, por lo que consideramos que tienen carácter vinculante para los Estados Parte.

Las opiniones consultivas de la Corte IDH no son únicamente aplicables a los Estados que han ratificado la Convención Americana y cualquiera de sus protocolos facultativos. Son aplicables a todos los Estados Americanos<sup>289</sup>. Por lo tanto, es importante enfatizar que, la Corte IDH contribuye a la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tanto en el ejercicio de su función contenciosa, pero muy especialmente, al desarrollo y alcance de la Convención Americana en ejercicio de su función consultiva.<sup>290</sup>

---

<sup>289</sup> Así lo afirma la Corte IDH al señalar que “si la opinión alcanzara sólo a Estados Miembros de la OEA que son Partes de la Convención Americana, el Tribunal prestaría sus servicios consultivos a un número reducido de Estados americanos, lo cual no estaría conforme al interés general que reviste la consulta (...). Por estas razones, la Corte determina que todo lo que se señala en la presente Opinión Consultiva se aplica a los Estados Miembros de la OEA que han firmado indistintamente la Carta de la OEA, suscrito la Declaración Americana, la Declaración Universal, o han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, independientemente de que hayan o no ratificado la Convención Americana o alguno de sus protocolos facultativos”. Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrs. 59 y 60.

<sup>290</sup> Debe destacarse que la Corte IDH delimita a lo largo de sus pronunciamientos el objeto y alcance de su función consultiva. Así lo establece al afirmar que “en el ejercicio de su función consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho, sino a desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos. En este ámbito, el Tribunal cumple con su función consultiva”. Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del*

En el caso de Colombia, de forma general su tribunal constitucional atribuye los mismos efectos a las opiniones consultivas que a sus sentencias. Recordemos que en la primera sentencia en la que se refirió al valor de la jurisprudencia de la Corte IDH en el derecho colombiano, consideró que ambas son vinculantes para el Estado, en los siguientes términos:

“es lógico que nuestro país acoja sus criterios jurisprudenciales, tanto en los casos contenciosos como consultivos, pues la propia Constitución señala que los derechos y deberes deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93).”<sup>291</sup>

Posteriormente en la sentencia T-1319 de 2001, relativa al derecho de expresión, la CCC no es muy clara al señalar primero que la CADH y la interpretación que de ella haga el órgano autorizado es parte del bloque de

---

*debido proceso legal.* Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 47.

Además, la Corte IDH había aclarado explícitamente las diferencias existentes entre ambas vías al señalar que “[l]a competencia consultiva de la Corte difiere de su competencia contenciosa en que no existen ‘partes’ involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio a resolver. El único propósito de la función consultiva es ‘la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos’. El hecho de que la competencia consultiva de la Corte pueda ser promovida por todos los Estados Miembros de la O.E.A. y por los órganos principales de ésta constituye otra distinción entre las competencias consultiva y contenciosa de la Corte.

Consecuentemente, la Corte advierte que el ejercicio de la función consultiva que le confiere la Convención Americana es de carácter multilateral y no litigioso, lo cual está fielmente reflejado en el Reglamento de la Corte, cuyo artículo 62.1 establece que una solicitud de opinión consultiva será notificada a todos los “Estados Miembros”, los cuales pueden presentar sus observaciones sobre la solicitud y participar en las audiencias públicas respecto de la misma. Además, aun cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables. De esta manera, es evidente que el Estado u órgano que solicita a la Corte una opinión consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento”. Corte IDH. *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 15, párrs. 25 y 26.

<sup>291</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 408 - 1996.

constitucionalidad, para luego atribuir a las opiniones de la Corte IDH un valor distinto, sin precisar sus efectos:

“También ha de otorgarse un peso distinto a las opiniones, pues la naturaleza judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y su competencia sobre Colombia, implica que sus opiniones, más que tenidas en cuenta, no pueden ser ignoradas internamente”<sup>292</sup>.

Según ROA, la CCC da un trato diferente a la jurisprudencia de la Corte IDH y a las Opiniones Consultivas. En su opinión, la Corte Constitucional ha dado un papel marginal a las Opiniones Consultivas, mientras que el contenido de sus sentencias ha sido asumido en casi todos los temas que ha resuelto internamente, incluidos los casos en que existe una relación directa entre el caso de la Corte Constitucional y las Opiniones de la Corte IDH.

ROA explica esta paradoja en los siguientes términos:

“Los tribunales internos no acuden a las opiniones consultivas de la Corte Interamericana porque ante la indeterminación de los efectos no es posible sustentar una decisión interna con base en un pronunciamiento consultivo.

Si se tuviera la certeza sobre la fuerza vinculante -absoluta o nula- de las opiniones consultivas, los jueces nacionales podrían incluirlas como criterios determinantes de sus decisiones, como criterios auxiliares de interpretación, o como un elemento de las cargas de la argumentación, según corresponda. Si para los tribunales internos no existe certeza

---

<sup>292</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 1319 – 2001.

de los efectos de las opiniones consultivas, lo razonable es que les den un uso excepcional”<sup>293</sup>.

La *indeterminación de los efectos* de las Opiniones Consultivas es una de las cuestiones más debatidas a la hora de estimar su uso por magistrados nacionales. Por ejemplo, en el ordenamiento ecuatoriano, la opiniones consultivas se consideran instrumentos vinculantes porque tanto la Constitución de Ecuador, como su Corte Constitucional, reconocen su prevalencia sobre la Carta constitucional cuando allí se contienen derechos más favorables, otorgándoles aplicabilidad directa a fin de proteger la dignidad humana<sup>294</sup>. Pero no pasa lo mismo en otros tribunales, como el de Brasil que, ha utilizado las opiniones consultivas de forma muy marginal<sup>295</sup>. En efecto, la jurisprudencia establecida en las opiniones consultivas por los tribunales nacionales es muy limitada<sup>296</sup>.

En relación con el caso colombiano, ROA toma como base las sentencias C-010-2000 y T-1319-2001 para argumentar que la Corte

---

<sup>293</sup> ROA, J.E., *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit., p. 132.

<sup>294</sup> SALAZAR, M., y otros “La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador”. *Foro, Revista de Derecho*, n.º 32, 11 de noviembre de 2019, pp. 123-43. <https://doi.org/10.32719/26312484.2019.32.7>. (consultado por última vez el 24/04/2020).

<sup>295</sup> LEITE, R. y BORGES R. “O enfrentamento às decisões da corte interamericana de direitos humanos por cortes supremas nacionais”. *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 120 (8 de junio de 2020). <https://doi.org/10.9732/rbep.v120i0.745>; TEIXEIRA, M. M., PEREIRA R. y BIEGER, A. L. “Criteria for reception of decisions on the crimes of contempt of the Inter-American Human Rights System in the Superior Court of Justice in light of the external conventionality control”, *Sequência (Florianópolis)*, nº 80, 2018, pp. 179-201.

<sup>296</sup> Aún faltan investigaciones que estudien en los diferentes tribunales nacionales el uso de las Opiniones Consultivas, como sí ha ocurrido con las sentencias. CAVAGNARO BURGOS, G.A. y JIJÓN VERA S.C., “¿Son vinculantes las opiniones consultivas que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos?” *Tesis para Optar el Grado de Abogados de los Tribunales, Ecuador. Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, 10 de febrero de 2020. <http://repositorio.ucsg.edu.ec/handle/3317/14488> (consultado por última vez el 10/03/2021).



constitucional reproduce la indeterminación de los efectos en su jurisprudencia y que, si bien desde la década de los noventa, reconoce que es lógico que los criterios de la Corte IDH establecidos en las opiniones consultivas sean acogidos de conformidad con los tratados internacionales de los derechos humanos ratificados por Colombia, no va más allá de ese reconocimiento; no puntualiza su alcance ni hace distinción alguna entre opiniones consultivas y sentencias<sup>297</sup>. Tal y como señala este autor, la intensidad del uso por la Corte Constitucional de las opiniones consultivas es baja, “marginal y excepcional, si se tiene en cuenta tanto el conjunto de la jurisprudencia constitucional colombiana como el papel de las opiniones consultivas en las decisiones”<sup>298</sup>.

No compartimos dicha opinión, pues si bien es cierto que la CCC en algunas ocasiones ha sido ambigua en relación con el valor vinculante de las opiniones, también lo ha sido con las sentencias. En la práctica ha hecho un uso indiferenciado de ambas.

Es más, en la sentencia C-086-2019 relacionada con la interpretación del art. 23 de la Convención, atribuye el mismo valor a las opiniones consultivas que a las sentencias. La CCC señala que la Corte IDH interpreta la CADH en ejercicio de su jurisdicción consultiva y contenciosa, pero que al no existir ninguna opinión consultiva sobre el art. 23, es válido que la CCC haga su propia interpretación. A *sensu contrario*, debe entenderse que, si existiera un pronunciamiento de la Corte mediante opinión consultiva, la CCC no podría apartarse de ella. En este sentido, la CCC señala lo siguiente:

---

<sup>297</sup> ROA, J.E. *La función consultiva de la Corte Interamericana... op. cit.*, pp. 133 – 135.

<sup>298</sup> *Ibidem*, p. 135.

“El antedicho examen de la doctrina de la CIDH reveló que, a la fecha de proferirse esta sentencia, no existe una doctrina consolidada en la CIDH sobre la interpretación del artículo 23 de la CADH, respecto de las sanciones disciplinarias contra servidores públicos de elección popular. Sobre este asunto en concreto, no hay opiniones consultivas, ni una posición pacífica y definitiva de la CIDH en casos contenciosos, en los cuales no ha sido parte la República de Colombia”<sup>299</sup>.

Compartimos la opinión del ex presidente de la CCC, CÓRDOBA TRIVIÑO, quien destaca la relevancia que tanto las sentencias como las opiniones consultivas han tenido en la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>300</sup>. En las líneas que siguen vamos a hacer referencia a algunos de los casos que ponen en evidencia el impacto de las opiniones consultivas interamericanas en los casos resueltos por la Corte constitucional colombiana en el ámbito de la libertad de expresión, el debido proceso, de violaciones graves de los derechos humanos y, recientemente, de apatridia y migración.

En el ámbito de la libertad de expresión se ha producido una incidencia reconocida de las opiniones consultivas. El tribunal colombiano tomó como uno de sus referentes jurídicos más importantes la *Opinión Consultiva OC-5/85* para resolver temas referentes a la misma<sup>301</sup>. La Corte Constitucional adoptó la postura de la Corte IDH señalando lo siguiente:

---

<sup>299</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 086 – 2019.

<sup>300</sup> CÓRDOBA TRIVIÑO, J., “Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al derecho constitucional colombiano”, op.cit., pp. 667-85.

<sup>301</sup> Teniendo en cuenta que en la segunda parte de esta tesis desarrollaremos en detalle el tema de la libertad de expresión, aquí nos limitaremos a señalar la mención explícita de las opiniones consultivas de la Corte IDH por parte de la CCC.

“Según esa doctrina [Opinión Consultiva No 05], una restricción es conforme a la Convención Interamericana si consiste en una forma de responsabilidad posterior, pues la censura previa se encuentra prohibida. Además, debe tratarse de una causal que se encuentre previamente prevista en la ley, de manera clara y taxativa, y que sea necesaria para proteger los fines previstos por la propia Convención, a saber, el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas”<sup>302</sup>.

En el mismo sentido, se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia T-391-2007, en la que establece que las limitaciones de la libertad de expresión deben ser acordes con los tratados internacionales, y adopta la posición de la Corte IDH sustentándose tanto en el *caso de Herrera Ulloa v. Costa Rica*, como en la *Opinión Consultiva 05/85*, sobre el significado de la “necesidad” de las limitaciones, precisando que “ésta debe ser una necesidad social imperiosa, más que simplemente útil, razonable u oportuna”<sup>303</sup>. A finales del año 2019, en un caso relativo a la libertad de expresión y a la prohibición de censura previa en relación con las pautas de carácter informativo que se

---

<sup>302</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia – 010 – 2000. En este caso fue abordada la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2º (parcial), 3º (parcial), 5º, 6º (parcial) 7º literales c) y f), 8º inciso tercero, 10, 11 (parcial), 13 inciso primero, 14, 15 (parcial), 19 y 20 literal f) de la Ley 74 de 1966, “por la cual se reglamenta la transmisión de programas por los servicios de radiodifusión”. Se discutieron los siguientes temas: El carácter preferente de la libertad de expresión e información, y de radio; La jurisprudencia internacional como criterio de interpretación constitucional; Distinción entre regulaciones neutrales de la libertad de expresión y restricciones fundadas en el contenido del mensaje; Requisitos para que sea legítima una limitación a la libertad de expresión, y prohibición de restricciones ambiguas a este derecho; Alcance de la prohibición de censura previa y aviso a las autoridades para emitir discursos políticos; Protección de la veracidad de la información y deber de los medios de distinguir entre la presentación de una noticia y la divulgación de cualquier otro contenido; Publicidad comercial y libertad de expresión; Requisitos para la emisión de programas periodísticos y responsabilidad de sus directores.

<sup>303</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 391 – 2007. En el mismo sentido, Sentencia T – 628 – 2017.

pretendan transmitir en espacios de televisión, la Corte Constitucional utilizó la *Opinión Consultiva 05/85* de la Corte IDH.

En un delicado caso de control de constitucionalidad, a través de la sentencia C-1001 de 2005, la Corte colombiana adoptó el criterio de la Corte IDH relativo a las garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), recogido en la Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. En su pronunciamiento, el tribunal constitucional concluyó que, a la luz de dicha opinión consultiva:

“...el derecho al debido proceso establecido en el artículo 8° de la Convención, al no ser susceptible de suspensión durante los estados de excepción -y al tratarse de una norma de derechos humanos contenida en un tratado ratificado por Colombia-, hace parte del bloque de constitucionalidad y debe ser tomado en cuenta por esta Corporación para el análisis de constitucionalidad de las disposiciones que son sometidas a control de constitucionalidad pues su contrariedad apareja la vulneración de los artículos 93 y 94 superiores”<sup>304</sup>.

En su sentencia Sentencia C-731/05, la Corte Constitucional apoyó su decisión en este mismo ámbito del debido proceso, en la *Opinión Consultiva OC-8/87* del 30 de enero de 1987 sobre el *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención) solicitada por la Comisión interamericana. Lo hizo en los siguientes términos:

---

<sup>304</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1001 – 2005. Concretamente la Corte Constitucional afirmó, “En dicha Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987 la Corte Interamericana afirmó en efecto que la relación existente entre el debido proceso del artículo 8° y las garantías judiciales indispensables es de “necesidad específica”, en la medida en que respecto de estas garantías es indispensable que se preserve de manera integral el debido proceso”.

“Las extensas referencias que esta Corte se ha permitido hacer de la Opinión Consultiva OC-8/87 de la Corte Interamericana es apenas una pequeña muestra de la importancia y el alcance de los planteamientos de este Tribunal Internacional en materia de la efectiva garantía del derecho al debido proceso, algo que complementa y profundiza lo establecido en el ordenamiento constitucional colombiano y contribuye a reforzar la tarea que en ese sentido ha venido desempeñando de modo constante la Corte Constitucional”<sup>305</sup>.

En esta ocasión utiliza de nuevo los argumentos de la Opinión Consultiva para garantizar el derecho al debido proceso y refuerza los suyos propios para establecer que no cabe vaciar de contenido la cláusula del debido proceso cuando se declaran estados de excepción<sup>306</sup>.

Recientemente, en la Sentencia T-006-2020, la Corte Constitucional se pronunció sobre el derecho a la nacionalidad de niños y niñas hijos de extranjeros que se encuentran en riesgo de apatridia en Colombia<sup>307</sup>. Para hacerlo, adoptó lo pronunciados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tanto en la resolución de casos contenciosos, como en las opiniones consultivas. La Corte Constitucional establece el derecho a la nacionalidad colombiana de niños y niñas hijos de venezolanos migrantes en situación

---

<sup>305</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 731 – 05.

<sup>306</sup> También sobre la misma temática, la Corte Constitucional en el control de constitucionalidad proferido en la Sentencia C – 187 – 2006, considera la *Opinión Consultiva OC-9/87* del 6 de octubre de 1987, sobre garantías judiciales. En tribunal afirmó: “las garantías judiciales no susceptibles de suspensión, ni restricción según lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Convención Americana, son aquéllas a las que ésta se refieren expresamente los artículos 7.6 (habeas corpus) y 25.1 (amparo), consideradas dentro del marco de los principios del artículo 8° de la misma Convención, el cual consagra, según la Corte Interamericana, el debido proceso legal que no puede suspenderse bajo ninguna circunstancia durante los estados de excepción, en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales.”

<sup>307</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 006 – 2020.

irregular, un fenómeno masivo de movilidad transfronteriza de migrantes y refugiados venezolanos que se produce hacia el territorio colombiano desde 2015<sup>308</sup>. El tribunal constitucional asumió la *Opinión Consultiva 21/14* sobre el alcance e interpretación a los derechos consagrados en la Convención sobre las obligaciones de los Estados respecto del tratamiento de los niños y niñas que están en una situación de migración. Basándose en la mencionada opinión consultiva, afirmó que

“cualquier política migratoria respetuosa de los derechos humanos, así como toda decisión administrativa o judicial relativa tanto a (...) la situación migratoria, debe evaluar, determinar, considerar y proteger de forma primordial el interés superior de la niña o del niño afectado”<sup>309</sup>.

Esta decisión fue importante porque permitió que se reconociera a los hijos recién nacidos de migrantes venezolanos la nacionalidad colombiana que se les había negado, evitando de esta manera las consecuencias de la apatridia.

A modo de conclusión, el uso de las opiniones consultivas de la Corte IDH por la Corte Constitucional colombiana tienen dos rasgos esenciales. Por una parte, le otorga el mismo valor jurídico que a las sentencias puesto que no se hace ninguna distinción al momento de usarlas; por otra, ha hecho un uso relevante de las opiniones consultivas, aunque no sean abundantes los casos en

---

<sup>308</sup> RUIZ, A.L, y ARÉVALO G. A. “Revictimización de la movilidad humana en la prensa boyacense”, *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, n.º 51, 2019, pp. 153-74; ARÉVALO, G. A. y CASTELLANOS, O. E. “El derecho a la salud de venezolanos en situación migratoria irregular en la jurisprudencia constitucional colombiana (2016-2019)”, *Estudios constitucionales* 18, nº 1, 2020, pp. 475-500. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002020000100475> (consultado por última vez el 10/06/2021).

<sup>309</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 006 – 2020.

que las usa, si tenemos en cuenta que en casos significativos como los señalados, de alta tensión, dichas opiniones han sido determinantes para dar sustento a las decisiones del tribunal constitucional.





## **PARTE SEGUNDA**

# **LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA COMO CATALIZADOR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. EL DERECHO MATERIAL**



# 1. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS A LA VERDAD, A LA JUSTICIA Y A LA REPARACIÓN

## 1.1. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

A partir de la segunda mitad del siglo XX, los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos y el Derecho internacional humanitario han sido reconocidos en diferentes instrumentos, pero el contenido de estos derechos y su alcance son de reciente desarrollo. Como señala GÓMEZ ISA, la perspectiva de las víctimas ha adquirido protagonismo recientemente, en contraposición al enfoque tradicional del Derecho penal y el DIDH, centrados en el Estado y el victimario, generándose una verdadera cultura de las víctimas, que ha dado lugar a una nueva concepción de la justicia, que ha pasado ser una justicia retributiva para ser una justicia restauradora<sup>310</sup>.

El art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoció el derecho de toda persona a “un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”. Posteriormente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966 precisa su alcance y la obligación de los Estados de garantizar a las personas bajo su jurisdicción su acceso efectivo. En el ámbito regional el Convenio Europeo de Derechos Humanos lo reconoce en el art. 13, la Convención Americana en el art. 25 y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos en el art. 7.1

---

<sup>310</sup> GÓMEZ ISA, F. “El derecho de las víctimas a la reparación integral. Balance y perspectivas”, *El Otro Derecho*, número 37, 2007, págs. 11-13.

El recurso a un derecho judicial efectivo en el contexto americano abarca, en relación con las víctimas de violaciones de derechos humanos y el Derecho internacional humanitario, el derecho de todas las partes comprometidas a acudir a los procesos judiciales para ser escuchadas con las debidas garantías, dentro de un plazo razonable y mediante un recurso sencillo. De este derecho, en relación con el derecho a las debidas garantías judiciales (art. 8 CADH), se desprenden los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, como veremos más adelante.

En el Derecho internacional humanitario, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977 también establecen, en relación con las infracciones graves, la obligación de los Estados tanto de prohibirlas y prevenirlas, como de investigar y juzgar a sus responsables. Esto significa que los derechos de las víctimas son derechos reconocidos internacionalmente y que, conforme al Derecho internacional, los Estados tienen la obligación de garantizarlos y respetarlos en todo momento.

Por otra parte, el avance en el reconocimiento de los derechos de las víctimas y la necesidad de hacer frente a los actos que agravan la conciencia de la sociedad fue materializado, después de muchos años de esfuerzo de la Organización de las Naciones Unidas por codificar las obligaciones internacionales de los Estados, en la aprobación de un conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad<sup>311</sup> y los principios internacionales sobre el derecho de las

---

<sup>311</sup> *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, aprobados por la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU), Resolución sobre impunidad, número

víctimas a obtener reparaciones, del año 2005<sup>312</sup>. Estos instrumentos establecen las obligaciones de los Estados de prevenir las violaciones, investigarlas, sancionar a los responsables y proporcionar recursos efectivos de reparación a las víctimas sobre la base del reconocimiento de sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición.

En el contexto americano, la Corte y la Comisión Interamericanas han establecido el alcance y contenido de los derechos de las víctimas, lo que ha tenido una importancia fundamental para garantizar su efectividad y luchar contra la impunidad, máxime si tenemos en cuenta que la historia del continente ha estado marcada por las repetidas quiebras del sistema democrático e institucional, conflictos armados internos, guerras civiles y otras situaciones de violencia generalizada caracterizadas por una violación masiva y sistemática de los derechos humanos e infracciones del Derecho internacional humanitario, y que, en casi todas las situaciones de violencia mencionadas, los agentes del Estado han tenido participación directa en las violaciones o han apoyado o tolerado estas cuando han sido cometidas por particulares o grupos armados ilegales con amplio control de los territorios.

Dichos periodos han estado caracterizados por la falta de información completa, objetiva y veraz, lo que ha sido usado como política de Estado, o incluso como estrategia de lucha, contra quienes han sido considerados

---

2005/81 (por medio de la cual toma nota del Conjunto actualizado de principios como directrices que ayuden a los Estados a desarrollar medidas eficaces para luchar contra la impunidad, reconoce la aplicación regional y nacional de los Principios y adopta otras disposiciones al respecto), Doc. ONU E/CN.4/RES/2005/81.

<sup>312</sup> *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, aprobados por la Asamblea General de la ONU, AG Res. 60/147 del 16 de diciembre de 2005.

enemigos, como es el caso de las desapariciones forzadas<sup>313</sup>. Esta situación no ha podido superarse ni en los periodos de transición de las dictaduras a la democracia ni de la guerra a la paz, puesto que se han privilegiado normativas de amnistía e indulto frente al derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación. En este sentido, la Comisión interamericana ha señalado que “un difícil problema que han debido afrontar las recientes democracias es el de la investigación de las anteriores violaciones de derechos humanos y el de la eventual sanción a los responsables de tales violaciones”<sup>314</sup>.

Al respecto, la jurisprudencia interamericana ha señalado que los Estados Parte están obligados a investigar, juzgar, sancionar y reparar las violaciones de la Convención, obligaciones derivadas de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición de las víctimas, y que estos derechos deben estar garantizados en todo momento y lugar con independencia del contexto político del país, constituyéndose en un límite normativo a las decisiones tanto de los gobernantes como de las sociedades. La Corte se pronunció en repetidas ocasiones sobre las leyes de amnistía de las transiciones de países como Chile, Perú, Uruguay, Brasil, Guatemala, El Salvador y Colombia, teniendo una importante repercusión política en la región no sólo para la reapertura de los procesos que se habían cerrado, sino para los procesos de paz que vendrían después, al establecer que las transiciones a la democracia o a la paz no se pueden realizar de cualquier forma, sino que

---

<sup>313</sup> CIDH, *Derecho a la Verdad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.152 Doc.2, 13 de agosto de 2014, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>, (consulta por última vez el 10/10/2020).

<sup>314</sup> CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986*, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev. 1, 26 septiembre 1986, Capítulo V.

deben respetar los derechos de las víctimas y garantizar un mínimo de justicia como parte de las bases de una sociedad verdaderamente democrática<sup>315</sup>.

En el año 2005 Colombia aprobó un marco jurídico para adelantar las negociaciones de paz entre el gobierno y los paramilitares y, posteriormente, otra normativa en el año 2018 para las negociaciones de paz con el grupo guerrillero Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP en adelante). En este contexto, los estándares fijados por la Corte IDH tuvieron una enorme repercusión para garantizar los derechos de las víctimas. Esto se ha visto reflejado en numerosas decisiones judiciales, pero es del mayor interés la forma en que la Corte Constitucional introduce en su jurisprudencia lo establecido por la Corte IDH, junto con otros estándares internacionales para, en primer lugar, garantizar los derechos de las víctimas en el proceso penal ordinario, y posteriormente, limitar, modificar, interpretar el marco jurídico de las negociaciones de paz y establecer las obligaciones del Estado, buscando equilibrar todos los valores y derechos contenidos en el texto constitucional<sup>316</sup>. Por ello, nos centraremos en las decisiones de este tribunal, aunque, como veremos más adelante, el debate sobre cuál es la mejor forma de lograr un equilibrio entre los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos y el logro de una transición a la democracia y a la paz sigue abierto.

---

<sup>315</sup> UPRIMNY, R. y SAFFON, M.P., Verdad judicial y verdades extrajudiciales: la búsqueda de una complementariedad dinámica, *Pensamiento Jurídico*, N. 17, 2006.

<sup>316</sup> Como lo señala HUNEEUS, los estándares de la Corte al respecto han sido tan relevantes en los procesos de paz que todos los actores políticos, tanto aquellos a favor como en contra de las negociaciones, consideraban que lo establecido por la Corte IDH en materia de los derechos de las víctimas era obligatorio para el Estado colombiano y, por tanto, el acuerdo de paz debía respetar dichos estándares. HUNEEUS. A., “Constitutional Lawyers and the Inter-American Court’s Varied Authority”, *Law and Contemporary Problems*, N.1, 2016, pp 181 -207, <http://lcp.law.duke.edu/> (consultado por última vez el 29/08/2021).

Teniendo en cuenta lo anterior, en la primera parte del presente capítulo vamos a analizar la jurisprudencia de la Corte IDH en relación con los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición y, en la segunda, cómo han sido incorporados esos estándares a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y las repercusiones jurídicas que ha tenido en la normativa de transición.

### *1.1.1.El Derecho a la verdad*

La Convención Americana sobre Derechos Humanos no recoge expresamente el derecho a la verdad. Sin embargo, esto no ha sido un impedimento para su reconocimiento por parte de la Corte IDH. De hecho, desde su primera sentencia en la materia, advierte su importancia para los familiares de las víctimas, y, posteriormente, su jurisprudencia lo consolida como una garantía establecida en los instrumentos del Sistema Interamericano vinculada con los derechos a las garantías judiciales y protección judicial reconocidos en la Convención Americana.

En contextos de violaciones graves y masivas de los derechos humanos, una constante que sufren las víctimas, sus familiares y la sociedad en general, es la incertidumbre sobre lo ocurrido, la causa, el cómo y por qué ocurrieron los hechos, y quiénes fueron sus perpetradores. Dar respuesta a esas preguntas es vital para restablecer los derechos de las víctimas, evitar la impunidad y la repetición de los crímenes y, con ello, procurar el fortalecimiento de las sociedades democráticas.



Directamente vinculado con los casos de desaparición forzada, una práctica aún persistente en la región<sup>317</sup>, el derecho a la verdad aparece por primera vez en la jurisprudencia de la Corte en el caso *el caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*<sup>318</sup> como un derecho de los familiares de las víctimas. La Corte consideró que la investigación de los hechos era necesaria para determinar si hubo lugar a una violación de los derechos, conocer con certeza lo sucedido y por tanto era una obligación del Estado adelantar las acciones necesarias para conocer la verdad de lo ocurrido con la persona desaparecida<sup>319</sup>. Frente al secuestro y la desaparición de Manfredo Velásquez por o con tolerancia de los miembros de la fuerza pública en un contexto generalizado de desapariciones forzadas, la Corte IDH señaló que,

“El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se

---

<sup>317</sup> MOLINA THEISSEN, L. *La Desaparición Forzada de Personas en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Serie Estudios Básicos de Derechos Humanos Tomo VII, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996; RODRÍGUEZ, J.J. y ESCOBAR, N.B.E., “Movimientos de mujeres para luchar contra la impunidad y el olvido: paralelismos y diferencias entre Ciudad Juárez (México) y Medellín (Colombia)”, *Comunicación y Género*, 2018, vol. 1, no 1, p. 113-126.

<sup>318</sup> Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras*. Sentencia de Fondo. 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

<sup>319</sup> BURGORGUE-LARSEN, L., “The Right to the Truth”, BURGORGUE-LARSEN, L., y ÚBEDA DE TORRES, Amaya, *The Inter- American Court of Human Rights. Case Law and Commentary* Oxford, OUP, 2011.

encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance”<sup>320</sup>.

La configuración del derecho a la verdad en la jurisdicción interamericana tiene una relación directa con los derechos a las garantías judiciales (art.8) y a la protección judicial (art. 25), y en algunos casos se vincula también con el derecho de acceso a la información (art. 13). Por tanto, no es un derecho autónomo, sino subsumido en otros derechos reconocidos en la Convención.

En el caso *Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela*, sobre la detención arbitraria y desaparición de Oscar José Blanco Romero, Roberto Javier Hernández Paz y José Francisco Rivas Fernández por agentes del Estado, la Corte señaló que,

“La Corte no estima que el derecho a la verdad sea un derecho autónomo consagrado en los artículos 8, 13, 25 y 1.1 de la Convención, como fuera alegado por los representantes, y por lo tanto no homologa el reconocimiento de responsabilidad del Estado en este punto. El derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento”<sup>321</sup>.

---

<sup>320</sup> Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 181. En el mismo sentido, *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr.191; *Caso Castillo Páez Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párr. 90; *Caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314, párr.178.

<sup>321</sup> Corte IDH, *Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No 138, párr. 62.

Esta jurisprudencia se reitera en el *caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, que analiza la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada y ejecución extrajudicial de un grupo de personas de Pueblo Bello por parte de un grupo paramilitar, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables de los hechos. En esta ocasión la Corte también fundamenta el derecho a la verdad como parte de la debida reparación.

“En cuanto al llamado derecho a la verdad, este Tribunal lo ha entendido como parte del derecho de acceso a la justicia, como una justa expectativa que el Estado debe satisfacer a las víctimas de violaciones de derechos humanos y a sus familiares y como una forma de reparación. Por ende, en su jurisprudencia la Corte ha analizado el derecho a la verdad dentro de los artículos 8 y 25 de la Convención, así como en el capítulo relativo a otras formas de reparación”<sup>322</sup>.

Sin embargo, teniendo en cuenta el permanente padecimiento de las víctimas o la imposibilidad de acceder a la información, la Corte consideró que en algunos casos el derecho a la verdad puede estar vinculado con otros derechos consagrados en la Convención. Por ejemplo, en el *caso Gomes Lund y otros v. Brasil* lo vinculó con el derecho a buscar y recibir información consagrado en el art. 13 de la Convención,<sup>323</sup> mientras que en el *caso Gudiel Álvarez y otros v. Guatemala*, la Corte vinculó la violación del derecho a

---

<sup>322</sup> Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 219.

<sup>323</sup> Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros Vs. Brasil*. Excepciones, Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 201.

conocer la verdad con el derecho a la integridad personal de los familiares, y consideró que,

“al impedir a los familiares el esclarecimiento de la verdad histórica, a través de la vía extrajudicial establecida por el propio Estado en los Acuerdos de Paz y la Ley de Reconciliación Nacional, sumado a la impunidad que persiste en este caso, el Estado violó el derecho a la integridad personal, consagrado en los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana”<sup>324</sup>.

En el mismo sentido, la Corte consideró que, en el caso de las desapariciones forzadas es el esclarecimiento del paradero final de las personas desaparecidas lo que ayuda a los familiares a calmar la angustia y el sufrimiento generados por la incertidumbre sobre la suerte del familiar desaparecido<sup>325</sup>, y que recuperar los cuerpos de las personas fallecidas era de la mayor importancia para los familiares, puesto que les permite darles sepultura de acuerdo con sus creencias, y les ayuda a concluir el duelo que han sufrido durante el tiempo de la desaparición<sup>326</sup>. Mientras eso no sea posible por la falta de acceso a la verdad, el padecimiento persiste, lo que constituye una forma de trato cruel e inhumano para los familiares cercanos, de forma que la violación del derecho a la integridad personal puede estar vinculada con una violación de su derecho a conocer la verdad<sup>327</sup>.

---

<sup>324</sup> Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez (“Diario Militar”) Vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No 253, párr. 302.

<sup>325</sup> Corte IDH, *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 222.

<sup>326</sup> Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252, párr. 331

<sup>327</sup> Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 113. En el mismo

El derecho a la verdad, como ha reconocido la Corte, tiene dos dimensiones. La primera es la dimensión individual, que corresponde exclusivamente a las víctimas y sus familiares, y consiste en su derecho a conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que generaron las violaciones de los derechos, las razones, el destino de las personas, así como el estado de las investigaciones oficiales<sup>328</sup>. Además, la Corte ha señalado que la verdad constituye una forma de reparación en sí misma<sup>329</sup> y es la base para que los demás derechos puedan hacerse efectivos. En este sentido, el derecho a la verdad da lugar a una justa expectativa de las víctimas, que el Estado debe satisfacer<sup>330</sup>.

La segunda es la dimensión colectiva, que corresponde al derecho de la sociedad en su conjunto a conocer la verdad sobre los crímenes atroces acaecidos, motivos y circunstancias, de forma que estos no se vuelvan a repetir<sup>331</sup>. Esto implica la obligación del Estado de reconstruir y proteger la

---

sentido el TEDH, *Kurt v. Turkey*. Sentencia de mayo 25 de 1998, párrs. 130-34; TEDH, *Çakici v. Turkey*. Sentencia de julio 8 de 1999, párr. 98; TEDH, *Timurtas v. Turkey*. Sentencia de junio 13 de 2000, párr. 95; TEDH, *Cyprus v. Turkey*. Sentencia de mayo 10 de 2001, párrs. 157-58.

<sup>328</sup> Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988 Serie C No. 4, párr. 181; *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, párr. 117, y *Caso Anzualdo Castro V. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 118.

<sup>329</sup> CIDH, *Monseñor Óscar Arnulfo Romero y Galdámez Vs. El Salvador*. Caso No. 11.481. Informe No. 37/00, párrs. 147-48; Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de febrero 22 de 2002. Serie C No. 91, párr. 76; *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Sentencia de noviembre 25 de 2003. Serie C No.101, párr. 274; Principio 36 del *Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*.

<sup>330</sup> Corte IDH, *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 222; *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 440.

<sup>331</sup> La CIDH señaló que la sociedad tiene el “irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro”, CIDH, *Informe Anual*

memoria colectiva. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado al respecto que

“el cumplimiento del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos obliga a los Estados a adoptar medidas tendientes a evitar que las violaciones graves de los derechos humanos se vuelvan a repetir, motivo por el cual las medidas preventivas y de no repetición empiezan con la revelación y reconocimiento de las atrocidades del pasado. (...) La sociedad tiene el derecho a conocer la verdad en cuanto a tales crímenes con el propósito de que tenga capacidad de prevenirlos en el futuro”<sup>332</sup>.

En cuanto a la garantía del derecho a la verdad, como señalan UPRIMNY y SAFFÓN, esta puede ser satisfecha por diferentes vías. En primer lugar, por medio de la vía judicial, en la que la verdad oficial es producto de los procesos judiciales seguidos contra los autores materiales y/o intelectuales de los crímenes. En segundo lugar, por la vía de la verdad extrajudicial institucionalizada, resultante de los espacios especialmente creados para su reconstrucción, pero que no tiene carácter judicial ni los efectos que se derivan de ella; el mecanismo extrajudicial más habitual son las comisiones de la verdad<sup>333</sup>. Por último, estaría la verdad social no institucionalizada, que es

---

de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev. 1, 26 septiembre 1986, Capítulo V.

<sup>332</sup> Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez Vs Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de febrero 22 de 2002. Serie C No. 91, párr. 77.

<sup>333</sup> Los Principios contra la Impunidad señalan y regulan en sus artículos 9-13 las comisiones de investigación, que incluyen las comisiones de la verdad. Experiencias importantes de procesos que han usado las Comisiones de la verdad como mecanismo para facilitar la

aquella a la que se llega por todos los demás mecanismos no oficiales de reconstrucción de la verdad, como serían las investigaciones sociales, periodísticas, etc.<sup>334</sup>.

Al respecto, la Corte Interamericana ha reconocido en varios casos la importante función de las Comisiones de la verdad y otros instrumentos extrajudiciales como mecanismos para cumplir con la obligación estatal de garantizar el derecho a conocer lo ocurrido, ya que contribuyen a la reconstrucción de la verdad, la preservación de la memoria colectiva y constituyen una forma de reparación en sí misma. Así lo manifestó en el caso *Gomes Lund y otros v. Brasil*:

“el establecimiento de una comisión de la verdad, según el objeto, procedimiento, estructura y fin de su mandato, puede contribuir a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos históricos de una sociedad”<sup>335</sup>.

La propia Corte ha tomado las conclusiones de las Comisiones como parte del acervo probatorio a valorar en los casos bajo su jurisdicción<sup>336</sup>. Sin embargo, la Corte ha sido clara al señalar que estos mecanismos son

---

transición al Estado de Derecho son Ghana, Nigeria, Sierra Leona, Sudáfrica, Timor Oriental, Brasil, Perú, Ecuador, Panamá, Chile, Argentina, antigua Yugoslavia, entre otros. Al respecto, ver HAYNER, P. B. *Unspeakable Truths 2e: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, Routledge, 2010.

<sup>334</sup> UPRIMNY, R., y SAFFÓN, M.P., “Verdad judicial y verdades extrajudiciales: la búsqueda de una complementariedad...” op.cit., p. 10.

<sup>335</sup> Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 297.

<sup>336</sup> Corte IDH. *Caso Vásquez Durand y Otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C nº 332, párrs. 114-116.

complementarios y no sustituyen la obligación del Estado de establecer la verdad mediante procesos judiciales, en virtud de la “obligación general que tienen de garantizar o asegurar los derechos de las personas bajo su jurisdicción”, de forma que no puede renunciar a llevar a cabo la investigación judicial para establecer por esa vía los hechos y las responsabilidades correspondientes,

“No obstante, sin desconocer lo anterior, la Corte considera pertinente precisar que la “verdad histórica” contenida en los informes de las citadas Comisiones no puede sustituir la obligación del Estado de lograr la verdad a través de los procesos judiciales. En tal sentido, los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención protegen la verdad en su conjunto, por lo que Chile tiene el deber de investigar judicialmente los hechos referentes a la muerte del señor Almonacid Arellano, atribuir responsabilidades y sancionar a todos quienes resulten partícipes”<sup>337</sup>.

Adicionalmente, la Corte ha insistido en que la carga de la investigación corresponde al Estado, quien es el llamado a cumplir con la expectativa de las víctimas y la sociedad de conocer lo ocurrido, y, por tanto, “no depende de la iniciativa procesal de la víctima, o de sus familiares o de su aportación de elementos probatorios”<sup>338</sup>.

---

<sup>337</sup> Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. párr. 150; Corte IDH, *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287.

<sup>338</sup> Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párr. 157



Por otra parte, en desarrollos posteriores, la Corte ha considerado con respecto a la dimensión colectiva, que su satisfacción:

“exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades”<sup>339</sup>.

En conclusión, ha sido establecido que la efectividad del derecho a la verdad está determinada por la efectiva investigación y establecimiento de la verdad como parte de un proceso jurídico y se relaciona de forma directa con el acceso a un recurso judicial efectivo<sup>340</sup>, aunque se reconocen otros mecanismos que pueden complementar los procesos judiciales para buscar la verdad sobre las violaciones de los derechos humanos y la determinación de sus responsables.

### *1.1.2. El Derecho a la justicia. La obligación de investigar, juzgar y sancionar*

De acuerdo con la abundante jurisprudencia de la Corte Interamericana, cuando hablamos del derecho a la justicia de las víctimas de violaciones de derechos humanos nos referimos al derecho que estas tienen a que el Estado investigue, juzgue y sancione con penas adecuadas a los responsables. En el

---

<sup>339</sup> Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 195.

<sup>340</sup> BOTERO, C. y RESTREPO E., “Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia”, comp. RETTBERG A. *Entre el Perdón y el Paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2005.

Sistema Interamericano estas obligaciones se derivan de los artículos XVIII y XXIV de la DADH y 1.1, 2, 8.1 y 25 de la CADH.

En efecto, la Corte se manifestó en este sentido, al establecer que, de acuerdo con la obligación de garantizar el libre y pleno derecho de los derechos reconocidos en la Convención,

“los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”<sup>341</sup>.

La Corte profundizó en el sentido de dichas obligaciones a través de su jurisprudencia, determinando, en primer lugar, que la de investigar es una obligación que debe ser adelantada por parte del Estado de forma seria, mediante procedimientos que cumplan con todas las formalidades, con imparcialidad e independencia y en un tiempo razonable<sup>342</sup>. Esto es, llevarla a cabo con la debida diligencia, sin dilación y de oficio, sin que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas, teniendo la seria intención de aclarar los hechos y determinar todos los responsables (autores materiales, intelectuales, cómplices, etc.), para lo cual debe emplear medios adecuados y adelantarse con rigurosidad. Así, en el caso *Velásquez Rodríguez Vs. Guatemala* la Corte estableció que,

---

<sup>341</sup> Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr.166

<sup>342</sup> SALVIOLI, F., *El derecho internacional de la persona humana frente a la impunidad de hecho o de derecho: criterios a considerar en procesos de justicia transicional*, Fundación Social, Bogotá, 2004; *Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala*, resolución de la Corte IDH, 27 de enero de 2009, párrs. 28 y 30.

“La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.”<sup>343</sup>

Por otra parte, es importante resaltar que el deber de investigar tiene una relación directa con el derecho a la verdad, pues solo si la investigación llevada a cabo es efectiva será posible determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron lugar a las violaciones de derechos humanos, así como conocer el paradero de las víctimas y determinar quiénes son los responsables<sup>344</sup>.

En relación con asuntos con participación de estructuras criminales complejas (es el *caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, en el que se analizó la ejecución, en 1989, de varios miembros de una comisión judicial que

---

<sup>343</sup> Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr.177

<sup>344</sup> Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Sentencia de noviembre 25 de 2003, Serie C No. 101, párrs. 273-74.

estaba investigando crímenes cometidos por el paramilitarismo y por el que el Estado condenó a ocho personas, incluido un suboficial del ejército)<sup>345</sup>, la Corte consideró que a pesar de dichas condenas, el Estado no cumplió con su obligación, al no investigar las estructuras criminales subyacentes y determinar la responsabilidad de todos los que formaban parte de dichas estructuras.

Al respecto dijo la Corte,

“El eje central del análisis de la efectividad de los procesos en este caso es el cumplimiento de la obligación de investigar con debida diligencia. (...) En este sentido, tienen que adoptarse todas las medidas necesarias para visibilizar los patrones sistemáticos que permitieron la comisión de graves violaciones de los derechos humanos.

158. Una debida diligencia en los procesos por los hechos del presente caso exigía que éstos fueran conducidos tomando en cuenta la complejidad de los hechos, el contexto en que ocurrieron y los patrones que explican su comisión, (...). En consecuencia, las autoridades judiciales debían tomar en cuenta los factores indicados en el párrafo anterior, que denotan una compleja estructura de personas involucradas en el planeamiento y ejecución del crimen, en la cual convergen tanto la participación directa de muchas personas como el apoyo o colaboración de otras, incluyendo a agentes estatales,

---

<sup>345</sup> Corte IDH, *Caso Masacre la Rochela Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163. De acuerdo con los hechos del caso, en enero de 1989 un grupo paramilitar secuestró de la comunidad de La Rochela, a una comisión de 16 funcionarios judiciales que investigaba la responsabilidad de civiles y militares en múltiples homicidios y desapariciones cometidas en la zona del Magdalena Medio, incluyendo la desaparición de 19 comerciantes que transitaban por la región. Los paramilitares dispararon al grupo, asesinaron a 12 personas e hirieron a otras tres. El crimen fue el resultado de una alianza entre paramilitares, narcotraficantes y algunos miembros del Ejército, y se enmarca dentro de un contexto de violencia contra funcionarios judiciales. (El Estado colombiano también fue condenado por el caso de los 19 comerciantes que los funcionarios judiciales investigaban al momento de su muerte quienes fueron asesinados por los mismos grupos paramilitares con aquiescencia de funcionarios públicos. *Caso 19 Comerciantes v. Colombia*)

estructura de personas que existe antes del crimen y permanece después de su ejecución, dado que comparten objetivos comunes”<sup>346</sup>.

En los casos de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad<sup>347</sup> la Corte ha considerado que las obligaciones de investigar, juzgar y sancionar adquieren particular importancia e intensidad, ya que,

“el daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables”<sup>348</sup>.

Además, ha recordado que la prohibición de las desapariciones forzadas y el correlativo deber de investigar y sancionar han adquirido carácter de *ius cogens*,

“(…) Consecuentemente, la obligación de investigar, y en su caso enjuiciar y sancionar, adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la

---

<sup>346</sup> Corte IDH, *Caso Masacre la Rochela Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 163, párrs. 156 y 158. En el mismo sentido, en el *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*, la Corte señaló que “en casos complejos la obligación de investigar conlleva el deber de dirigir los esfuerzos del aparato estatal para desentrañar las estructuras que permitieron esas violaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias, y no sólo descubrir, enjuiciar y en su caso, sancionar a los perpetradores inmediatos”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C No. 213, párr. 118.

<sup>347</sup> Al respecto, la Asamblea General de la ONU sostuvo que la “investigación rigurosa” de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, así como la sanción de sus responsables, “son un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales”. Cfr. O.N.U., Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2583 (XXIV) de 15 de diciembre de 1969. En el mismo sentido, el principio 19 de los *Principios contra la Impunidad* establece la obligación de los Estados de emprender investigaciones “rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario” y adoptar “las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente”.

<sup>348</sup> Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 152.

naturaleza de los derechos lesionados; más aún pues la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarla y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de *ius cogens*.”<sup>349</sup>

Con respecto a las sanciones, nuevamente en el *Caso de la Masacre de la Rochela*, en el que se aplicó la normativa de justicia transicional<sup>350</sup> resultante del proceso de desmovilización de los grupos paramilitares en Colombia y que incluía el beneficio de una pena alternativa en caso de que el beneficiario contribuyera con la consecución de la paz nacional, la Corte se refirió a la obligación de aplicar el principio de proporcionalidad de la pena, señalando que:

“la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos”<sup>351</sup>.

Y respecto a la posibilidad de establecer penas alternativas, agregó que:

---

<sup>349</sup> Corte IDH, *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 157; *Caso Goiburú y otros v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párrs. 84 y 131.

<sup>350</sup> “Se entiende por justicia transicional el conjunto de procesos de enjuiciamiento y atribución de responsabilidad penal, rendición de cuentas, conocimiento y divulgación de la verdad, resarcimiento de las víctimas y reforma de las instituciones cuando en una comunidad política se produce un cambio de régimen”, GIL BLASCO, M., “Justicia transicional: conceptos clave y aspectos normativos”, *Res Pública. Revista de Historia de las Ideas Políticas*, vol. 21, n 1, 2018, pp. 123-136.

<sup>351</sup> Corte IDH, *Caso Masacre la Rochela Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 196.

“Todos los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles con la Convención”<sup>352</sup>.

La obligación de investigar, juzgar y sancionar tiene como objeto combatir la impunidad de las violaciones de derechos humanos, además de prevenir la repetición de los hechos mediante la condena pública de las violaciones, y su cumplimiento constituye un medio de reparación de las víctimas. En este sentido, como veremos a continuación, además de determinar las obligaciones del Estado, la Corte ha establecido límites importantes a la concesión de amnistías o indultos a los responsables de graves violaciones derechos humanos.

### *1.1.3. La incompatibilidad de las leyes de amnistías o indultos y el debate sobre la justicia transicional*

En el contexto americano, como hemos señalado anteriormente, muchos países han afrontado procesos de transición en los que se ha optado por conceder amnistías o indultos a los perpetradores de graves violaciones a los derechos humanos, y algunos Estados han alegado la existencia de dichas normas como un obstáculo para llevar a cabo la correspondiente investigación y/o sanción de los responsables de violaciones a los derechos humanos.

En estos contextos se plantea repetidamente la tensión entre la necesidad de lograr una transición a un sistema democrático o la terminación

---

<sup>352</sup> *ibidem*.

de la guerra y los derechos de las víctimas, siendo los últimos invisibilizados con el argumento de la necesidad de lograr la paz<sup>353</sup>. Al respecto, la Corte Interamericana ha establecido una sólida jurisprudencia en favor de los derechos de las víctimas que generó algunos debates como el del caso *Gelman Vs. Uruguay* del que hablaremos más adelante. Sin embargo, consideramos que los estándares que ha fijado la Corte no impiden normas de transición que permitan hacer la transición, sino que, por el contrario, establecen límites que fortalecen los sistemas democráticos y garantizan una paz duradera.

Este debate tuvo una gran relevancia en la firma de los acuerdos de paz en Colombia, razón por la que analizaremos en este apartado los elementos más importantes establecidos por la Corte IDH y posteriormente, la forma en que la Corte Constitucional colombiana resolvió dicho debate.

A partir del caso *Barrios Altos v. Perú*, la Corte IDH ha construido una jurisprudencia consolidada, que estableció, que:

“son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos”<sup>354</sup>.

En el mencionado caso, el 3 de noviembre de 1991 seis individuos del grupo Colina, compuesto por miembros del Ejército, irrumpieron en un

---

<sup>353</sup> GUTIÉRREZ RAMÍREZ, L., “La obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos en contextos de justicia transicional”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 16, no. 2, 2014, pp. 23-60.

<sup>354</sup> Corte IDH, *Caso Barrios Altos Vs. Perú*, Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41.



inmueble ubicado en el vecindario conocido como Barrios Altos de la ciudad de Lima, en el que se estaba celebrando una fiesta para recaudar fondos. Los atacantes obligaron a las víctimas a arrojar al suelo. Seguidamente empezaron a disparar sobre ellos, resultando quince personas muertas y cuatro gravemente heridas. El Congreso peruano promulgó una ley de amnistía, la cual exoneraba de responsabilidad a los militares, policías, y también a civiles que hubieran cometido violaciones de los derechos humanos o participado en esas violaciones entre 1980 y 1995, por lo que no se realizaron mayores investigaciones, ni se sancionó a los responsables.

La Corte IDH consideró que la ley de amnistía vulneró el derecho de las víctimas a las garantías judiciales, al impedir ser oídas por un juez (art. 8), así como el derecho a la protección judicial (art. 25) y las garantías generales del art. 1.1 de la Convención Americana, al impedir la investigación, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos<sup>355</sup>. Y señaló que las leyes de autoamnistía,

“conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación

---

<sup>355</sup> *Ibidem*, párrs. 42 y 43.

correspondiente”<sup>356</sup>. Como consecuencia de dicha incompatibilidad, carecen de efecto jurídico.”<sup>357</sup>

Esta jurisprudencia fue reiterada en los casos *Almonacid Arellano v. Chile y Gomes Lund y Otros v. Brasil*, en los que la Corte recoge la normativa internacional y lo establecido por otros tribunales internacionales y órganos de protección de los derechos humanos, para reafirmar que las leyes de amnistía sobre graves violaciones de derechos humanos son incompatibles con las obligaciones internacionales de los Estados e impiden su deber de investigar y sancionar a sus perpetradores<sup>358</sup>.

Aunque la Corte IDH no es un Tribunal penal, en el mencionado caso *Almonacid Arellano v. Chile*, estimó necesario determinar si los hechos de análisis constituían crímenes de lesa humanidad de acuerdo con la normativa penal internacional, para poder establecer las obligaciones del Estado, y, por tanto, su responsabilidad. Estimó la Corte que el asesinato de la víctima se dio en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, lo que constituía un crimen de lesa humanidad y que, por lo tanto, no era susceptible de ser amnistiado, de acuerdo con lo establecido por el Derecho Internacional en el momento en que sucedieron los hechos<sup>359</sup>. Y lo hizo en los siguientes términos:

---

<sup>356</sup> Ibidem., párr. 44.

<sup>357</sup> Ibidem.

<sup>358</sup> Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano Vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrs. 105--120; *Caso Gomes Lund Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219 párrs. 147-170.

<sup>359</sup> Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano Vs. Chile*, párrs. 93 – 104.

“(…) En vista de lo anterior, la Corte considera que existe suficiente evidencia para razonablemente sostener que la ejecución extrajudicial cometida por agentes estatales en perjuicio del señor Almonacid Arellano, quien era militante del Partido Comunista, candidato a regidor del mismo partido, secretario provincial de la Central Unitaria de Trabajadores y dirigente gremial del Magisterio (SUTE), todo lo cual era considerado como una amenaza por su doctrina, cometida dentro de un patrón sistemático y generalizado contra la población civil, es un crimen de lesa humanidad”<sup>360</sup>.

Aunque los hechos sucedieron en 1973, momento en el que Chile no era Parte de la Convención Americana, la Corte consideró que, al mantener en vigencia la normativa que permitía amnistiar los crímenes de lesa humanidad, el Estado había incumplido con la obligación del art. 2 (CADH) de adecuar su derecho interno para garantizar los derechos reconocidos en la Convención<sup>361</sup>.

“El Estado, desde que ratificó la Convención Americana el 21 de agosto de 1990, ha mantenido vigente el Decreto Ley No. 2.191 por 16 años, en inobservancia de las obligaciones consagradas en aquella. Que tal Decreto Ley no esté siendo aplicado por el Poder Judicial chileno en varios casos a partir de 1998, si bien es un adelanto significativo y la Corte lo valora, no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención en el presente caso. En primer lugar, porque, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose

---

<sup>360</sup> *Ibid.*, párr. 104

<sup>361</sup> *Ibid.*, párrs. 115-121.

aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente”<sup>362</sup>.

La Corte dejó claro que las amnistías por crímenes de lesa humanidad son incompatibles con la CADH y que los Estados tienen la obligación de adecuar su derecho interno para cumplir con sus obligaciones. Posteriormente, la Corte tuvo que decidir en relación con un caso más complejo, el caso *Gelman vs. Uruguay*, en el que se decidió sobre el secuestro y desaparición de Maria Claudia García, nuera del poeta Juan Gelman, quien, estando embarazada, fue trasladada a Uruguay donde dio a luz a una niña que fue entregada a un miembro de las fuerzas de seguridad de Uruguay, que la registró como propia. Los hechos ocurrieron en el contexto de la operación Cóndor, un lúgubre acuerdo de cooperación entre las dictaduras de Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay pactado a mediados de los años setenta para eliminar a disidentes políticos. Las violaciones nunca fueron investigadas, ni los responsables enjuiciados debido a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva aprobada por el Estado Uruguayo en 1986.

A diferencia de los casos estudiados anteriormente, la ley de caducidad no fue aprobada por los gobiernos dictatoriales, sino por el parlamento elegido en democracia y, además, fue ratificada en dos ocasiones. La primera mediante referéndum en 1989 y la segunda por plebiscito en 2009 en el que se rechazó declarar la nulidad de la ley en mención. Al respecto, la Corte reiteró su jurisprudencia en relación con las leyes de amnistía, y agregó, frente a los hechos particulares, que ni la aprobación de la normativa por un régimen

---

<sup>362</sup> *Ibid.*, párr. 121.

democrático, ni la participación ciudadana en la decisión le concede a la Ley de Caducidad legitimidad automática ante el Derecho Internacional,

“(…) la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”<sup>363</sup>.

La posición de la Corte generó críticas e interrogantes sobre cómo pueden los Estados abordar las situaciones de conflictos armados o violaciones sistemáticas y masivas de derechos. Como señala PARRA, algunas de estas críticas apuntan el hecho de que la Corte IDH no ha tenido en cuenta las especiales circunstancias de la justicia transicional, que podría haber aclarado si en dichos contextos las obligaciones del Estado se modifican, se flexibilizan o podrían satisfacerse de diversas formas, como por ejemplo con unos mínimos de sanciones o sí por el contrario, se tendría que perseguir penalmente todas las violaciones en situaciones en que esto podría resultar imposible<sup>364</sup>. Al respecto, ZALAUETT señala que en el *caso Almonacid Arellano v. Chile* la Corte tendría que haber aclarado si la obligación de enjuiciar supone imponer penas privativas de la libertad o si otro tipo de

---

<sup>363</sup> Corte IDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221., párr. 239.

<sup>364</sup> PARRA, O., “La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y...”, *op. cit.*, pp. 5 – 51.

procesos y penas podrían ser válidos, así como la posibilidad de conceder amnistías con respecto a cierto tipo de delitos a cambio de la verdad, etc<sup>365</sup>.

Hasta el momento la Corte no ha valorado específicamente un marco normativo de justicia transicional, aunque sí ha tenido oportunidad de establecer reglas para el cumplimiento de las obligaciones del Estado derivadas de las CADH en contextos transicionales como veremos a continuación. Lo anterior ha permitido responder algunos de los interrogantes, pero solo hasta que conozca de un caso específico de aplicación de dicha normativa será posible determinar si encuentra ajustadas a la Convención las diversas formas de cumplimiento de las obligaciones del Estado para favorecer acuerdos sociales de transición.

En el mencionado *caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*<sup>366</sup>, varios de los responsables eran potenciales beneficiarios de un marco jurídico que buscaba la desmovilización de los grupos paramilitares y que consistía en la concesión de una pena de cárcel alternativa a la determinada en la sentencia (entre 5 y 8 años) a los miembros de dichos grupos que colaboraran con la justicia y reparación de las víctimas.

---

<sup>365</sup> ZALAUQUETT DAHER, J., "El Caso Almonacid. La noción de una obligación imperativa de derecho internacional de enjuiciar ciertos crímenes y la jurisprudencia interamericana sobre leyes de impunidad", En *Anuario de Derechos Humanos*. Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2007, p. 194, <https://revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13481/13749> última visita 25/10/2020.

<sup>366</sup> Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. En enero de 1989 un grupo paramilitar secuestró de la comunidad de La Rochela a una comisión de 16 funcionarios judiciales que investigaba la responsabilidad de civiles y militares en múltiples homicidios y desapariciones cometidas en la zona del Magdalena Medio, incluyendo la desaparición de 19 comerciantes que transitaban por la región (*Caso 19 Comerciantes Vs Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004). Los paramilitares dispararon al grupo, asesinaron a 12 personas e hirieron a otras tres. El crimen fue el resultado de una alianza entre paramilitares, narcotraficantes y algunos miembros del Ejército.

La Corte no entró a valorar si esta normativa violaba los derechos de las víctimas dado que todavía ni había sido emitida ninguna sentencia, ni se habían aplicado sus beneficios a los responsables de los hechos, pero estableció algunas reglas que debían ser observadas en la aplicación de la normativa de transición<sup>367</sup>, lo que parece indicar que reconoce la posibilidad de este tipo de marcos jurídicos. Pese a ello, reiteró que el Estado debe llevar a cabo la investigación, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos; que debe procurarse la determinación procesal de la verdad más amplia posible, incluyendo “la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades”<sup>368</sup> así como la participación de las víctimas en todas las etapas procesales; que, como queda dicho, en el establecimiento de la pena, los elementos deben responder a un objetivo verificable y compatible con la Convención; y que, en la respuesta del Estado a la violación, debe aplicarse el principio de proporcionalidad.

En nuestra opinión, al referirse a la importancia de verificar el objetivo que se pretende alcanzar con la concesión de un beneficio penal, la corte abre la posibilidad a que estos sean concedidos con el objeto, por ejemplo, de alcanzar la paz, pese a lo cual, el Estado es responsable de verificar que se

---

<sup>367</sup> Al respecto SAFFÓN, M.P., en “La sentencia de la masacre de la Rochela contra Colombia: consolidación de un precedente e hito jurisprudencial”, *Revista Cejil*, 4, 2008, págs.43-64 señala que la Corte IDH perdió la oportunidad de analizar el marco jurídico de transición a pesar de que al momento de su análisis ya había comenzado a aplicarse e incluso tenía efectos sobre los responsables de los hechos quienes estaban incluidos en procesos de indultos o en procesos penales con la opción de beneficiarse de penas alternativas y hace un análisis detallado sobre los avances y los retos del fallo.

<sup>368</sup> Corte IDH, *Caso la Rochela Vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 195.

cumple el propósito por el cual se limita el derecho a la justicia de las víctimas<sup>369</sup>.

Con respecto a la posibilidad de la ponderación entre los derechos de las víctimas y las obligaciones del Estado en contextos transicionales y la admisibilidad de penas alternativas existe un importante voto particular del Juez GARCÍA SAYÁN en el caso *Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador*, en el que uno de los principales hechos que se analizaban era la promulgación y efectos de la aprobación de Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, posterior a la finalización del conflicto armado interno<sup>370</sup>.

Si bien el fallo declaró la manifiesta incompatibilidad de la ley de amnistía por impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones y, por tanto, la ausencia de efectos jurídicos de sus disposiciones, el voto particular, al que se adhirieron otros cuatro magistrados, señaló que en las especiales circunstancias de los contextos de tránsito de un conflicto armado a la paz, en los que frecuentemente se plantea una tensión entre justicia y terminación del conflicto, se debe pensar en un ejercicio de ponderación que procese de la mejor manera esa tensión.

---

<sup>369</sup> En este sentido, *cfr.* PARRA, O., “La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha...”, *op. cit.*, pp. 5 – 51.

<sup>370</sup> Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador*, sentencia de 25 de octubre de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 252. En diciembre de 1981, al norte del Departamento de Morazán, en el marco de un operativo del ejército de El Salvador, se llevaron a cabo una serie de masacres sucesivas, que resultaron en el asesinato de alrededor de 1.000 personas, casi la mitad fueron niñas y niños. Las investigaciones que se iniciaron sobre hechos fueron cerradas en 1993, como consecuencia de la aplicación de la Ley de Amnistía que fue aprobada por el Gobierno a los pocos días de que la Comisión de la Verdad presentara su demoledor informe final. La Corte Suprema de Justicia, junto con la Fuerza Armada de El Salvador, se posicionaron oficialmente en contra de las recomendaciones del Informe de la Comisión.



“De este modo, en ciertas situaciones de tránsito de un conflicto armado a la paz, puede ocurrir que un Estado no se encuentre en posibilidad de materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos y obligaciones contraídas internacionalmente. En esas circunstancias, tomando en consideración que no se le puede conferir a ninguno de esos derechos y obligaciones un carácter absoluto, es legítimo que se ponderen de manera tal que la plena satisfacción de unos no afecte de forma desproporcionada la vigencia de los demás. Así, el grado de justicia al que se pueda llegar no es un componente aislado, del cual se podrían derivar legítimas frustraciones e insatisfacciones, sino parte de un ambicioso proceso de transición hacia la tolerancia recíproca y paz”<sup>371</sup>.

El voto también sugiere la posibilidad de aplicar mecanismos complementarios a la justicia penal que “satisfagan en mejor y mayor medida las aspiraciones de las víctimas”, como comisiones de la verdad, reformas institucionales, etc., que se apliquen en combinación con un marco de justicia penal desarrollado en un marco de ponderación<sup>372</sup>.

La apertura a estándares diferenciados en materia de sanciones penales dentro de procesos de negociación de la paz está justificada porque la búsqueda de la paz es un fin legítimo y valioso que los Estados están en la obligación de perseguir. De hecho, este juez considera que,

“la paz como producto de una negociación se ofrece como una alternativa moral y políticamente superior a la paz como producto del aniquilamiento del contrario. Por ello, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos debe considerar a la

---

<sup>371</sup> Corte IDH, *caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador*. Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán, párr. 38.

<sup>372</sup> *Ibid.*, párr. 36.

paz como un derecho y al Estado como obligado a alcanzarla”<sup>373</sup>.

Para ESTEVE MOLTÓ, el citado voto particular estaba avizorando los posibles resultados del proceso de negociación del conflicto armado en Colombia, que habían comenzado en el mismo año del fallo, y advierte que mal entendido podría enviar el mensaje de que las violaciones de derechos humanos pueden quedar impunes con el fin de lograr otros objetivos<sup>374</sup>.

En efecto, el voto del Juez GARCÍA proporciona elementos útiles para el desarrollo del alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar, así como de la posibilidad de que los acuerdos de paz en el marco de contextos de transición puedan contener amnistías bajo ciertas condiciones estrictas, incluyendo condenas alternativas a las establecidas por la ley penal, que den viabilidad a dichos acuerdos.<sup>375</sup> La ponderación propuesta no debe entenderse como una disyuntiva entre democracia o justicia, sino que, por el contrario, permite pensar en fórmulas más amplias por medio de las cuales se puedan hacer efectivos los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y lograr una paz duradera.

Aún hay muchos elementos que la Corte tendrá que desarrollar con respecto a estos marcos de justicia transicional, pero es cierto que la Corte muestra algunos signos de aceptación, o al menos, de no prohibición, de

---

<sup>373</sup> *Ibid.*, párr. 37.

<sup>374</sup> ESTEVE MOLTÓ, J.E., “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante las leyes de amnistía: un referente para la necesaria “fertilización” trasatlántica”, *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 9, octubre 2015 – marzo 2016, pp. 105-123.

<sup>375</sup> Sobre otros argumentos a favor de la admisibilidad de los criterios de selección y penas alternativas en el derecho internacional ver, UPRIMNY, R., SÁNCHEZ, L.M., SÁNCHEZ, N., *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá, 2014, pp. 80 – 90.

fórmulas de priorización de casos. Otro ejemplo se encuentra en el fallo del caso *Vereda La Esperanza v. Colombia*, en el que se puso en cuestión la herramienta de priorización de casos que implementó la Fiscalía en el marco de la Ley de Justicia y Paz que se aprobó como resultado de las negociaciones de paz con los grupos paramilitares. Al respecto la Corte señaló lo siguiente:

“la Corte reitera que no es un órgano de cuarta instancia y que no le corresponde pronunciarse sobre la idoneidad de determinado mecanismo de priorización establecido a nivel nacional con relación a otro. Únicamente correspondería semejante análisis cuando pueda existir un notorio o flagrante apartamiento de lo dispuesto en la norma interna que esté en violación del deber de debida diligencia o de las garantías judiciales protegidas en la Convención Americana, situación que no aparece con claridad en el presente caso.”<sup>376</sup>

En opinión de ACOSTA e IDARRAGA, de algunos casos como los de *Masacres de Santo Domingo*<sup>377</sup> y *Yarcé y otras vs. Colombia*<sup>378</sup> se puede deducir que la Corte implícitamente avaló la selección de casos al no exigir la investigación, juzgamiento y sanción de todos y cada uno de los responsables de los hechos, lo que consideran una muestra de que el tribunal interamericano no hace una interpretación maximalista de las obligaciones de investigar, juzgar y sancionar como ha sido señalado en algunas ocasiones<sup>379</sup>.

---

<sup>376</sup> Corte IDH, *Caso Vereda La Esperanza Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341, párr. 231.

<sup>377</sup> Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259.

<sup>378</sup> Corte IDH, *Caso Yarce y otras Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325.

<sup>379</sup> ACOSTA, J. e IDÁRRAGA, A., “Alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar en transiciones de conflicto armado a una paz negociada: convergencias entre el Sistema

#### 1.1.4. El Derecho a la reparación

Cuando se produce un hecho ilícito imputable a un Estado, éste incurre en responsabilidad internacional por la violación de una norma internacional y, por tanto, en el deber de reparación. Esta obligación fue establecida por primera vez por la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el *Asunto de la Fábrica de Chorzów*. La CPJI consideró que era un principio de Derecho internacional que “todo incumplimiento de un compromiso conlleva una obligación de reparar”<sup>380</sup>, y señaló que la reparación debe “en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que, según toda probabilidad, habría existido si dicho acto no se hubiera cometido”<sup>381</sup> sentando las bases del contenido de dicha obligación, que en principio solo se podía exigir entre Estados, pero que pasa a ser reconocida, bajo el DIDH, a favor de los individuos<sup>382</sup>.

Al respecto, la Corte ha desarrollado una notable jurisprudencia internacionalmente reconocida por su innovación y creatividad, dando un amplio sentido al concepto de restitución integral y, quizá, como ha señalado

---

Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional”, *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, N.º 45, enero-abril de 2020, pp. 55-99.

<sup>380</sup> PCIJ, *Factory At Chorzów, Germany v Poland*, merits, judgment No 13, 1928, series A No 17, ICGJ 255, 13th September 1928, [https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie\\_A/A\\_17/54\\_Usine\\_de\\_Chorzow\\_Fond\\_Arret.pdf](https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf), (consultado por última vez el 12/11/2020)

<sup>381</sup> *Ibidem*.

<sup>382</sup> PASQUALUCCI, Jo M, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, op.cit., p. 231

NASH, sea el campo en el que ha hecho su mayor contribución a la protección internacional de los derechos humanos<sup>383</sup>.

En el SIDH, la obligación de reparar se sustenta en el art. 63 CADH que establece lo siguiente:

“Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

Como señalara la Corte IDH, retomando los precedentes de la CPJI y la CIJ, esta disposición “constituye una norma consuetudinaria que es, además, uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad del Estado”<sup>384</sup>, y establece un tipo de reparación que va más allá de la simple indemnización de daños y que, de acuerdo con PASQUALUCCI, otorgó a la Corte los más amplios poderes entre los órganos de derechos humanos para ordenar reparaciones.<sup>385</sup>

---

<sup>383</sup> NASH ROJAS, C., et al. *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: (1988-2007)*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, Santiago, 2009, p.

<sup>384</sup> Corte IDH, *Caso Blake Vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C No. 48, párr. 28; *Caso Castillo Páez Vs. Perú*. Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43, párr. 50; *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001 Serie C No. 77, párr. 62.

<sup>385</sup> PASQUALUCCI, Jo M, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court...*, *op. cit.* p. 233. El autor recuerda que el borrador de la disposición sobre reparaciones sólo disponía la indemnización compensatoria por daños y perjuicios, hasta que el representante de Guatemala propuso fortalecer y ampliar la disposición en el sentido de otorgar amplios poderes a la Corte para ordenar reparaciones dirigidas al restablecimiento del derecho violado, además de las indemnizaciones correspondientes.

Para la Corte, la reparación requiere, de ser posible, el restablecimiento de la situación anterior a la violación. Y cuando esto no es posible,

“cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados”<sup>386</sup>

A diferencia de la responsabilidad entre Estados, en el DIDH, se ha entendido que la reparación debe verse desde el punto de vista de la víctima y que, por tanto, la indemnización pecuniaria no es suficiente para compensar las afectaciones sufridas cuando no es posible volver a la situación anterior a la violación. En este sentido, compartimos el sentido del voto razonado del ex juez de la Corte, CANÇADO TRINDADE, en el *caso Niños de la Calle Vs. Guatemala*, cuando señalaba que es necesario,

“... enfocar toda la temática de las reparaciones de violaciones de los derechos humanos a partir de la integralidad de la personalidad de las víctimas, desestimando cualquier intento de mercantilización - y consecuente trivialización - de dichas reparaciones. No se trata de negar importancia de las indemnizaciones, sino más bien de advertir para los riesgos de

---

El art. 41 del CEDH establece que, “el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”, al respecto SCHNEIDER, J. señala que la diferencia más importante entre los tribunales europeo y americano se encuentra en las reparaciones. Mientras que el Tribunal europeo se rige por el principio de subsidiariedad cuidándose de no interferir en la soberanía de los Estados, la Corte IDH aplica el principio *pro homine*, ofreciendo la más amplia protección de los derechos reconocidos. Aunque en las últimas dos décadas el TEDH ha ordenado con más frecuencia medidas distintas a la indemnización, sigue siendo reservada a la hora de ordenar medidas específicas que definan la forma en que el Estado debe cumplir con su obligación de reparar. *Reparation and Enforcement of Judgments: a comparative analysis of the European and Inter-American human rights systems*, epubli GmbH, Berlín, 2015.

<sup>386</sup> *Caso Barrios Altos Vs Perú*. Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2001, Serie C No. 87, párr. 25; Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú*. Reparaciones, Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 89, párr. 25.

reducir la amplia gama de las reparaciones a simples indemnizaciones. No es mera casualidad que la doctrina jurídica contemporánea viene intentando divisar distintas formas de reparación - inter alia, restitutio in integrum, satisfacción, indemnizaciones, garantías de no-repetición de los hechos lesivos - desde la perspectiva de las víctimas, de modo a atender sus necesidades y reivindicaciones, y buscar su plena rehabilitación.”<sup>387</sup>

Con el fin de lograr una reparación integral<sup>388</sup>, la Corte ha determinado que el daño ocasionado puede ser de tipo material e inmaterial. El primero consiste en “la pérdida o detrimento de los ingresos de la víctima y, en su caso, de sus familiares, y los gastos efectuados como consecuencia de los hechos en el *caso sub judice*”<sup>389</sup>, y por tanto, incluye el daño emergente, el lucro cesante y los gastos y costas.

Por otra parte, la Corte ha desarrollado el concepto de daño inmaterial que, de acuerdo con su jurisprudencia,

“puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia”<sup>390</sup>

---

<sup>387</sup> Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77. Voto Razonado del juez CANÇADO TRINDADE p. 28

<sup>388</sup> A efectos explicativos acogemos la clasificación de las reparaciones hecha por CALDERÓN GAMBOA, J.F., en *La evolución de la “reparación integral” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2013 <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31941.pdf>, (consultado por última vez el 05/10/2019).

<sup>389</sup> Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 septiembre de 2005, párr. 265.

<sup>390</sup> Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, párr. 84.

Se incorporan aquí, además de las afectaciones físicas y psicológicas, el daño al proyecto de vida, y son susceptibles de ser reconocidas de forma individual o colectiva. En el caso *Luis Alberto Cantoral Vs. Perú* para considerar el daño inmaterial,

“la Corte observa que Luis Alberto Cantoral Benavides fue sometido a condiciones de reclusión hostiles y restrictivas; fue torturado y sometido a diversos tratos crueles, inhumanos y degradantes y esto le produjo intensos dolores corporales y sufrimientos emocionales. (...)

60. Es, por otra parte, evidente para la Corte, que los hechos de este caso ocasionaron una grave alteración del curso que normalmente habría seguido la vida de Luis Alberto Cantoral Benavides. Los trastornos que esos hechos le impusieron, impidieron la realización de la vocación, las aspiraciones y potencialidades de la víctima, en particular, por lo que respecta a su formación y a su trabajo como profesional. Todo esto ha representado un serio menoscabo para su “proyecto de vida”<sup>391</sup>.

Como afectación colectiva, se ha reconocido que una población puede sufrir un daño inmaterial en su calidad de grupo, más allá de la esfera individual, como en el caso de comunidades indígenas, o de otros grupos que han visto afectado su tejido social<sup>392</sup>.

---

<sup>391</sup> Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88, párrs. 59 y 60. Adicionalmente la Corte reconoció el daño inmaterial de los familiares de la víctima por las serias afectaciones morales, físicas, psicológicas y las serias alteraciones de sus proyectos de vida, párr. 61.

<sup>392</sup> Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79; *Caso de la comunidad indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. En este último caso, la Corte finalmente otorgó la indemnización directamente a la comunidad



Como señala CALDERÓN, otros aspectos que han sido integrados en la apreciación del daño inmaterial son la denegación continuada de justicia<sup>393</sup>, el menoscabo de valores significativos para las personas<sup>394</sup>, los sentimientos de discriminación, exclusión, indefensión y otros aspectos subjetivos de apreciación personal<sup>395</sup>, así como las condiciones especiales de vulnerabilidad de la víctima<sup>396</sup>.

Las medidas dirigidas a lograr la reparación integral de los daños señalados anteriormente, pueden resumirse en las siguientes modalidades: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición<sup>397</sup>.

Las medidas de restitución buscan devolver a la víctima, si es posible, a la situación anterior al hecho de la violación e incluye medidas como la

---

indígena, dejando atrás la práctica de la sentencia del *Pueblo Sawhoyamaxa v. Paraguay*, en la que se otorgó un fondo de desarrollo administrado en parte por personas ajenas a la comunidad, lo que NASH consideró como una medida paternalista. Un análisis más detallado sobre la determinación del daño y las diversas formas de reparación de la Corte IDH, puede encontrarse en NASH ROJAS, C. et al. *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana...op. cit.*

<sup>393</sup> Corte IDH, *Caso González y Otras (Campo Algodonero) Vs. México*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009, párr. 583

<sup>394</sup> En el caso *Comunidad Moiwana Vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, la Corte tomó en cuenta que la violación provocó que se tuviera que ir en contra de las creencias y costumbres propias de la cosmovisión de la comunidad indígena, incorporando el elemento de los valores culturales en su decisión. CALDERÓN GAMBOA, J.F., en *La evolución de la "reparación integral"...* op.cit., pp. 160 – 162

<sup>395</sup> Corte IDH, *Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, párr. 88; *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 247

<sup>396</sup> En el *Caso Ximenes Lopes Vs Brasil*. Fondo, reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, la víctima padecía una discapacidad mental siendo esta una condición de vulnerabilidad a tomar en cuenta para determinar el daño inmaterial.

<sup>397</sup> Adoptamos la clasificación de los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, principios 19 - 24.

devolución de la libertad, la ciudadanía, el restablecimiento de la posición social o familiar, restitución de bienes, reincorporación al cargo, devolución de tierras a comunidades indígenas, etc.

La indemnización tiene como objeto la compensación de los daños materiales e inmateriales sufridos a causa de la violación por medio de un monto determinado que como lo señalamos anteriormente, toma en cuenta las afectaciones al patrimonio, los gastos médicos, la afectación al proyecto de vida, la intensidad del sufrimiento sufrido por las víctimas y sus familiares, así como los gastos de asistencia jurídica, etc., y su naturaleza compensatoria supone que “no puede implicar enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima, y deben guardar relación con las violaciones declaradas en la Sentencia”<sup>398</sup>.

Por su parte, la rehabilitación se dirige a la reparación de las afectaciones psicológicas o físicas sufridas, y cubre los tratamientos y medicinas requeridos por las víctimas.

Las medidas de satisfacción, buscan recuperar la dignidad y garantizar que no se repitan hechos similares. Tal y como ha señalado la Corte,

“estas medidas buscan, *inter alia*, el reconocimiento de la dignidad de las víctimas o transmitir un mensaje de reprobación oficial de las violaciones de los derechos humanos de que se trata, así como evitar que se repitan violaciones como las del presente caso”<sup>399</sup>.

---

<sup>398</sup> Corte IDH, *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 150, párr. 142.

<sup>399</sup> Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C

Ejemplo de estas medidas son la publicación de la sentencia, el reconocimiento público de responsabilidad, acciones conmemorativas o construcción de memoriales para recordar a las víctimas y los hechos acaecidos, becas con su nombre y medidas socioeconómicas colectivas como fondos de desarrollo para educación, salud, vivienda y agricultura, mejora de vías, etc., que modifiquen las condiciones estructurales del grupo afectado<sup>400</sup>.

Las medidas de garantía de no repetición, que, como su propio nombre indica, buscan que los hechos que ocasionaron la violación de los derechos protegidos no se vuelvan a repetir, son especialmente importantes en aquellos casos en los que se configuran patrones estructurales que producen las violaciones, e incluyen adecuación del derecho interno, medidas administrativas, así como formación en derechos humanos de funcionarios y políticos, como por ejemplo la tipificación correcta del delito de desaparición forzada de personas<sup>401</sup>, o la construcción de cárceles o mejora de sus condiciones<sup>402</sup>.

El establecimiento de la verdad, así como las medidas que ordenan la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables como medidas de satisfacción y garantía de no repetición tienen un lugar destacado en la

---

No. 112, párr. 310; *Caso Ricardo Canese, Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 208.

<sup>400</sup> Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001; *Caso de la comunidad indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006; *Comunidad Moiwana Vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C No. 124; *Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116.

<sup>401</sup> Corte IDH, *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 219

<sup>402</sup> Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 14

jurisprudencia de la Corte y han tenido como consecuencia la modificación de la legislación interna y la reapertura de procesos que estaban en el olvido<sup>403</sup>, aunque es verdad que, debido a su complejidad, son las que menor grado de cumplimiento tienen y más controversia han generado<sup>404</sup>, como hemos señalado anteriormente. Al respecto, la Corte señaló que cuando la falta de debida diligencia en la investigación ha impedido conocer los hechos y sancionar a los responsables,

“el Estado está obligado a combatir esta situación de impunidad por todos los medios disponibles, ya que ésta propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares, quienes tienen derecho a conocer la verdad de los hechos. El reconocimiento y el ejercicio del derecho a la verdad en una situación concreta constituye un medio de reparación. Por tanto, en el presente caso, el derecho a la verdad da lugar a una expectativa de las víctimas, que el Estado debe satisfacer”<sup>405</sup>.

En el *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, la primera medida que la Corte ordenó al Estado consistió

“en realizar inmediatamente las debidas diligencias para activar y completar eficazmente, en un plazo razonable, la

---

<sup>403</sup> GUEMBE, M.J., “La reapertura de los juicios por los crímenes de la dictadura militar Argentina”, en *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol.2 no.3 São Paulo Dec. 2005, pp. 120 -137; IVANSCHITZ BOUDEGUER, B., “Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile”, *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 1, 2013, pp. 275 -332.

<sup>404</sup> MARTÍNEZ ESPINOSA, L.; PELÁEZ LOZADA, K., “El estado actual del cumplimiento de las medidas de satisfacción ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias condenatorias contra el estado colombiano”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, v. 30, n. 1, jun. 2019, pp. 227-254.

<sup>405</sup> Corte IDH, *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*, Sentencia de 4 de julio de 2007. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No.165, párr. 165

investigación para determinar la responsabilidad intelectual y material de los autores de la masacre, así como de las personas cuya colaboración y aquiescencia hizo posible la comisión de la misma”<sup>406</sup>.

Finalmente, la Corte hizo referencia a las particularidades de la reparación en contextos de justicia transicional. En el *caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas v. Colombia* consideró que los programas administrativos de reparación son una forma legítima de cumplir con la obligación del Estado cuando la obligación de reparar excede las capacidades de los órganos judiciales debido al amplio número de víctimas, pero precisó que estas alternativas a la vía judicial requieren ser acompañadas de medidas de verdad y justicia y cumplir con una serie de requisitos tales como,

“(…) su legitimidad —en especial, a partir de la consulta y participación de las víctimas—; su adopción de buena fe; el nivel de inclusión social que permiten; la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas pecuniarias, el tipo de razones que se esgrimen para hacer reparaciones por grupo familiar y no en forma individual, el tipo de criterios de distribución entre miembros de una familia (órdenes sucesorales o porcentajes), parámetros para una justa distribución que tenga en cuenta la posición de las mujeres entre los miembros de la familia u otros aspectos diferenciales tales como si existe propiedad colectiva de la tierra o de otros medios de producción”<sup>407</sup>.

---

<sup>406</sup> Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 7 resolutivo.

<sup>407</sup> Corte IDH, *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párr. 470

Es un hecho que el desarrollo que los estándares interamericanos sobre los derechos a la verdad, justicia y la reparación han sido muy importantes en la lucha contra la impunidad y la garantía de los derechos de las víctimas en diferentes momentos históricos del continente. La consolidada jurisprudencia de la Corte en la materia ha sido el sustento legal para que hoy no sea admisible la aprobación de amnistías de graves violaciones de los derechos humanos como lo fue en el pasado, ni que los procesos de transición de la guerra a la paz ignoren los derechos de las víctimas. Por el contrario, en el centro de la discusión de dichos procesos están los derechos a la verdad, la justicia y la reparación como base para garantizar una paz estable.

Aunque sigue siendo una cuestión aún muy debatida, ya que los contextos transicionales se caracterizan por la tensión entre la garantía de los derechos y el logro de otros valores como la paz, se trata de un debate sobre la mejor forma de resolver esa tensión y no sobre la primacía de la paz sobre los derechos de las víctimas.

Colombia es un país que atraviesa un proceso de transición que ha requerido la aprobación de una extensa normativa de justicia transicional, que ha sido objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional. En su jurisprudencia se refleja claramente la tensión de los contextos de transición y es del mayor interés analizar cómo la resuelve, teniendo en cuenta la obligatoriedad del estándar de la Corte IDH para el derecho colombiano.

## 1.2. LA INTERACCIÓN ENTRE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH Y LA CCC

Aunque la jurisprudencia sobre los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas ha tenido su más notoria incidencia en los casos de justicia transicional, tal y como señala el juez de la Corte IDH, SIERRA PORTO, la recepción de la jurisprudencia sobre estos por parte de la Corte colombiana no comienza con un caso de justicia transicional, sino de participación de las víctimas en el proceso penal<sup>408</sup>.

En materia de derechos de las víctimas la Corte Constitucional ha adoptado ampliamente el estándar interamericano, lo cual ha tenido importantes repercusiones en dos esferas: en materia de participación en el proceso penal ordinario y en la justicia penal militar, en la que su participación estaba limitada a la fase de la reparación, y en las negociaciones de paz con grupos que implicaban concesiones en materia penal, poniendo sobre la mesa el debate entre justicia y paz.

En las líneas que siguen vamos a analizar cómo resolvió la Corte Colombiana este debate y el contenido de las medidas concretas que consideró que hacían efectivos los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

---

<sup>408</sup> SIERRA PORTO, H., “La función de la Corte Constitucional en la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación en Colombia”, *Anuario De Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XV, Montevideo, 2009, pp. 179 – 188.

### 1.2.1. *La participación de las víctimas en el proceso penal*

La madre de un soldado que falleció de un disparo recibido mientras prestaba el servicio militar voluntario solicitó una investigación seria de los hechos, porque entendía que no había pruebas suficientes que respaldaran la versión de un suicidio. En este caso, la CCC consideró que, en materia penal, la participación de las víctimas o familiares no se justifica solamente con el objetivo de lograr la reparación patrimonial, sino, además, y especialmente, por el derecho que tienen a la búsqueda de la verdad como parte del derecho de acceso a la justicia.

La CCC adoptó lo establecido por la Corte IDH en el *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*<sup>409</sup>, en el que afirmó que los familiares de las víctimas tienen derecho a saber qué pasó con ellas y que dicha pretensión debe ser cumplida por el Estado, y consideró que esa interpretación del alcance de las obligaciones del artículo 1 de la Convención Americana prevalecía en el ordenamiento interno conforme al bloque de constitucionalidad<sup>410</sup>.

Si bien esta primera sentencia señala la obligatoriedad del criterio interamericano, habrá que esperar aún ocho años para que este se adopte de forma sistemática. Como señala QUINCHE RAMÍREZ, la Sentencia C-228 de 2002 constituye un hito en la jurisprudencia nacional, puesto que revisa a fondo la participación de la víctima en el proceso penal<sup>411</sup>, y, al reconocer que, de conformidad con el art. 93 del texto constitucional, los derechos consagrados

---

<sup>409</sup> Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Sentencia del 29 de julio de 1988.

<sup>410</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-275 – 1994 y SU – 1184 – 2001.

<sup>411</sup> QUINCHE RAMÍREZ, M., “El control de convencionalidad y el sistema...*op. cit.*”, pp. 163 – 190.



en él deben ser interpretados de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, incorpora plenamente los estándares de protección de los derechos de las víctimas establecidos en Derecho internacional.

Así, adopta la jurisprudencia de la Corte Interamericana en varios aspectos. Por un lado, establece la obligación del Estado de proporcionar un recurso idóneo que permita establecer si existió violación de un derecho protegido y, si así fuere, los medios para remediarlo<sup>412</sup>, y el deber del Estado de organizar los poderes públicos en función de la garantía del ejercicio efectivo de los derechos, y como consecuencia de esto, la obligación de:

“prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos<sup>413</sup> 414

Por otra parte, incorpora la jurisprudencia del *Caso Barrios Altos v. Perú*, al afirmar que son contrarias a la Convención Americana, y por tanto, al derecho interno, las leyes que impidan a las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos o a sus familiares obtener las garantías judiciales contenidas en el art. 8, así como acceder a un recurso judicial efectivo para proteger los derechos consagrados en la CADH, que se concretan en el

---

<sup>412</sup> Estándares comprendidos en la Opinión Consultiva OC-9/87. *Garantías judiciales en estados de emergencia* (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos) de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 24.

<sup>413</sup> Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 166.

<sup>414</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 228 – 2002.

derecho a que dichas violaciones sean investigadas y como resultado de ello se conozca la verdad de lo ocurrido, se juzgue y sancione a los responsables y se tomen las medidas necesarias para reparar el daño causado<sup>415</sup>.

Esta jurisprudencia cambió la perspectiva sobre el rol de la víctima como parte civil dentro del proceso penal, puesto que, dado que de acuerdo con la Corte Interamericana, las víctimas tenían derecho no sólo a una indemnización sino además a la verdad, la justicia y la reparación, se les debía permitir participar desde el inicio de la investigación previa, teniendo acceso al proceso, aportando pruebas, siendo escuchadas sus alegaciones, y finalmente, obteniendo la reparación adecuada, que no se limita a una indemnización, sino que se incluyen todas las medidas de reparación necesarias.

Por último, y siguiendo el razonamiento de la Corte IDH, en la Sentencia C-1154 de 2005, la Corte Constitucional consideró que la garantía de los derechos de la víctima exige que la decisión de archivo de la acción penal sea motivada y comunicada tanto a las víctimas como al Ministerio público, de forma que, en caso de estar en desacuerdo con la decisión, ambos puedan intervenir presentando sus argumentos; que las víctimas tiene el derecho a solicitar la reapertura de la investigación; y que, en caso de existir un desacuerdo con el ente acusador sobre dicha petición, pueda intervenir un juez de garantías que dirima la controversia<sup>416</sup>.

Pasamos ahora a analizar la esfera en que más notoria repercusión ha tenido la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre los derechos de las

---

<sup>415</sup> *Ibidem*.

<sup>416</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1154 – 2005. En este caso la CCC sigue nuevamente el criterio establecido en el *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*.

víctimas. Nos referimos a la incorporación de sus estándares en los procesos de negociación de la paz en Colombia con los grupos paramilitares inicialmente, y con la guerrilla de las FARC, con posterioridad.

### *1.2.2. Los derechos de las víctimas en contextos de justicia transicional*

En el año 2002, el gobierno y los grupos paramilitares iniciaron un proceso de negociación llegando a un acuerdo de desmovilización de sus miembros, que se llevó a cabo entre 2003 y 2006. Como parte de los acuerdos, se aprobó la Ley 976 de 2005, conocida como *Ley de Justicia y Paz*, que estableció el procedimiento de judicialización y una serie de beneficios penales para los miembros de dichos grupos que hubieran cometido crímenes de lesa humanidad que estuvieran siendo investigados o que hubieran sido objeto de condena judicial. En consecuencia, el resto de los paramilitares no serían investigados ni perseguidos judicialmente y recibirían beneficios del Estado para su reintegración social<sup>417</sup>.

Varias disposiciones de la mencionada ley fueron recurridas por entender que daban impunidad a los autores de graves violaciones de derechos humanos y porque, en consecuencia, no garantizaban los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. En efecto, en el debate

---

<sup>417</sup> Algunos análisis sobre la Ley de Justicia y Paz se pueden consultar en, BOTERO, C., *Ley de Alternatividad Penal y Justicia Transicional, documento de recomendaciones*. Editorial Gente Nueva, Bogotá, 2003; MÚNERA RUIZ, L., “Procesos de paz con actores armados ilegales y pro-sistémicos (los paramilitares y las políticas de reconciliación en Colombia)”, *Pensamiento Jurídico*, n 17, 2006, pp. 65-101.

parlamentario se planteó la necesidad de equilibrar las exigencias de justicia y paz, de forma que la ley afirmó los derechos de las víctimas, pero no propuso mecanismos que permitieran su realización. Por el contrario, el texto aprobado excluyó la participación de las víctimas y estableció un sistema de penas alternativas entre ocho y diez años para crímenes graves que, además, no incluía la responsabilidad del Estado por los hechos violatorios de los derechos humanos.

El recurso fue resuelto por la Sentencia C-370, de 2006, en la que la Corte Constitucional se vio obligada a ponderar el derecho a la paz, la justicia como valor objetivo y el derecho de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación, para lo cual llevó a cabo un test de proporcionalidad que respetara todos los valores y derechos protegidos en la Constitución.

En términos generales, la CCC consideró acorde con la Constitución una normativa de justicia transicional que permitiera la paz negociada con uno de los grupos armados que habían actuado al margen de ley, y aceptó que para alcanzar tal objetivo se concedieran importantes beneficios penales a autores de graves crímenes, con la condición de que los derechos de las víctimas tuvieran una garantía suficiente y adecuada<sup>418</sup>. Para lograrlo, la Corte declaró la inconstitucionalidad de varias disposiciones y condicionó la interpretación de muchas otras con el fin de salvar la ley y lograr, en lo posible, que se respetara el estándar de interpretación establecido por la Corte IDH y las demás normas de DIDH que entraban a formar parte del ordenamiento nacional.

---

<sup>418</sup> UPRIMNY, R. y SAFFON, M. P., “¿Al fin Ley de Justicia y Paz? La Ley 975 de 2005 tras el fallo de la Corte Constitucional”, en UPRIMNY, R., et. al., *Justicia Transicional sin Transición*, 2006, pp. 201-230.

La CCC señaló que la jurisprudencia de dicho tribunal expresaba la interpretación auténtica de las disposiciones de la CADH y que, por tanto, era fuente de derecho vinculante<sup>419</sup>, y procedió a desarrollar el contenido de los derechos a la paz, la verdad, la justicia y la reparación con base en normativa internacional que obligaba a Colombia y en la jurisprudencia de la Corte IDH.

La Corte condicionó la interpretación de la ley, entre otras cosas, a los parámetros vinculantes derivados de la Corte Interamericana en siete aspectos,

“(i) el de la obligación estatal de prevenir los graves atentados contra los derechos humanos, de investigarlos cuando ocurran, procesar y sancionar a los responsables, y lograr la reparación de las víctimas;

(ii) el de la incompatibilidad de las leyes de amnistía, de las disposiciones de prescripción y del establecimiento de excluyentes de responsabilidad, respecto de graves atentados contra los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos;

(iii) el del derecho de acceso a la justicia de las víctimas de las graves violaciones de derechos humanos y la relación de este derecho con la razonabilidad de los plazos dentro de los cuales deben adoptarse las decisiones judiciales;

(iv) el de la no suspensión de las obligaciones de los Estados partes de la Convención Americana en materia de investigación, juzgamiento y sanción de los atentados contra los derechos humanos, mientras se adelantan procesos de paz;

(v) el de los aspectos comprendidos en el deber de reparación de los graves atentados contra los derechos humanos;

---

<sup>419</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 370 – 2006, fundamento 4.4.1.

(vi) el de los aspectos involucrados en el derecho de los familiares y de la sociedad en general a conocer la verdad”<sup>420</sup>.

La CCC reprodujo en su sentencia la jurisprudencia de la Corte IDH transcribiendo los apartados más relevantes de los casos relativos a los estándares sobre justicia, no repetición, verdad, reparación de las víctimas y la garantía de no repetición de los graves atentados contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho internacional humanitario, dejando clara la obligatoriedad de dichos estándares con independencia de las decisiones que se pudieran tomar para alcanzar la paz<sup>421</sup>. De conformidad con este extenso análisis de la jurisprudencia de la Corte y de la aplicación del test de proporcionalidad, la CCC estableció los cambios que debían producirse en la *Ley de Justicia y Paz* en los términos que analizamos en los siguientes epígrafes.

---

<sup>420</sup> *Ibidem*.

<sup>421</sup> La CCC toma como punto de partida el *caso Godínez Cruz vs Honduras v. Honduras* en relación con los deberes del Estado de prevención, investigación, sanción y reparación de los derechos de las víctimas; el *caso Barrios Altos vs Perú* para señalar la incompatibilidad de las leyes de amnistía y excluyentes de responsabilidad con la CADH; el *caso Bámaca Velásquez vs Guatemala* como parámetro de satisfacción del derecho a la verdad y a la reparación integral de las víctimas; el *caso Myrna Mack Chang v. Guatemala* en el cual se establece la regla del derecho de las víctimas a tutela judicial efectiva; el *caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú en lo correspondiente* a reglas sobre proscripción de la impunidad, los deberes estatales de prevención, investigación, sanción y reparación; el *caso de La Masacre de Mapiripán v. Colombia* para reiterar el deber del Estado de iniciar ex officio, sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, que no se emprenda como una simple formalidad y en la responsabilidad estatal por la actuación de los paramilitares en connivencia con los miembros del ejército colombiano y, por último el *caso de la Comunidad Moiwana v. Suriname, en el que se aclara que el Estado es responsable por la violación a los Derechos humanos, y se reconocen los derechos de las víctimas colectivas, para aplicarlo a los casos de desplazamiento forzado*. Sentencia C-370-2006, pp. 247-267.

### 1.2.2.1. *El derecho a la verdad*

- *La confesión completa y veraz de los crímenes cometidos es condición obligatoria para que los victimarios puedan beneficiarse de las penas reducidas que contempla la ley.*

El texto de la ley no contenía esta exigencia, por lo que las personas desmovilizadas no tenían ningún incentivo para contar todo lo sucedido, lo que afectaba de forma fundamental al derecho a la verdad tanto en su dimensión individual como colectiva. Sin su testimonio difícilmente podía ser satisfecha la pretensión de que tanto las víctimas como la sociedad pudieran saber lo que pasó y quiénes fueron sus responsables, en especial teniendo en cuenta la poca información con que contaba la Fiscalía y las carencias de sus medios de investigación.

- *El Estado debe realizar una investigación completa de los delitos cometidos por los paramilitares y, por lo tanto, antes de la imputación, los fiscales deben completar los procedimientos estándares para la investigación de delitos de conformidad con el Código de Procedimiento Penal colombiano,*

Esta decisión amplió el tiempo estipulado por la ley para que la Fiscalía pudiera investigar y hacer las comprobaciones necesarias sobre las declaraciones de crímenes hechas por las personas desmovilizadas.

### 1.2.2.2. *El derecho a la justicia*

- *Las víctimas deben participar en todas las instancias de los procesos penales, algo que no estaba claro en el texto de la ley.*

La CCC condicionó la constitucionalidad a esta interpretación y aclaró que la participación efectiva incluía, entre otras cosas, la asistencia a las entrevistas de los desmovilizados con los fiscales, el acceso a los expedientes, así como poder aportar información y pruebas en cualquier etapa, como parte de su derecho a la búsqueda de la verdad y la justicia. La CCC también sostuvo que la Defensoría del Pueblo de Colombia tenía la obligación de asistir a las víctimas en un amplio espectro de áreas y que sus responsabilidades frente a las víctimas no podían restringirse.

- *Los familiares de las víctimas directas tienen el derecho a ser reconocidos como víctimas más allá del primer grado de consanguinidad.*

La exclusión de familiares que no tuvieran ese grado de consanguinidad violaría el derecho a la igualdad, al acceso a la justicia y a la reparación, y, por tanto, potenciales víctimas fuera del vínculo familiar directo pueden ser parte del proceso y tener la oportunidad de demostrar el daño sufrido con ocasión de los hechos delictivos realizados por los actores de los grupos paramilitares.

- *En caso de comprobarse que los victimarios no hayan confesado la comisión de un delito relacionado con la participación en el grupo paramilitar deberán revocarse los beneficios penales.*



En un principio, el texto de la ley no establecía ninguna consecuencia por ocultación de delitos; incluso permitía aceptar nuevas acusaciones cuyas penas se incluían como parte de las sentencias ya reducidas.

La CCC sostuvo que los paramilitares debían cumplir sus sentencias reducidas en establecimientos penitenciarios comunes, y observó que la dimensión colectiva del derecho a la justicia “podría verse también afectada por la percepción de impunidad que se deriva de adicionar a los significativos beneficios que en materia punitiva consagra la ley, otros beneficios en la ejecución de la pena que la desvirtúan por completo”<sup>422</sup>.

- *En la sentencia debe declararse la pena ordinaria, aunque sólo se vaya a cumplir efectivamente la pena alternativa.*

Como señala UPRIMNY, la CCC recuperó el valor simbólico de la pena, al considerar importante para el derecho a la justicia y la garantía de no repetición que en la sentencia se reconozcan la gravedad de los crímenes y la sanción que normalmente se aplicaría, aunque en realidad esta no se vaya a cumplir<sup>423</sup>. Adicionalmente, en caso de que el condenado perdiera el beneficio penal, el Estado podría aplicar la pena ordinaria a la que fue condenado.

---

<sup>422</sup> Sentencia C-370 – 2006, Corte Constitucional de Colombia, párrs. 6.2.3.3.4.8 y 6.2.3.3.4.9.

<sup>423</sup> UPRIMNY, R. y SAFFON, M. P., “¿Al fin Ley de Justicia y Paz?...”, *op. cit.*, pp. 201 - 230.

### 1.2.2.3. *El derecho a la reparación*

- *La sentencia debe establecer el deber de reparar a las víctimas con todos los bienes de los victimarios como condición para acceder a los beneficios penales.*

La CCC consideró que al no exigir como requisito para ser beneficiario de las reducciones de condena la confesión y devolución de todos los bienes, la ley no protegía adecuadamente el derecho a la reparación integral de las víctimas y estableció que era obligación la confesión de todos los bienes por parte de los desmovilizados; que como era razonable, se debían devolver de forma inmediata todos aquellos adquiridos de forma ilícita, pero que además, se les podía exigir la entrega de los bienes que declararan haber obtenido de manera legal para cumplir con la reparación debida. Adicionalmente, consideró que los bienes debían ser declarados y devueltos con independencia de si estaban en posesión o no de ellos al momento de la declaración, y que podían perder el beneficio si se demostraba en cualquier momento del proceso, o incluso después del cumplimiento de la pena, que los habían ocultado. Las medidas también liberaban al Estado de la carga de probar si los bienes eran lícitos o no, y cuáles de ellos estaban en su poder al momento de la declaración.

- *La Corte estableció que los miembros de los grupos armados debían responder de forma solidaria para hacer frente a la reparación de las víctimas en caso de que los victimarios no hubieran sido individualizados.*

Adicionalmente, admitió la posibilidad de que la reparación decretada judicialmente pudiera tener lugar con independencia de que el Presupuesto Nacional hubiera asignado partidas a tal objeto. De otro lado, la CCC extendió la noción de víctima a otros posibles afectados por los graves crímenes cometidos por los paramilitares.

- Finalmente, la Corte declaró inconstitucionales varias disposiciones que condicionaban el pago de las reparaciones a que las partidas estuvieran dispuestas en el Presupuesto Nacional y dispuso que si eran declaradas judicialmente se debían pagar mediante el Fondo de Reparación de las Víctimas con independencia de su autorización en las partidas.

En definitiva, el estándar de los derechos de las víctimas establecido por la Corte IDH tuvo como consecuencia una significativa modificación de la Ley de Justicia y Paz. Mediante esta sentencia la Corte colombiana desarrolló de forma muy importante la protección del derecho a la verdad, la justicia y la reparación. Como señalan UPRIMNY y SAFFÓN, si bien es cierto que la Corte aceptó el principio de reducción significativa de penas para violaciones graves de derechos humanos, lo condicionó al cumplimiento del deber del Estado de establecer la verdad de lo sucedido y sancionar a los responsables, imponiendo un mínimo de pena a cumplir de forma efectiva, así como garantizar la reparación integral de las víctimas. Si bien es cierto que no era fácil hacer un juicio de proporcionalidad sobre el alcance de todos los derechos en discusión, la Corte intentó equilibrar los requerimientos del acuerdo político para hacer efectivo el derecho a la paz, protegiendo a la vez los derechos de las víctimas.

Esto no quiere decir que el examen no estuviera exento de críticas. Dentro de la propia Corte algunos magistrados consideraron que la ley en su conjunto era inconstitucional, ya que la importante reducción de las penas no resultaba proporcional a los crímenes cometidos, violando entre otros, el derecho a la igualdad, el derecho al debido proceso, el derecho de acceso a la administración de justicia y el derecho a la justicia de las víctimas<sup>424</sup>.

Según afirmó el Magistrado BELTRÁN SIERRA en su salvamento,

“Conforme al Derecho Internacional el restablecimiento de la paz cuando ella ha sido perturbada no puede obtenerse a cualquier precio. Precisamente por ello la exoneración de las penas o su reducción a niveles ínfimos generadores de impunidad resultan violatorios de los principios de Derecho Internacional”<sup>425</sup>.

Consideramos que, si bien es cierto los beneficios penales concedidos a las personas desmovilizadas de los grupos armados fueron importantes, la CCC hizo una ponderación apropiada de los derechos y valores en tensión, y que las condiciones que introdujo en la Ley eran adecuadas para garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

---

<sup>424</sup> Los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Araújo votaron en contra de la constitucionalidad de la Ley por razones procedimentales y de fondo. En ambos casos, los Magistrados consideraron que además de los asuntos procedimentales, la ley viola los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación de acuerdo con los estándares internacionales que hacen parte del Bloque de constitucionalidad, y que ya habían sido incorporados por la propia Corte Constitucional en sentencias anteriores. Por otra parte, consideraron que la paz no se puede lograr sin justicia, por lo que las concesiones hechas mediante las penas alternativas no contribuían al derecho a la paz en ninguna de sus dimensiones, sino que, por el contrario, sacrificaban de forma desproporcionada los derechos de las víctimas.

<sup>425</sup> Voto disidente del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra, Sentencia C – 370 – 2006, p. 456.

Lamentablemente, después de casi tres lustros desde la publicación de la sentencia, los mecanismos contemplados en la normativa no han sido aplicados de forma que hagan efectivos los derechos de las víctimas. Las investigaciones no han sido realizadas de forma seria, y, por tanto, no se conoce toda la verdad de lo que pasó, los procesos judiciales se dilataron y la mayor parte de los responsables no fueron sancionados<sup>426</sup>. Por si fuera poco, los mecanismos creados para la reparación han tenido enormes dificultades para su efectividad como lo señala el informe de la CIDH<sup>427</sup>.

#### *1.2.2.4. Los estándares de justicia en el proceso de paz con la guerrilla de las FARC-EP. La Ley de Amnistía y su interpretación por la Corte Constitucional colombiana*

Siete años después del proceso de paz con los grupos paramilitares, el gobierno colombiano inició negociaciones con el grupo guerrillero de las FARC-EP, grupo armado que tuvo una gran presencia en el territorio nacional y que estuvo activo desde los años sesenta del siglo XX, década desde la que Colombia se sumió en el conflicto armado<sup>428</sup>. Las negociaciones concluyeron

---

<sup>426</sup> El 13 de mayo de 2008 el gobierno de Álvaro Uribe Vélez inició el proceso de extradición de los principales líderes de los grupos paramilitares que se habían sometido a la ley de justicia y paz desde el 2005 para que fueran procesados por delitos de narcotráfico lo que dificultó que se llevaran a cabo investigaciones y que aplicaran los procedimientos de sanción y cumplimiento de penas establecidos en la ley 975. *De facto* se convirtió en un mecanismo de amnistía e impunidad que impidieron conocer la verdad de los hechos y la persecución judicial de otras violaciones de los derechos humanos de las víctimas.

<sup>427</sup> CIDH, *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, 2013, OEA/Ser.L/V/II.

<sup>428</sup> Un relato sobre los orígenes de las FARC se puede ver en MOLANO, A. *A Lomo de Mula: viajes al corazón de las FARC*, Penguin Random House Grupo Editorial, Bogotá, 2016.

en 2016 con un Acuerdo de Paz mediante el cual el grupo se comprometía a desmovilizar los cerca de diez mil hombres que tenía en sus filas.

Con el fin de poner en práctica el Acuerdo, se aprobó una serie de normas, entre las que se incluía la Ley 1820 de 2016 (Ley de Amnistía), que contenía las disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales.

Como explican AMBOS y COTE, la Ley 1820 fue concebida como uno de los mecanismos de justicia transicional que, por una parte, viabilizaba el tránsito de los guerrilleros de las FARC-EP a la vida civil, y, por otra, facilitaba la reconciliación nacional. Para lograrlo, incluía a todas las personas que tuvieron una participación directa o indirecta en el conflicto armado (guerrilleros, agentes del Estado y civiles que apoyaron a las partes enfrentadas)<sup>429</sup>.

Las principales características de esta ley son las siguientes:

- Su ámbito de aplicación de la norma se restringe a quienes hubieran sido condenados, señalados o procesados por la comisión de conductas punibles con ocasión del conflicto armado antes de la firma del acuerdo final.
- Se rige por los principios de integralidad y prevalencia, siendo la amnistía un mecanismo de extinción de la acción penal, disciplinaria, administrativa y fiscal, que está condicionado al

---

<sup>429</sup> AMBOS, K. y COTE, G., “Beneficios contemplados en la Ley de Amnistía y algunas dificultades en su aplicación”, *Policy Brief*, vol. 3, 2019, p. 1-10.

reconocimiento del delito político, con el objeto de hacerla lo más amplia posible.

- Concede una amnistía *de iure* a los delitos políticos de rebelión, sedición, asonada, conspiración y seducción, usurpación y retención ilegal de mando y los delitos que son conexos con estos.
- Establece una larga lista de delitos considerados conexos sin perjuicio de que la Jurisdicción Especial Para la Paz pudiera considerar otras conductas punibles como delitos conexos.
- Cuando no se dé una amnistía de *iure* procederá la amnistía otorgada por la Sala de Amnistía e Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz.
- Determina las funciones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.
- Por último, regula los mecanismos de tratamiento especial diferenciado para agentes del Estado<sup>430</sup>.

Se trata de una normativa de justicia transicional con clara repercusión en los derechos de las víctimas, al conceder beneficios penales a los responsables de graves violaciones de derechos humanos<sup>431</sup>. Por todo ello,

---

<sup>430</sup> COLOMBIA, Ley 1820 de 2016, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones, *Diario Oficial*, 2016.

<sup>431</sup> Los derechos de las víctimas fueron un tema recurrente en el proceso de negociación entre el gobierno y la guerrilla de las FARC-EP, siendo uno de los seis puntos principales del Acuerdo: 1. Hacia un nuevo campo colombiano: reforma rural; 2. Participación en política: apertura democrática para construir la paz; 3. Fin del conflicto; 4. Solución al problema de las drogas ilícitas; 5. Acuerdo sobre las víctimas del conflicto: Sistema Integral de Verdad, Justicia,

debe analizarse lo que dijo la Corte Constitucional al revisar su constitucionalidad y cómo incorporó el estándar internacional.

Antes de entrar en las consideraciones de la Corte, debe destacarse que la Ley 1820 es parte de un paquete de normas de justicia transicional para hacer efectivo el acuerdo de paz, y que, como parte de ese marco, se diseñó un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición<sup>432</sup>, por lo que, a diferencia de la Ley de Justicia y Paz, el marco jurídico de protección de los derechos de las víctimas tenía medidas concretas.

La CCC sostuvo que, en un escenario de justicia transicional, la cuestión principal a dilucidar consiste en establecer el grado adecuado de satisfacción de los derechos de las víctimas, salvaguardando la posibilidad de alcanzar la paz mediante la negociación, lo que conlleva admitir beneficios para actores del conflicto, y que para poder hacerlo era necesario delimitar el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar en un contexto de transición<sup>433</sup>.

Siguiendo con la línea jurisprudencial de la sentencia C-370, de 2006, la Corte señaló que el estándar interamericano sobre los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición (contenido que hizo explícito en la

---

Reparación y no repetición” incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz; y el compromiso sobre derechos humanos; y, 6. Implementación, verificación y refrendación, en <https://www.jep.gov.co/Documents/Acuerdo%20Final/Acuerdo%20Final.pdf> (consultado por última vez el 17/01/2021).

<sup>432</sup> Mediante el Acto Legislativo 01 del 4 de Abril de 2017 se aprobaron una serie de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable, entre ellas la creación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición que incluyó, entre otras medidas, tres mecanismos principales, 1) la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; 2) la Unidad Especial para la Búsqueda de Personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; y 3) la Jurisdicción Especial para la Paz - JEP); además de una serie de medidas específicas para la reparación integral para la construcción de la paz y las garantías de no repetición.

<sup>433</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 007 – 2018, p. 136.



sentencia), son obligatorios para el Estado colombiano y deben ser observados en el marco del deber de investigar, juzgar y sancionar en un escenario transicional. Además, recordó que “las leyes de amnistía e indulto que se aplican sobre la comisión de graves violaciones a los derechos humanos han sido consideradas por parte de la Corte Interamericana como un obstáculo para el ejercicio del deber de investigar, juzgar y sancionar”<sup>434</sup>, tomando como referencia el *caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador* por su relevancia en contextos de transición<sup>435</sup>.

La CCC destacó que, de acuerdo con el DIDH, incluida la jurisprudencia de la Corte IDH, las graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario (crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio) exigen la mayor observancia posible de las obligaciones del deber de investigar, juzgar y sancionar, a pesar de efectuarse en el contexto de un conflicto armado internacional o no internacional.

Sin embargo, consideró que,

“La obligación de investigar recae sobre todos los *crímenes más graves*, pero es admisible la concentración del juzgamiento y sanción en los máximos responsables, por lo tanto, en contextos de justicia transicional –entendida en un sentido holístico– algunas concesiones son válidas siempre y cuando repercutan en la satisfacción integral de los derechos de las víctimas”<sup>436</sup>.

---

<sup>434</sup> *Ibid.*, p. 140.

<sup>435</sup> *Ibidem*.

<sup>436</sup> *Ibid.*, p. 152.

La CCC afirmó que el tradicional proceso penal, que se desarrolla caso a caso, cuando se produce en contextos transicionales puede poner en peligro la verdad y la no repetición de atrocidades, por lo que se debe “asumir el deber de investigar atendiendo a criterios de priorización y selección, garantizando como contrapartida los derechos de las víctimas”<sup>437</sup>. La Corte entendió que de esta forma se evita la impunidad de graves violaciones de derechos humanos, que no pueden ser objeto de amnistía, y que, de esta forma, se adecúan los criterios que deben seguirse en la investigación penal con una finalidad que responde a la protección de los derechos de las víctimas, por un lado, y el alcance de la paz, por otro, y que, además, permite al Estado cumplir con su deber de establecimiento de la verdad judicial y de sancionar a los máximos responsables en el particular contexto de la transición.

Por otra parte, y siguiendo tanto su propia jurisprudencia como la de la CIDH<sup>438</sup>, la CCC insistió en que la concesión de beneficios penales está condicionada al cumplimiento de las condiciones de satisfacción de los derechos a la verdad (judicial y extrajudicial), la reparación y la no repetición<sup>439</sup>. En este sentido, la CCC sostiene que en el balance de las medidas de justicia transicional los beneficios sólo son válidos si funcionan como una herramienta

---

<sup>437</sup> *Ibidem*. Es importante señalar que antes de esta sentencia, la CCC se había pronunciado sobre la constitucionalidad de aplicar criterios de priorización y selección en materia de investigación penal cuando analizó el Acto Legislativo 01 de 2012 que posibilitó el inicio de los diálogos de paz. Ver la sentencia C – 579 – 2013 en la que la CCC fijó pautas como la participación de las víctimas para la definición clara y pública de los criterios de priorización y selección, así como el otorgamiento de recursos efectivos que les permitan cuestionar la decisión de no seleccionar su caso.

<sup>438</sup> CIDH, *Derecho a la verdad en América*, 2014, en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/derecho-verdad-es.pdf> (consultado por última vez el 17/01/2021).

<sup>439</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C – 007 – 2018; C – 370 – 2006; C – 579 – 2013 y C – 674 – 2017.

para la satisfacción de la verdad, la reparación de las víctimas y la no repetición, y son necesarias para la terminación del conflicto y la garantía de una paz estable.

La CCC concluyó en su ejercicio de ponderación que,

“(i) la obligación de investigar recae de manera innegociable sobre el Estado y frente a las graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, que se remiten, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a los crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad y genocidio en los términos del Estatuto de Roma; y

(ii) la amnistía, indulto o la renuncia a la persecución penal constituyen instrumentos válidos, siempre y cuando se sujeten a las exigencias previstas en la Constitución (frente a amnistías e indultos, que se atiende a su procedencia solamente frente a la categoría de delitos políticos y conexos), no se desconozca el mínimo reductible del deber de investigar, juzgar y sancionar, y se garanticen al máximo los derechos interdependientes, inalienables y universales de las víctimas”<sup>440</sup>.

Sobre el derecho a la reparación, la CCC reiteró su jurisprudencia en el sentido de que es deber del Estado satisfacer el derecho de las víctimas a la reparación integral, algo que, como recordó, la propia Ley prevé. Además, señaló que el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición establece medidas suficientes para que este derecho sea efectivo<sup>441</sup>.

En nuestra opinión, debe valorarse muy positivamente el desarrollo que ha hecho la Corte IDH de los derechos de las víctimas, el impacto que ha

---

<sup>440</sup> *Ibid.*, p. 158.

<sup>441</sup> *Ibid.*, pp. 238 – 240.

tenido en la lucha contra la impunidad en el continente y la mirada integral que ha logrado en materia de reparaciones. Aunque no era el objeto central de este capítulo, no era posible dejar de mencionar la diversidad y riqueza de sus modalidades y mencionar la incidencia que ha tenido en otros instrumentos de *soft law* e incluso otros sistemas regionales de protección.

En cuanto al derecho colombiano, es evidente el enorme impacto que ha tenido esta sentencia en procesos de la mayor importancia para la historia reciente del país. En primer lugar, el contenido de los derechos desarrollado por la jurisprudencia se considera obligatorio en el derecho interno, razón por la cual ha sido un tema central tanto en las negociaciones de paz, como en la revisión de la constitucionalidad de las normas que aprueban los acuerdos firmados en contextos de transición del conflicto armado a la paz. En el pasado, en la mayoría de estos contextos se aprobaron normas de perdón y olvido, pero actualmente no es posible hablar de transiciones a la paz y la democracia sin garantizar los derechos de las víctimas, y en eso la contribución de la Corte IDH es evidente. En segundo lugar, la adopción del estándar de la Corte IDH ha sido un criterio fundamental para impedir la aprobación de leyes de impunidad, como es el caso de la Ley 975 de 2005, y para condicionar las normas que hacen efectivos dichos acuerdos a la garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Por otra parte, es cierto que los contextos de transición presentan grandes retos que no han sido totalmente resueltos. Aún la Corte IDH no se ha pronunciado claramente sobre la aplicación de normas de justicia transicional, y no está claro si la ponderación de la CCC, que declaró constitucionales medidas como la priorización de casos para la investigación en materia penal,

será aceptada por la Corte IDH. Pero como hemos comentado, la Corte IDH ha dado algunas muestras de que en contextos transicionales en los que se revisan violaciones masivas de derechos humanos que superen las capacidades de la justicia ordinaria, serían admisibles medidas distintas bajo estrictas condiciones.

A nuestra opinión, el juicio de ponderación de la CCC permite la máxima protección de los derechos de las víctimas en las condiciones de un contexto de guerra especialmente prolongada, como es el colombiano. Aun reconociendo que hay una flexibilización del derecho a la justicia en favor otros derechos y valores, resulta proporcional si es un medio necesario para la efectividad y el fortalecimiento del derecho a la verdad, la reparación y para la garantía de no repetición. En un contexto complejo de conflicto armado de más de cincuenta años en el que no parece viable su conclusión por una vía distinta a la de paz negociada, la concesión de ciertos beneficios se antojaba necesaria para que las violaciones de derechos humanos no siguieran ocurriendo, aunque desafortunadamente el país se encuentra sumido en un contexto muy complejo que ha ralentizado la ejecución de los acuerdos de paz y la aplicación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición<sup>442</sup>.

Es previsible que en un futuro próximo lleguen a la Corte IDH casos relacionados con aplicación de la normativa de transición, lo que le permitirá

---

<sup>442</sup> GRASA, R., “Colombia cuatro años después de los acuerdos de paz: un análisis prospectivo”, *Documentos de Trabajo*, 2020, vol. 39, 2ª; GONZÁLEZ SUÁREZ, A.M., et al., ESTRADA ÁLVAREZ, J., (Coord.) *El Acuerdo de paz en Colombia: entre la perfidia y la potencia transformadora*, 2019, en [http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20191108024211/El\\_acuerdo\\_de\\_paz\\_en\\_Colombia.pdf](http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20191108024211/El_acuerdo_de_paz_en_Colombia.pdf) (consultado por última vez el 20/01/2021).

llevar a cabo un desarrollo más preciso del contenido de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación en contextos de transición.

## **2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

El artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

El contenido de este artículo fundamental de la Convención ha sido objeto de un amplio desarrollo tanto por la Corte Interamericana como por la Corte Constitucional de Colombia. En este desarrollo se puede percibir el uso progresivo por parte del tribunal colombiano de la jurisprudencia interamericana como argumento de autoridad y como criterio que modifica o desarrolla el derecho a nivel interno. Desde un principio es clara la compatibilidad entre los estándares de ambos tribunales.

En unas ocasiones la Corte Constitucional adopta las tesis de la Corte Interamericana citando expresamente su jurisprudencia, y en otras, pese a no hacerlo es evidente su compatibilidad con ella, conformando así un bloque jurisprudencial compartido. Por otra parte, en algunos ámbitos concretos la Corte colombiana ha desarrollado ciertos criterios establecidos previamente por la Corte IDH. Es el caso del criterio de la doble dimensión del derecho a la libertad de expresión (individual y colectivo), que la CCC desarrolla, enlazando la dimensión política y la participación ciudadana que subyace en la misma.

En un caso que analizaremos más adelante, la Corte IDH explicará que el peligro de que se vulnere la libertad de expresión no afecta en exclusiva a periodistas, comunicadores sociales o artistas, sino también a los operadores políticos. En su conjunto, la CCC comparte el núcleo argumentativo principal de la Corte IDH del derecho a la libre expresión: su importancia en una sociedad

democrática, su dimensión individual y colectiva, y la relación existente entre este derecho y el derecho a la vida y a la integridad física. Pero se distancia en otras cuestiones, tales como la censura previa, que la Corte IDH considera problemática, mientras que la CCC la ve necesaria. Aunque la propia Corte IDH reconoce la posibilidad de que, en casos especiales, se practique la censura previa, la jurisprudencia de ambos tribunales se distancia en fallos determinados por el contexto.

En las líneas que siguen vamos a realizar una aproximación general a los principales argumentos utilizados en la jurisprudencia del Tribunal Interamericano en relación con el mencionado artículo 13 de la Convención Americana, para posteriormente contrastarlos con los de la Corte Constitucional colombiana.

## **2.1. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de 5 de octubre de 2015, aborda la cuestión clave de la relación existente entre “los derechos políticos, la libertad de expresión, el derecho de reunión y la libertad de asociación como un conjunto interconectado y necesario para el sistema democrático”<sup>443</sup>. El primer pronunciamiento del Tribunal sobre la cuestión se

---

<sup>443</sup> Corte IDH, *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2015. Serie C No 302.



produjo en 1985, cuando tuvo que dictar una Opinión Consultiva (OC-5/85) con ocasión de una cuestión planteada por Costa Rica sobre la compatibilidad del derecho a la libertad de expresión con la colegiación obligatoria de periodistas<sup>444</sup>. Entre ambos pronunciamientos transcurrieron nada menos que treinta años y veinte sentencias.

Durante la década de los años noventa la Corte IDH no emitió ninguna sentencia. Esto significa que durante quince años no hubo producción jurisprudencial sobre el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en la CADH. Durante este lapso, la Opinión Consultiva OC-5/85 fue el documento principal de referencia, por no decir la única. Sin embargo, a partir de 2001 comenzó a dictar una serie de sentencias que darán forma y contenido a la posición de la Corte IDH. En conjunto, podremos observar una especialización jurisprudencial que va conectando otros derechos y, sobre todo, profundizando en sus dimensiones individual y colectiva, judicial y legal.

---

<sup>444</sup> “El Gobierno de Costa Rica (...), mediante comunicación del 8 de julio de 1985, sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación de los artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con la colegiación obligatoria de los periodistas y sobre la compatibilidad de la Ley No. 4420 de 22 de setiembre de 1969, Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica con las disposiciones de los mencionados artículos. Según declaración expresa del Gobierno, esta solicitud de opinión ha sido formulada en cumplimiento de un compromiso adquirido con la Sociedad Interamericana de Prensa”. Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

### 2.1.1. *La libertad de expresión, piedra angular de la democracia*

La Opinión Consultiva OC-5/85 (de 13 de noviembre de 1985) es considerada como el documento fundacional de la Corte IDH sobre el artículo 13 de la CADH. A partir de entonces, la Corte IDH vinculó definitivamente el derecho a la libertad de pensamiento y expresión y la democracia<sup>445</sup>. Para la Corte IDH es evidente que los actores sociales y políticos que conforman una sociedad –partidos políticos, sindicatos, sociedades científicas y culturales, etc.- deben tener acceso a la información para ejercer sus propias acciones e influir sobre el destino político de su país. Una sociedad plenamente libre es una sociedad informada, y, por tanto, se trata de una *conditio sine qua non* de las sociedades democráticas. De esta forma establece el principio “del esquema democrático” que reiterará en sus sentencias posteriores la Corte IDH, y que será compartida por muchos tribunales nacionales del continente americano.

A este respecto la Corte afirmó lo siguiente:

“La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada.

---

<sup>445</sup> *Ibid.*, párr. 70.

Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.”<sup>446</sup>

La “doble dimensión” de la libertad de expresión fue otro tema desarrollado en la Opinión Consultiva de 1985. La Corte IDH señaló que el artículo 13 debe interpretarse como derecho individual que garantiza la manifestación del propio pensamiento sin constreñimiento y, a su vez, como derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer el pensamiento ajeno. La *dimensión individual* de la libertad de expresión comprende la posibilidad de manifestar el pensamiento y además, el derecho de usar un medio apropiado para difundirlo y socializarlo; es decir, que cuando la “Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas “por cualquier... procedimiento” está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. De ahí la importancia del régimen legal aplicable a la prensa y al estatus de quienes se dediquen profesionalmente a ella.”<sup>447</sup>

---

<sup>446</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85 *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)* de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 70. En el mismo sentido, *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr.112; *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr.82; *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 85.

<sup>447</sup> Corte IDH, *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr.78; *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 372

La *dimensión social*, en cambio, parte de la importancia y de la necesidad de la comunicación masiva como una invariable transversal de las sociedades democráticas para que libremente puedan intercambiar información e ideas, conocer opiniones ajenas y estar al tanto de diferentes acontecimientos relevantes. Tanto difundir el propio pensamiento por los medios idóneos como recibir informaciones libremente constituyen las dos dimensiones simultáneas de la democracia y la realización del artículo 13 de la Convención Americana<sup>448</sup>. Ambas dimensiones deben ser garantizadas simultáneamente para que el derecho será efectivo<sup>449</sup>.

Tanto la Comisión Americana como la Corte IDH han afirmado con claridad que la libertad de expresión es un derecho de toda persona y de la colectividad que no debe ser coartado ni condicionado de forma que tenga plena capacidad para recibir, buscar o difundir información haciendo uso de todos los medios de comunicación. En este sentido, la Corte Interamericana ha sostenido en diferentes oportunidades que el alcance del derecho a la libertad de expresión como componente esencial de la democracia debe incluir la capacidad individual de exponer declaraciones e ideas, y buscar, recibir y

---

<sup>448</sup> Corte IDH, *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr.64; *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr.146; *Caso Herrera Ulloa V. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004., párr.108; *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004.; *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr.163; *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 53; *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No., párr. 89; Corte IDH. *Caso Carvajal Carvajal y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C No. 352, párr. 72.

<sup>449</sup> Corte IDH, *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015, párr.135; *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párr. 89

difundir información de todo tipo, de forma oral, impresa, a través medios masivos de comunicación o con el uso de cualquier otro medio. A este respecto, la Corte ha indicado que la primera dimensión de la libertad de expresión:

“no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión de pensamientos e ideas son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente”<sup>450</sup>.

Este derecho tampoco puede ser limitado por razones de religión, ideas políticas, sexo, raza o clase social o de origen nacional. En este sentido, la Corte ha afirmado que

“La Convención Americana garantiza este derecho a toda persona, independientemente de cualquier otra consideración, por lo que no cabe considerarla ni restringirla a una determinada profesión o grupo de personas”<sup>451</sup>.

En consecuencia, la Corte atribuye la titularidad del derecho a todas las personas, de forma que no puede estar limitado a grupos especializados por la profesión o de otra índole. Esta afirmación ya había sido expresada en la temprana Opinión Consultiva de la siguiente manera:

---

<sup>450</sup> Corte IDH, *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 65.

<sup>451</sup> Corte IDH. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 114.

“Así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas”<sup>452</sup>.

La cobertura democrática del artículo 13 se extiende a una variedad de expresiones y discursos, incluidos los que pueden ser ofensivos o perturbadores. Esta garantía democrática es importante porque, en principio, protege a los discursos que puedan ser valorados negativamente por el Estado o por actores que puedan incidir en la censura o en la limitación del derecho de la libre expresión. La Corte establece la necesaria posición de neutralidad del Estado como garante de la libre expresión y especialmente de su no exclusión del debate público. Al respecto, la Corte IDH exige el pluralismo y la tolerancia de la sociedad democrática.

---

<sup>452</sup> Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-5/85. Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, de 13 de noviembre de 1985, párr. 34. En el mismo sentido, *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009; *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293.

Esta es una posición que la Corte IDH recoge, entre otros, del caso *Handyside Vs. Reino Unido*<sup>453</sup> del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y lo hace en los siguientes términos:

“La Corte Europea también ha reconocido este criterio, al sostener que la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática. (...) Esto significa que (...) toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue”<sup>454</sup>.

Por último, la Corte señala que la falta de una garantía efectiva de este derecho debilita el sistema democrático, pues si no funcionan los mecanismos de control y denuncia se estará facilitando el establecimiento de sistemas autoritarios<sup>455</sup>.

---

<sup>453</sup> TEDH, *Handyside v. Reino Unido*, Sentencia del 7 de diciembre de 1976, párr. 49

<sup>454</sup> Posición que puede observarse en Corte IDH, *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001*. párr. 65 y en el *Caso Ricardo Canese V. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004, párr.83. La cita proviene de: Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 113.

<sup>455</sup> Corte IDH, Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107 y Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párr. 154.

### *2.1.2. La prohibición de la censura previa*

El artículo 13.2 afirma que el derecho a la libertad de expresión no puede estar limitado por la censura previa. Según ha señalado a este respecto la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión:

“La censura previa es el prototipo de violencia extrema y radical de la libertad de expresión, ya que conlleva su supresión. Tiene lugar cuando, por medio del poder público, se establecen medios para impedir en forma previa la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias, por cualquier tipo de procedimiento que condicione la expresión o la difusión de información al control del Estado, por ejemplo, mediante la prohibición de publicaciones o el secuestro de las mismas , o cualquier otro procedimiento orientado al mismo fin. En términos de la CIDH, la censura previa ‘supone el control y veto de la expresión antes de que ésta sea difundida, impidiendo tanto al individuo, cuya expresión ha sido censurada, como a la totalidad de la sociedad, ejercer su derecho a la información’. En otras palabras, la censura previa produce ‘una suspensión radical de la libertad de expresión al impedirse la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias’. Como se dijo, ‘esto constituye una violación radical tanto al derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática’. En los casos de censura previa, se produce una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse, como del derecho de todos a estar bien informados y a recibir y conocer las



expresiones ajenas. Se afecta así, una de las condiciones básicas de la sociedad democrática”<sup>456</sup>.

Recuerda la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión que en la jurisprudencia de la Corte Interamericana la censura previa se puede expresar de diferentes maneras. La incautación de libros, materiales de imprenta y copias electrónicas de documentos por parte de los funcionarios del Estado o la prohibición expresa de un juez de publicar y/o divulgar un libro, forman parte de las acciones estatales que violan el derecho de la libre expresión.

Lo mismo ocurre cuando se prohíbe a un funcionario expresarse críticamente sobre una institución, actuación o proceso, tal como ocurrió en el *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*, cuando un oficial militar retirado publicó un libro titulado “Ética y servicios de inteligencia”, donde criticaba cuestiones concretas de la institución militar. La publicación del libro tuvo como consecuencia un proceso penal militar por “desobediencia” y “quiebra de los deberes militares”. Posteriormente, el Estado ordenó retirar de la circulación todas las copias físicas y electrónicas existentes. En el curso del proceso ante la Corte Interamericana, ésta ordenó una reforma legislativa que asegurara la libertad de expresión, además de la publicación del libro<sup>457</sup>. En el ámbito de Internet se manifiesta, por ejemplo, en la orden de incluir o retirar enlaces o imponer contenidos. Y finalmente, puede suceder en la presentación de una película de cine, como en el caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo*

---

<sup>456</sup> Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Marco Jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Organización de Estados Americanos: 2010, pág. 54, párr. 146.

<sup>457</sup> Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

*Bustos y otros) v. Chile* (2001) o una predisposición legal que establezca la censura previa en el séptimo arte.

El caso *La Última Tentación de Cristo*<sup>458</sup> resulta de gran interés por dos razones. Por una parte, porque constituye la primera manifestación de la Corte IDH sobre la cuestión desde la Opinión Consultiva 5 de octubre de 1985, y, por otra, porque aborda la censura previa, analizando aspectos sociales y estatales. El Estado chileno prohibió exhibir la controvertida película como consecuencia de una petición presentada por un grupo de ciudadanos que pretendían proteger la buena imagen de Jesucristo, la Iglesia Católica y sus derechos, que consideraron vulnerados.

La Corte IDH consideró que el derecho de libre expresión protege tanto la información favorable, indiferente o inofensiva como la que pueda llegar a ser inquietante o que resulte ofensiva para el Estado o la sociedad. Por tanto, concluyó que se había incurrido en censura previa por las decisiones judiciales y que la Constitución de Chile contenía un sistema de censura previa en relación con la actividad cinematográfica que violaba el derecho a la libertad de expresión. Tanto en este caso como en el *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile* (2005), la Corte concluyó que era necesario transformar el orden jurídico existente por admitir la censura previa.

---

<sup>458</sup> Corte IDH, *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 65.

### 2.1.3. *Los discursos especiales protegidos*

La Corte IDH ha destacado la importancia de proteger algunos discursos especiales, por sus implicaciones y riesgos para los derechos humanos, derechos conexos y el correcto funcionamiento de la democracia. De acuerdo con la jurisprudencia del tribunal existen tres tipos de discursos que son objeto de una especial protección: el discurso sobre los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos; el discurso político y relativo a asuntos de interés público; y por último el que conforma un factor de identidad o la dignidad personal de quien se expresa.

En relación con el primero de ellos, los diferentes tipos de expresiones sobre funcionarios públicos en ejercicio y sobre candidatos a ocupar cargos públicos tienen una protección especial en razón de la necesidad de las sociedades democráticas de llevar a cabo el control de la gestión pública y procurar la transparencia y responsabilidad de los funcionarios. Lo mismo sucede con los candidatos a ocupar cargos públicos. El interés general y el peso de los bienes sociales a proteger hacen que la protección de ese tipo de discursos deba ser reforzada. De lo contrario, quienes hagan una denuncia o crítica podrían verse intimidados e incluso auto censurados por las posibles consecuencias.

En el caso *Tristán Donoso Vs. Panamá*, la Corte analiza la condena por un delito de calumnia contra una persona que realizó acusaciones contra el Procurador General de la Nación que no fueron probadas por la justicia. Pese a ello, entendió que el autor de las acusaciones no tendría que haber sido condenado por tratarse de acusaciones relacionadas con el ejercicio de las labores de los funcionarios públicos, los cuales están sometidos a un mayor

escrutinio, dado que su actividad ha salido de la esfera privada. La Corte señaló que:

"las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático"<sup>459</sup>.

Por otra parte, justificó estas afirmaciones con el argumento de que tanto los funcionarios como los candidatos a ejercer cargos públicos,

“se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público”<sup>460</sup>.

El segundo de los discursos protegidos es el político y de asuntos de interés público. El Tribunal Interamericano se refiere a aquellos discursos que comprometen o discuten actividades, acciones, omisiones o posturas de los funcionarios públicos. Se trata de la actividad política, entendiendo por ella las acciones de los ciudadanos dirigidas a discutir el funcionamiento de la sociedad y el Estado. De conformidad con la argumentación de la *Opinión Consultiva OC-5/85* y sus desarrollos posteriores, la participación democrática se expresa también mediante el control de la práctica del Estado en el ejercicio del poder público.

---

<sup>459</sup> Corte IDH, *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 115.

<sup>460</sup> Corte IDH, *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 115.

Para la jurisprudencia interamericana la posibilidad de desarrollar con garantías el debate público sobre la actividad estatal constituye un alto estándar democrático. Los *discursos especiales protegidos* dentro del orden democrático son aquellos que cuestionan la gestión pública y los asuntos de interés público, y para ello es necesario tanto poder expresar las ideas, como recibir la información oportuna y veraz para el correcto control de la función estatal por parte de los ciudadanos y los medios de comunicación. En este sentido, tal y como señalara la Corte IDH,

“En la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población. En una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas”<sup>461</sup>.

En el mismo sentido, la Corte consideró que el trato discriminatorio del poder público en función de su desagrado por un discurso determinado genera un peligroso efecto de terror y disuasión que atenta contra el debate público en casos de interés público. Esta circunstancia se produjo en el *caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) V. Venezuela* del año 2015, en el que, significativamente, la Corte afirmó lo siguiente,

“(…) este Tribunal resalta que al realizar el gobierno un trato diferenciado basado en el agrado o disgusto que le causaba la línea editorial de un canal, esto conlleva que se genere un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitor sobre todos los que

---

<sup>461</sup> Corte IDH, *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 88.

ejercen el derecho a la libertad de expresión (supra párr. 164), ya que envía un mensaje amedrentador para los otros medios de comunicación respecto a lo que les podría llegar a ocurrir en caso de seguir una línea editorial como la de RCTV. Como se mencionó anteriormente, no permitir el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en condiciones de igualdad, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad que es esencial para la protección de la democracia y el pluralismo de medios”<sup>462</sup>.

El tercer discurso protegido es el que conforma un factor de identidad o la dignidad personal de quien se expresa. En este sentido la Corte ha considerado principalmente que la protección del uso de las lenguas de comunidades indígenas u otras minorías constituye un factor determinante de la identidad, por medio del cual estas se expresan y defienden su cultura. En el caso *López Álvarez V. Honduras*, la Corte consideró que la prohibición impuesta a la población perteneciente a la comunidad indígena garífuna, recluida en un centro penitenciario, resultaba una violación especialmente grave,

“ya que el idioma materno representa un elemento de identidad del señor Alfredo López Álvarez como garífuna. De ese modo, la prohibición afectó su dignidad personal como miembro de dicha comunidad. [...] Los Estados deben tomar en consideración los datos que diferencian a los miembros de pueblos indígenas de la población en general, y que conforman la identidad cultural de aquéllos. La lengua es uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo,

---

<sup>462</sup> Corte IDH, *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293.

precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura"<sup>463</sup>.

Finalmente, en consonancia con las garantías democráticas, la Corte ha interpretado que la aplicación del tipo penal de desacato es también contraria a la Convención Americana. Esta afirmación supone una defensa más contundente de la libertad de expresión, ya que los delitos de desacato son considerados innecesarios en las sociedades democráticas para quienes son críticos con la función pública.

Para el Tribunal Interamericano el desacato es una,

“persecución penal desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática (que priva o coarta) el ejercicio de su derecho a la libertad de pensamiento y expresión, en relación con las opiniones críticas que tenía respecto de asuntos que le afectaban directamente y guardaban directa relación con la forma en que las autoridades de la justicia militar cumplían con sus funciones públicas en los procesos a los que se vio sometido”<sup>464</sup>.

En su conjunto, la dimensión democrática asociada al artículo 13 de la Convención comenzó a ser diseñada en 1985 y fue desarrollada en sentencias posteriores, siendo abordada tanto desde las dimensiones individuales y

---

<sup>463</sup> Corte IDH, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 169.

<sup>464</sup> Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 88.

colectivas como desde los discursos particulares y aquellos especialmente protegidos por su importancia social o para comunidades minoritarias<sup>465</sup>.

#### *2.1.4. Limitaciones al derecho a la libertad de expresión*

La propia Convención Americana contempla ciertas limitaciones a la libertad de expresión en aspectos puntuales que posteriormente la Corte Interamericana ha especificado y armonizado con la posición de la Comisión Interamericana. El artículo 13.2 señala que el derecho a la libertad de expresión

“no puede estar sujeto a previa censura (...) sino a responsabilidades posteriores que “deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

El párrafo 4 de esta misma disposición señala que

“Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2”,

mientras que el párrafo 5 señala que,

---

<sup>465</sup> Sobre este y otros desarrollos de la Corte IDH en la materia ver, FERRER MAC-GREGOR, E., “La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Nueva Revista*, mayo 2021, <https://www.nuevarevista.net/la-libertad-de-expresion-en-la-jurisprudencia-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos/> (consultado por última vez el 10/08/2021).



“Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

La Corte Interamericana y la Comisión Interamericana han coincidido al señalar que:

“a. ciertas formas de limitación de la libertad de expresión son inadmisibles y b. que algunos tipos de limitaciones, por el tipo de discurso sobre el cual recaen o por los medios que utilizan se deben sujetar a un examen más estricto y exigente para ser válidas para la Convención Americana<sup>466</sup>.

Y de forma particular,

“Según ha sido interpretado por la jurisprudencia interamericana, el artículo 13.2 de la Convención Americana exige el cumplimiento de las siguientes tres condiciones básicas para que una limitación al derecho a la libertad de expresión sea admisible: 1. La limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material, 2. La limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida;

---

<sup>466</sup> CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 2/09. 30 de diciembre de 2009, párrs. 62.  
<http://www.cidh.org/pdf%20files/Marco%20Juridico%20Interamericano%20estandares.pdf>  
(consultado por última vez el 10/03/2018)

e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr”<sup>467</sup>.

La jurisprudencia de la Corte establece que los Estados deben demostrar que, además de ser explícitas y claras, dichas condiciones han sido cumplidas. En el caso de presentarse en el marco del Derecho Penal, la Corte Interamericana subrayó que “es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad”, e insistió reiteradamente en que deben ser expresados de manera “expresa, precisa, taxativa y previa”<sup>468</sup>. La interpretación de la Corte persigue brindar seguridad legal a los ciudadanos y ciudadanas en escenarios tan restrictivos como la ley penal:

“La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del

---

<sup>467</sup> *Ibidem*, párr. 66

<sup>468</sup> Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 17, párr. 63; Corte IDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009, párr. 56.

principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana”<sup>469</sup>.

El *Caso Usón Ramírez v. Venezuela* (2009) es muy elocuente sobre la interpretación realizada por la Corte IDH, al mostrar la deficiencia formal y sustancial de la ley penal que afecta el derecho a la libre expresión y que es invocada en su favor por el Estado:

“En el presente caso, la Corte observa que el tipo penal del artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar no establece los elementos que constituyen la injuria, ofensa o menosprecio, ni especifica si es relevante que el sujeto activo impute o no hechos que atenten al honor o si una mera opinión ofensiva o menospreciante, sin imputación de hechos ilícitos, por ejemplo, basta para la imputación del delito. Es decir, dicho artículo responde a una descripción que es vaga y ambigua y que no delimita claramente cuál es el ámbito típico de la conducta delictiva, lo cual podría llevar a interpretaciones amplias que permitirían que determinadas conductas sean penalizadas indebidamente a través del tipo penal de injuria. La ambigüedad en la formulación de este tipo penal genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionar su conducta con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la libertad. Además, dicho artículo se limita a prever la pena a imponerse, sin tomar en cuenta el dolo específico de causar descrédito,

---

<sup>469</sup> Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs Perú*, párr. 121, y *Caso Lori Berenson*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 125. Asimismo, el Tribunal ha resaltado que las leyes que prevean restricciones “deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación”. *Cfr. Caso Ricardo Canese*, párr. 124. Y fue reproducida en: Corte IDH. *Caso Kime/ Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 17, párr. 63.

lesionar la buena fama o el prestigio, o inferir perjuicio al sujeto pasivo. Al no especificar el dolo requerido, dicha ley permite que la subjetividad del ofendido determine la existencia de un delito, aún cuando el sujeto activo no hubiera tenido la voluntad de injuriar, ofender o menospreciar al sujeto pasivo”<sup>470</sup>.

Además, la Corte ha establecido como condición para que los Estados puedan imponer limitaciones que su objetivo no pueda ser alcanzado de una manera menos gravosa y que, por tanto, sea algo urgente e imperioso. La Corte IDH establece la necesidad de que exista un equilibrio acorde con el espíritu de la Convención al señalar que:

“Para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra”<sup>471</sup>.

Por ello, las limitaciones al derecho a la libre expresión deben ser idóneas, explícitas, necesarias, imperiosas y proporcionales a los objetivos que se persiguen. Aunque la Corte IDH hace notar que los contextos y casos particulares deben ser ponderados específicamente y que no hay una regla única para medir cada limitación, también se preocupa en su jurisprudencia de ofrecer elementos particulares que sirvan a los tribunales nacionales y a la

---

<sup>470</sup> *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 56.

<sup>471</sup> Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 17, párr. 84.

actuación gubernamental o legislativa para procurar la defensa de este derecho.

Por otra parte, la Corte señaló que los requisitos de legalidad de las restricciones establecidas en materias diferentes a la penal no pueden ser evaluados de la misma manera, tal y como había señalado en el caso *Fontevicchia y D` Amico V. Argentina*, y reitera en el *Caso Lagos del Campo V. Perú* del año 2017. Además, afirmó que el Estado no está obligado a señalar taxativamente en la ley los discursos que requieren una protección especial, sino que son las autoridades que deban aplicar la normativa las que deben ponderar todos los derechos que pudieran resultar afectados y resuelvan de acuerdo con la efectividad de los fines que persigue la ley<sup>472</sup>.

Por último, es necesario subrayar que la Convención Americana prohibió la censura previa como garantía de la libre expresión, pero que, a su vez, dispuso que, en ciertas circunstancias, el ejercicio del derecho está sujeto a responsabilidades ulteriores. En este sentido, el artículo 13.2 señala lo siguiente:

“El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura *sino a responsabilidades ulteriores* (...) que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

---

<sup>472</sup> Corte IDH, *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017, párrs. 119 – 122.

BERTONI y ZELADA han destacado que para la Corte Interamericana la posibilidad de imponer responsabilidades ulteriores por la presunción del ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión sólo es admisible cuando su imposición sea “necesaria en una sociedad democrática”, tal y como había señalado la Opinión Consultiva de 5/85, donde se consideró que “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella [responsabilidad ulterior] que restrinja en menor escala el derecho protegido”<sup>473</sup>.

La Corte IDH ha afirmado que no basta que la ley sea explícita y persiga un propósito útil, sino que “debe justificarse según objetivos colectivos”. En sentido similar se manifestó la Corte en el caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*:

“[...] las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático”<sup>474</sup>.

Según los mencionados autores, la posición de la Corte Interamericana fue evolucionando. Primero puso en duda la utilización del derecho penal para

---

<sup>473</sup> BERTONI, E. y ZELADA, C.J., “Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión”. STEINER, C. y URIBE, P. (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2014.

<sup>474</sup> Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, Párr. 128.

imputar responsabilidades ulteriores a expresiones que afectaran el honor de los funcionarios públicos, y después, consideró que la tipificación penal -y el ordenamiento penal- de estos delitos no podían ser admitidos válidamente como responsabilidades ulteriores en el marco de la Convención Americana.

## **2.2. LA INTERACCIÓN ENTRE LA JURISPRUDENCIA DE LA C IDH Y LA CCC**

A pesar de que en 1985 la Corte Interamericana había emitido una Opinión Consultiva que interpretaba varios elementos del art. 13 de la CADH, y de que a partir de 1992 la Corte Constitucional tuvo que resolver casos relativos a las libertades de expresión y opinión<sup>475</sup>, esta última hace referencia a la jurisprudencia de la Corte IDH sólo hasta el año 1998. Por ello, la CCC estableció de forma autónoma criterios sobre el alcance y el contenido de dichas libertades y utilizó tan solo la jurisprudencia interamericana para señalar la correspondencia entre ambos cánones y la aplicación del art. 93 constitucional.

Sin embargo, paulatinamente la CCC va a ir considerando vinculante el referente interamericano, y le va a ir dando cada vez mayor importancia en de sus decisiones. Esto se evidencia, por un lado, en la mención de la jurisprudencia de la Corte IDH para reforzar argumentos que ya había señalado y por otro, en la introducción de criterios que amplían y precisan elementos de

---

<sup>475</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 403 – 1992.

las libertades protegidas que no había desarrollado ampliamente o que no había contemplado previamente.

Por otra parte, la CCC no solo ha incorporado la jurisprudencia de la Corte IDH, sino que ha tenido en cuenta otras fuentes del Sistema Interamericano para interpretar los artículos 13 de la CADH y 20 CC<sup>476</sup>. Es el caso de los informes de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH y de la *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, adoptada por la Comisión Interamericana en el año 2000<sup>477</sup>, lo que refleja la relevancia de este derecho dentro del Sistema Interamericano dadas las consecuencias que tiene su efectividad para el desarrollo de otros derechos y para el fortalecimiento de la democracia en el continente<sup>478</sup>.

En su Sentencia C-872-2003, la Corte hizo uso de ambas fuentes del sistema americano de derechos humanos. Por una parte, se refirió a un informe de la Relatoría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para la libertad de expresión, para recordar que,

“La falta de participación de la sociedad en el conocimiento de información que los afectaría directamente impide el desarrollo amplio de *sociedades democráticas* exacerbando posibles conductas corruptas dentro de la gestión gubernamental y promoviendo políticas de intolerancia y discriminación. La inclusión de todos los sectores de la sociedad en los procesos

---

<sup>476</sup> BOTERO, C., GUZMÁN, F., JARAMILLO, S. & GÓMEZ, S., *El Derecho a la Libertad de Expresión. Curso avanzado para jueces y operadores jurídicos en las Américas*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, De justicia, Bogotá, 2017.

<sup>477</sup> Esta declaración fue adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el curso de su 108° período ordinario de sesiones, en octubre de 2000.

<sup>478</sup> Declaración de Santiago. Segunda Cumbre de las Américas. 18-19 de abril de 1998. Santiago, Chile. En: *Documentos Oficiales del Proceso de Cumbres de Miami a Santiago*. Volumen I. Oficina de Seguimiento de Cumbres.



de comunicación, decisión y desarrollo es fundamental para que sus necesidades, opiniones e intereses sean contemplados en el diseño de políticas y en la toma de decisiones”<sup>479</sup>

Por otra parte, hizo referencia a la mencionada *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, justificando esta referencia al señalar que,

“(…) en el ámbito del sistema americano de protección de los derechos humanos, existen algunos documentos que consagran obligaciones en materia de acceso a documentos públicos, calificadas en términos de la doctrina anglosajona como *soft law*, es decir, disposiciones flexibles, adoptadas en el seno de organizaciones internacionales, a veces por amplias mayorías, que constituyen directivas de comportamiento dirigidas a los Estados y que además sirven como criterio auxiliar de interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos”<sup>480</sup>

La utilización de la jurisprudencia de la corte interamericana en la jurisprudencia constitucional de Colombia incuye referencias al contenido y alcance de la libertad de expresión: su importancia en una sociedad democrática, las condiciones para su ejercicio, la doble dimensión del derecho, la prohibición de la censura, la posibilidad de establecer restricciones, y el ejercicio de la profesión de periodista, entre otras. Si bien siempre fue un derecho que gozó de gran importancia en la Constitución de 1991, la jurisprudencia internacional fue de la mayor relevancia para fortalecer los argumentos de la Corte Constitucional y para que esta consolidara criterios de

---

<sup>479</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 872 – 2003 (la cursiva es nuestra).

<sup>480</sup> *Ibidem*.

interpretación del art. 20 constitucional, especialmente, en relación con la importancia del derecho en una sociedad democrática.

### *2.2.1. La importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática*

El cambio de concepción de la Constitución de 1991 con respecto a la libertad de expresión se fundamenta en el reconocimiento de la función que ésta cumple en una sociedad democrática, tal y como estableciera la Corte IDH en su Opinión Consultiva 5 de 1985. Así lo reflejan invariablemente las numerosas sentencias del tribunal colombiano en la materia<sup>481</sup> en relación, entre otros muchos temas, con la libertad de información, la libertad de fundar medios de comunicación, el ejercicio del periodismo, la prohibición de la censura o la libertad de prensa<sup>482</sup>.

La CCC recurre a la jurisprudencia de la Corte IDH como argumento de autoridad, de forma tal que el referente interamericano en la jurisprudencia constitucional es cada vez más importante de cara a formalizar un bloque argumentativo compartido. Se puede apreciar el tipo de uso en la propia redacción de las sentencias de la CCC:

---

<sup>481</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencias T – 403 – 1992, C – 488 – 1993, C – 010 – 2000, T – 1319 – 2001, C – 872 – 2003, T – 1148 – 2004. Ver en especial, y entre muchas otras, las sentencias T – 609 – 1992, T – 066 - 1998 y C – 087 – 1998.

<sup>482</sup> CUBIDES-CÁRDENAS, J., NAVAS-CAMARGO, F., ORTIZ-TORRES, D., FAJARDO RICO, A., “La libertad de expresión en Colombia: parámetros constitucionales y reglas jurisprudenciales”, *Revista Dereitos Sociais e Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, 2020, pp. 500 – 562, <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/834> (consultado por última vez el 15/08/2021).

“La Corte Interamericana estima también que la libertad de expresión representa la piedra de toque de una sociedad democrática y es condición esencial para que ésta disponga de suficiente información”.

En este sentido se expresa la Opinión Consultiva número 5 de 1985 al afirmar que:

“La libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para [que] los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”<sup>483</sup>.

Esta referencia se ha mantenido y consolidado en el tiempo. En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que:

“Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes

---

<sup>483</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 679 – 2005. En el mismo sentido: C – 650 – 2003, T – 256 – 2013, T – 015 – 2015. Esta cita es reproducida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Herrera Ulloa contra Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004, párrafo 112.

y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad”<sup>484</sup>.

El Tribunal colombiano, al igual que la Corte IDH, parte de la concepción universal de la titularidad del derecho a la libertad de expresión, tal como es reconocida en la Constitución Política de 1991. La CCC sostiene que todas las personas son titulares del derecho sin discriminación alguna por la condición de la persona, el contenido del discurso, la forma que adquiere o el medio que se usa para difundirlo<sup>485</sup>. En coherencia con este planteamiento, la CCC ha señalado que los medios de comunicación son determinantes para ejercer el derecho a la libertad de expresión, pues son vehículo para ejercer plenamente el derecho a la libertad de expresión. En este sentido, ha afirmado que fundar medios de comunicación es un derecho fundamental, necesario para garantizar la sociedad democrática, aunque, también que algunos están sujetos a cierta legislación, como, por ejemplo, el uso del espectro electromagnético:

“La libertad de fundar medios masivos de comunicación es un derecho fundamental de aplicación inmediata. A través de los medios masivos de comunicación se difunde la información bien sea en forma escrita, oral o audiovisual. En tal sentido, la libertad de fundar estos medios sugeriría la libertad de transmitir o emitir información con independencia del medio utilizado para ello. No obstante, la modalidad del medio de comunicación no es irrelevante para el ejercicio de los derechos a expresar, opinar e informar. Mientras que en algunos casos solo es suficiente con disponer del recurso

---

<sup>484</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 904 – 2013, p. 32., que a su vez cita el apartado de la sentencia de la Corte IDH en el *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, sentencia del 2 de julio de 2004.

<sup>485</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 391 – 2007 y Sentencia T – 145 – 2019.

económico para difundir su pensamiento u opinión -prensa escrita-, en otros se deben utilizar bienes de uso público para ejercer los derechos propios de esta actividad. Esta distinción es importante en lo que respecta al reconocimiento del carácter de derecho de aplicación inmediata de la libertad de fundar medios masivos de comunicación, ya que los medios masivos de comunicación que utilizan el espectro electromagnético tienen un tratamiento jurídico especial<sup>486</sup>.

Por otra parte, el alcance de la titularidad del derecho a la libre expresión va más allá de los medios de comunicación masiva y prensa escrita, e incluye otras expresiones, como por ejemplo, la artística<sup>487</sup>.

Las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia otorgan un lugar preferente al derecho a la libertad de expresión en el orden legal y judicial<sup>488</sup>, especialmente al señalar “la especial importancia de este derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, [...] que ocupa un lugar privilegiado dentro del catálogo de derechos fundamentales”<sup>489</sup>. En este sentido, la CCC señaló que al conocer de casos relativos a injurias y calumnias que afectan a funcionarios, los jueces deben hacer una interpretación restrictiva de estos tipos penales, de forma que se favorezca “la *vis* expansiva de la libertad de

---

<sup>486</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T – 081 – 1993.

<sup>487</sup> En la sentencia T- 081 la Corte Constitucional colombiana consideró que un funcionario público que calificara como indecente una obra artística violaba el derecho mencionado, lo que conecta con el anteriormente mencionado de la Corte IDH, que exigía al Estado chileno que permitiera difundir la película titulada “La Última tentación de Cristo”. Ambas Cortes han apreciado positivamente la necesidad de proteger cualquier expresión comunicativa (oral, escrita, artística) como requisito indispensable para el ejercicio del derecho a la libre expresión.

<sup>488</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C – 010 - 2000, T – 391 – 2007 y Sentencia C – 442 – 2011.

<sup>489</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 442 – 2011.

expresión”<sup>490</sup>, atribuyendo de esta forma un rango importante a dicho derecho en el conjunto del orden constitucional. Esta sentencia sigue los pasos apuntados por la Corte Interamericana cuando cuestionó la utilización del derecho penal para imputar responsabilidades ulteriores a expresiones que afectaran al honor de los funcionarios públicos.

La CCC ha afirmado de forma reiterada que la libertad de expresión constituye un derecho fundamental y es la piedra angular de las sociedades democráticas, posición que en ocasiones se basa expresamente en la jurisprudencia de la Corte IDH. Es el caso de la Sentencia T-391/07, de 22 de mayo de 2007, cuando la Corte Constitucional de Colombia afirmó:

“la principal justificación para conferir a la libertad de expresión una posición central dentro de los regímenes constitucionales contemporáneos es que, mediante su protección, se facilita la democracia representativa, la participación ciudadana y el autogobierno por parte de cada nación. Este argumento subraya que la comunicación y el libre flujo de informaciones, opiniones e ideas en la sociedad es un elemento esencial del esquema de gobierno democrático y representativo, por lo cual la libertad de expresión, al permitir un debate abierto y vigoroso sobre los asuntos públicos, cumple una función política central”<sup>491</sup>.

La jurisprudencia de la CCC ha defendido toda forma de expresión y todo contenido “no sólo la divulgación de informaciones u opiniones consideradas inofensivas o indiferentes por el Estado y por la mayoría de la población, sino también la difusión de ideas o datos que no son acogidos

---

<sup>490</sup> Ibidem.

<sup>491</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T - 391 – 2007.

favorablemente por las mayorías sociales, que pueden juzgarlas inquietantes o peligrosas”<sup>492</sup>. En su sentencia C-010/00 subraya que el derecho a la libre expresión tiene que materializarse a partir del “pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuáles no existe verdaderamente una sociedad democrática”<sup>493</sup>.

Colombia es un país que ha vivido durante más de cincuenta años un conflicto armado. Durante décadas las fuerzas políticas de izquierda, campesinas e indígenas han sido asesinadas por actores legales e ilegales. Esta situación estructural impide *de facto* el disfrute del derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, es importante contrastar la realidad social y política con los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y su armonización con la jurisprudencia interamericana. Este contexto llevó al Tribunal colombiano a abrir una argumentación sistemática sobre la dimensión política del derecho a la libertad de expresión.

En líneas generales, la CCC pone en relación tres aspectos esenciales: la democracia como marco de actuación, lo político como dinamizador de la democracia y la libertad de expresión como requisito indispensable para que lo político y la democracia sean posibles. Y lo hace en los siguientes términos:

“En su dimensión política, la libertad de expresión cumple numerosas funciones específicas:

- (i) el debate político amplio y abierto protegido por esta libertad informa y mejora la calidad de la elaboración de las políticas públicas, en la medida en que permite ‘la inclusión de

---

<sup>492</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-010 – 2000.

<sup>493</sup> *Ibidem*.

todos los sectores de la sociedad en los procesos de comunicación, decisión y desarrollo', inclusión que 'es fundamental para que sus necesidades, opiniones e intereses sean contemplados en el diseño de políticas y en la toma de decisiones', permitiendo así el ejercicio equitativo del derecho a la participación;

(ii) la libertad de expresión mantiene abiertos los canales para el cambio político, impidiendo mediante la crítica que los gobernantes se arraiguen indefinidamente en una postura ilegítima;

(iii) una protección sólida de la libre comunicación de información e ideas previene los abusos gubernamentales de poder, al proporcionarles un contrapeso mediante la apertura de un canal para el ejercicio del poder ciudadano de participación y control de lo público; en otras palabras, proporciona una oportunidad para la discusión de los asuntos de interés general, oportunidad que a su vez frena los riesgos de represión oficial;

(iv) promueve la estabilidad sociopolítica, al proveer una válvula de escape para el disenso social y establecer, así, un marco para el manejo y procesamiento de conflictos que no amenaza con socavar la integridad de la sociedad;

(v) protege a las minorías políticas activas en un momento dado, impidiendo su silenciamiento por las fuerzas mayoritarias o prevaletentes;

(vi) a un nivel más básico, es una condición necesaria para asegurar la libre expresión de la opinión de los electores al depositar sus votos, optando por un representante político. También se ha indicado que la libertad de expresión;

(vii) contribuye a la formación de la opinión pública sobre asuntos políticos y a la consolidación de un electorado debidamente informado, dado que materializa el derecho de los



ciudadanos a comprender los asuntos políticos y les permite, así, participar efectivamente en el funcionamiento de la democracia,

(viii) haciendo efectivo el principio de autogobierno representativo por los ciudadanos mismos y (viii) el de responsabilidad de los gobernantes ante el electorado, así como,

(ix) el principio de igualdad política. Finalmente, se ha enfatizado que,

(x) la libertad de expresión fortalece la autonomía del individuo en tanto sujeto político dentro de un régimen democrático, y que (xi) al permitir la construcción de opinión, facilita el control social sobre el funcionamiento, no solo del sistema político, sino de la sociedad misma, incluyendo el ordenamiento jurídico y sus necesidades de evolución o modificación”<sup>494</sup>.

La dimensión política desarrollada por la CCC es más amplia y sistemática que la de la Corte IDH sobre las dimensiones individuales y colectivas del artículo 13 de la Convención Americana. La CCC se preocupa de concretar las funciones del derecho a la libertad de expresión en la dinámica democrática de la sociedad, fortaleciendo en particular el ejercicio del poder ciudadano de participación y control de lo público y la protección de las minorías políticas activas, y en general, interpretando que la formación política de la opinión pública conduce a la estabilidad sociopolítica de la ciudadanía y posibilita su participación democrática.

---

<sup>494</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 391 – 2007.

### 2.2.2. *El derecho a la vida y a la integridad física y su conexión con el derecho a la libre expresión*

En el caso *Veléz Restrepo y familiares v. Colombia*, la Corte IDH sostuvo que

“los Estados tienen la obligación de adoptar medidas especiales de prevención y protección de los periodistas sometidos a un riesgo especial por el ejercicio de su profesión”,  
y más adelante enfatizó que los Estados deben ofrecer,

“medidas de protección a la vida y la integridad de los periodistas que estén sometidos a ese riesgo especial por factores tales como el tipo de hechos que cubren, el interés público de la información que difunden o la zona a la cual deben acceder para cumplir con su labor, así como también a aquellos que son objeto de amenazas en relación con la difusión de esa información o por denunciar o impulsar la investigación de violaciones que sufrieron o de las que se enteraron en el ejercicio de su profesión”<sup>495</sup>.

En esta sentencia, la Corte IDH afirmó que los Estados deben adoptar las medidas de protección necesarias para garantizar la vida e integridad de los periodistas como personas y de las profesiones directamente vinculadas al ejercicio del derecho a la libre expresión.

---

<sup>495</sup> Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248. Párr. 194.

Como hemos señalado, parte importante de la jurisprudencia constitucional colombiana está motivada por las acciones legales provocadas por el conflicto social y armado del país.

Sin embargo, los casos no gravitan solamente en torno al periodismo. En el caso *Manuel Cepeda Vargas v. Colombia*, la Corte señaló que la ejecución extrajudicial del Senador Manuel Cepeda Vargas, líder de la Dirección Nacional del Partido Comunista Colombiano, vulneró, entre otros derechos, el derecho a la libertad de expresión, derivado del ejercicio de su actividad. Sobre este hecho, la Corte IDH afirmó que el Estado debe abstenerse de propiciar, estimular, favorecer o profundizar la vulnerabilidad de las personas en condiciones de riesgo por su actividad<sup>496</sup> y por tanto, está obligado a adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir violaciones o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación de vulnerabilidad<sup>497</sup>. Además, la Corte IDH ratificó que la promoción de las sociedades democráticas debe contar con las posiciones opuestas o críticas con la posición oficial del Estado.

---

<sup>496</sup> En este mismo sentido se ha manifestado la Corte IDH en los siguientes fallos: *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 118; *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 107. Además, *inter alia*, Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrs. 112 a 172; *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párrs. 173 - 189.

<sup>497</sup> Sobre las medidas de protección la Corte IDH se ha expresado en los siguientes fallos: *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 107; *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 118.

El Tribunal Interamericano conecta el derecho a la vida y a la integridad física con el derecho a la libre expresión en su siguiente pronunciamiento, el *caso del Senador Cepeda Vargas*, en los siguientes términos:

“la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios, pero también mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales (...)

[el Estado] no generó condiciones ni las debidas garantías para que (...) el Senador Cepeda tuviera una oportunidad real de ejercer el cargo para el que fue democráticamente electo, en particular mediante el impulso de la visión ideológica que representaba a través de su participación libre en el debate público, en ejercicio de su libertad de expresión. En última instancia, su actividad fue obstaculizada por la violencia ejercida en contra del movimiento político al que el Senador Cepeda Vargas pertenecía y, en este sentido, su libertad de asociación también se vio afectada”<sup>498</sup>.

La Corte Constitucional colombiana también se ha visto abocada a fallar en casos similares a los expuestos anteriormente y ha coincidido con los

---

<sup>498</sup> Corte IDH, *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de mayo de 2010. También en esta misma dirección se pueden consultar las siguientes sentencias de la Corte IDH: *En similar sentido*, Corte IDH, *Caso Yatama V. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 201; Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03. Serie A No. 18, párr. 89 y *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 46.

argumentos de la Corte Interamericana aunque no haya hecho referencia explícita a su jurisprudencia.

En el caso de una periodista que investigaba hechos de violación de derechos humanos y conflicto armado, y que fue objeto de amenazas, hostigamientos, persecuciones y tortura psicológica a causa de sus actividades profesionales, la CCC destacó dos aspectos importantes y coincidentes con otras sentencias de la Corte IDH. En primer término, llamó la atención sobre la necesidad de adoptar medidas de protección en el caso de ciertas personas que, por su actividad, se encuentran en especial situación de vulnerabilidad. En segundo lugar, puso de relieve la importancia de que el Estado, con sus órganos pertinentes, no exponga públicamente sus dudas sobre los riesgos o la situación de peligro o temor al que se ven expuestas dichas personas. En conjunto, la Corte Constitucional afirmó que la respuesta del Estado “destinada a desconocer, ocultar, mentir, minimizar o justificar los crímenes cometidos” aumenta la vulneración de los derechos de las personas en situación de riesgo.

Recordando la jurisprudencia de la Corte IDH en el *Caso Apitz Barbera y otros v. Venezuela*<sup>499</sup>, la Corte Constitucional ha afirmado que no se puede avalar la descalificación de las situaciones de riesgo, ya que “el derecho a la libertad de expresión cuando es ejercido por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, tiene limitaciones mayores a las que ostenta cuando lo ejerce un ciudadano del común”<sup>500</sup>.

---

<sup>499</sup> La Corte Constitucional de Colombia se refiere al Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

<sup>500</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 1037 – 2008.

La CCC ha establecido que las medidas de protección, además de disminuir el riesgo, deben ser idóneas, construidas y aplicadas de acuerdo con las condiciones específicas de la persona que las solicita. En el caso mencionado de la periodista, la Corte Constitucional sostuvo que los sistemas de seguridad deberían permitir que la actividad -que le llevaba a ser amenazada y hostigada- no se viera nuevamente en situación de vulnerabilidad por la introducción de los agentes de seguridad en su vida privada o en el desempeño de su profesión. Los argumentos de la CCC resultan interesantes, porque toman en contexto la aplicación del derecho a la libertad de manera especial. Por su elocuencia, nos permitimos recoger la siguiente cita textual:

“En ciertos casos, los periodistas amenazados y protegidos que se han resistido a ceder a las amenazas y han podido continuar en el ejercicio de su profesión, pueden necesitar, para mantener la garantía constitucional de la reserva de la fuente, hacer uso de dicho vehículo sin la compañía de persona alguna. En efecto, es cierto que una conducta como esta disminuye el nivel de protección y puede aumentar el riesgo. También es cierto que las personas protegidas deben seguir las recomendaciones de autoseguridad y evitar comportamientos temerarios que puedan aumentar el nivel de riesgo.

Sin embargo, no es menos cierto que las personas, en todo caso, son las únicas titulares de sus derechos y, entre ellos, de su derecho a la seguridad. Adicionalmente, una evaluación personal puede conducir a una persona, incluso, a renunciar definitivamente a la protección del Estado, cuando considere que ello afecta de manera más sensible derechos como, por ejemplo, el derecho a la intimidad o al trabajo. Cuando se trata de un periodista que pese a las amenazas decide continuar

sus investigaciones, es probable que requiera de esquemas especiales que tengan en cuenta la totalidad de los derechos involucrados. En particular, es obvio que los comunicadores pueden requerir cierta privacidad para poder entrevistarse con una fuente reservada o hacer ciertas indagaciones. En estos casos es entonces necesario que puedan contar con esquemas especialmente diseñados para garantizar tanto su seguridad como su trabajo y los importantes derechos asociados a la libertad de expresión. En particular no pasa desapercibido a la Corte que en estos casos, no sólo está de por medio el derecho de todas las personas al libre desarrollo de su personalidad, sino el derecho a la libertad de expresión y a la reserva de la fuente.

Por las razones anteriores, en circunstancias como las planteadas, el Ministerio, previo estudio de la situación concreta y evaluación de los derechos constitucionales en juego y de las necesidades especiales que el periodismo exige para garantizar el derecho del público a estar informado, tiene toda la competencia para legalizar el uso del vehículo a la persona protegida, previas las advertencias del caso y siempre como respuesta a una solicitud informada de la persona interesada. En este sentido resulta importante señalar que la persona amenazada no sólo tiene derecho a la seguridad. Adicionalmente tiene derecho a las menores restricciones colaterales posibles como efecto de las medidas de protección adoptadas. Por ello, siempre que esté plenamente conciente de los riesgos, tiene derecho a plantearle a los órganos competentes esquemas especiales que permitan de mejor manera intentar sobrevivir con dignidad a las amenazas y los riesgos que lamentablemente debe soportar<sup>501</sup>.

---

<sup>501</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 1037 – 2008 .

En definitiva, las medidas de protección deben extenderse a los ámbitos penales y/o administrativos, y, por tanto, la garantía del derecho a la libre expresión conlleva una actuación creativa y comprometida del Estado para lograr satisfactoriamente sus obligaciones de garante. En este sentido, la CCC destaca:

“la obligación de adoptar las medidas y medios de protección específicos, adecuados y suficientes para evitar que el riesgo extraordinario identificado se materialice y de implementar dichas medidas, también de manera oportuna y en forma ajustada a las circunstancias de cada caso, en forma tal que la protección sea eficaz”<sup>502</sup>.

### *2.2.3. Los discursos especiales protegidos*

La Corte Constitucional Colombiana comparte con la Corte IDH que ciertos discursos están más expuestos que otros a la censura, exclusión o limitación. La Corte IDH se refiere a discursos que cuestionan o critican el funcionamiento del Estado, tal como ya señalara en su Opinión Consultiva de 1985. En dicho pronunciamiento, la Corte IDH señaló que la participación democrática tiene su fundamento en la fiscalización del funcionamiento del poder público. Para la Corte colombiana, todo el ejercicio comunicativo, con independencia de su contenido, valor o forma de expresión, está amparado por la libertad de expresión. Sin embargo, coincide con la Corte IDH al recordar que hay discursos que deben gozar de una especial protección constitucional.

---

<sup>502</sup> *Ibidem*.



Un ejemplo de discursos protegidos<sup>503</sup> es el de los discursos políticos sobre asuntos de interés público, generalmente dirigidos a la actuación de los funcionarios públicos:

“(…) en temas de marcada relevancia pública en los cuales se encuentre involucrado un servidor público, el derecho a la libertad de expresión e información adquiere una mayor amplitud y resistencia. En efecto, como ya se ha señalado, cuando una persona ha decidido voluntariamente convertirse en un personaje público o cuando tiene el poder de administrar de alguna manera el poder del Estado, tiene el deber de soportar mayores críticas y cuestionamientos que una persona del común que no ostenta poder público alguno y que no ha decidido someterse al escrutinio público”<sup>504</sup>.

En sentencia de 2016, la Corte colombiana ratificó y retomó sus argumentos reforzándolos con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente manera:

“A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha reconocido que todas las formas de expresión están protegidas por el derecho a la libertad de expresión y que algunas de ellas están especialmente garantizadas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así ocurre

---

<sup>503</sup> En las sentencias de la Corte Constitucional T – 312 - 2015 y T – 904 – 2013, se reconoce que los discursos protegidos son “Discursos políticos y sobre asuntos de interés público: comprende tanto aquellos de contenido electoral como toda expresión relacionada con el gobierno y, con mayor razón, las críticas hacia el Estado y los funcionarios públicos. En consecuencia, toda restricción en su contra es vista con sospecha, debido a que (i) a través de ellos no sólo se manifiesta el estrecho vínculo entre democracia y libertad de expresión, sino que se realizan todas las demás finalidades por las cuáles se confiere a ésta una posición preferente en los estados constitucionales; (ii) este tipo de discursos suelen ser los más amenazados, incluso en las democracias más vigorosas, por cuanto quienes detentan mayor poder social, político o económico pueden llegar a ser afectados por tales formas de expresión y, en consecuencia, verse tentados a movilizar su poder para censurar dichas manifestaciones y reprimir a sus autores”.

<sup>504</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T – 298 - 2009.

por ejemplo con el discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos; el discurso político, “*el que versa sobre asuntos de interés público, y el discurso que configura un elemento de la identidad o la dignidad personales de quien se expresa*”<sup>505</sup>.

El propósito de esta afirmación ha sido en todo el recorrido jurisprudencial el fortalecimiento de la democracia del país, teniendo en cuenta, en especial, que ésta debe promover la participación ciudadana, el debate y el control de los asuntos públicos. En una sentencia anterior, la Corte Constitucional había reconocido ya la importancia de brindar especial protección a discursos especiales; particularmente, a los discursos políticos:

“Dada la amplitud del campo de protección de la libertad de expresión *stricto sensu*, que abarca prácticamente todo el espectro de la comunicación humana, múltiples formas de discurso y modos de expresión reciben protección constitucional. Sin embargo, por razones tanto históricas como jurídicas, dentro del espectro de expresión protegida, ciertos tipos de discurso o de comunicación reciben un amparo constitucional especialmente reforzado, lo cual tiene un impacto directo sobre la regulación estatal admisible respecto de dichas formas de expresión, sobre las cargas que debe cumplir la autoridad que pretenda limitarlas, y sobre el estándar de control constitucional –particularmente estricto- al que se han de sujetar las limitaciones.

El discurso político y el debate sobre asuntos de interés público. Las expresiones de contenido político, o que

---

<sup>505</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 546 – 2016. La Corte Constitucional se refiere al Caso Tristán Donoso contra Panamá, Sentencia del 27 de enero de 2009 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Igualmente, recordar que dicha postura es enunciada también en la Sentencia T – 015 – 2015 de la Corte Constitucional. Énfasis en el Original.

contribuyen al debate abierto sobre asuntos de interés público o general, reciben –y han recibido tradicionalmente- un nivel especialmente alto de protección constitucional frente a todo tipo de interferencia. Es claro que el discurso de contenido político, o que forma parte del debate público, no se agota en las publicaciones y discursos políticos relacionados con temas electorales; esta categoría cubre toda expresión relevante para el desarrollo de la opinión pública sobre los asuntos que contribuyan a la vida pública, política y social de la nación”<sup>506</sup>.

En conclusión, en los términos de la sentencia C-442-11 de 25 de mayo de 2011, los discursos que gozan de mayor grado de protección son “el discurso político, el debate sobre asuntos de interés público, y los discursos que constituyen un ejercicio directo e inmediato de derechos fundamentales adicionales que se vinculan necesariamente a la libertad de expresión para poder materializarse” y por tanto “incide directamente sobre la regulación estatal admisible y el estándar de control constitucional al que se han de sujetar las limitaciones”<sup>507</sup>.

#### *2.2.4. La prohibición de la censura*

A diferencia de la posición desarrollada por la Corte Interamericana, la Constitución colombiana sí establece la prohibición de la censura, aunque admite algunas medidas concretas, tales como la prohibición de publicar comunicados de grupos guerrilleros o de narcotráfico o entrevistas hechas a miembros de estos grupos.

---

<sup>506</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T – 391 – 2007.

<sup>507</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 442 – 2011.

Por otra parte, la CCC interpretó de forma restrictiva la parte del artículo 20 que señala que toda persona tiene derecho a recibir información veraz e imparcial, imponiéndola como obligación a los medios de comunicación, y apoyándose en esa obligación para establecer límites a la prohibición de censura. Así, la referencia al canon interamericano tiene como resultado un giro en su jurisprudencia hacia la flexibilización de la exigencia de veracidad e imparcialidad de la información que se transmite.

La sentencia C-033 de 1996 la CCC establece que el receptor tiene derecho a que la información sea veraz, oportuna y objetiva, y señala cómo deben cumplirse dichos requisitos. Y lo hace en los siguientes términos:

“Para el usuario o receptor de la información, la plena realización de su derecho constitucional fundamental se garantiza en la medida en que la información reúna tres requerimientos: que ella sea cierta, objetiva y oportuna.

- La información es cierta cuando ella dice la verdad, esto es, cuando ella tiene sustento en la realidad.

- La información es objetiva cuando su forma de transmisión o presentación no sea sesgada, tendenciosa o arbitraria. Como lo ha establecido la Corte Constitucional, es necesario que la información "se halle despojada de toda manipulación o tratamiento arbitrario; libre de inclinación tendenciosa y deliberada; ajena a la pretensión de obtener de las informaciones efectos normalmente no derivados de los hechos u opiniones que las configuran, considerados en sí mismos, sino del enfoque usado por el medio para distorsionarlas.

- Y la información es oportuna cuando entre los hechos y su publicación existe inmediatez, esto es, que no medie un lapso superior al necesario para producir técnicamente la

información, o bien que entre el hecho y su publicación no transcurra un período tal de tiempo que la noticia carezca de incidencia e interés, pasando de ser "noticia" a ser historia"<sup>508</sup>.

Sin embargo, en la Sentencia C-650 de 2003 su posición es claramente distinta:

“De lo expuesto en párrafos anteriores, se desprende que la Corte Constitucional de Colombia acoge como criterio de interpretación del artículo 20 superior la doctrina establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica. La exigencia de veracidad y de imparcialidad contenidas en el artículo 20 no pueden, por tanto, interpretarse de modo tal que se exija prueba incontrovertible acerca de que la información publicada o emitida sea verdadera o imparcial. De ser esto así, el precio de la verdad y de la imparcialidad sería el silencio y significaría una clara amenaza para la democracia.

El grado de verdad y de imparcialidad que se exige con relación a la información emitida, se conecta, más bien, con un deber de diligencia razonable con base en el cual sea factible afirmar que se realizó un esfuerzo por constatar y contrastar las fuentes consultadas; que se actuó sin un ánimo expreso de presentar como ciertos, hechos falsos y que se obró sin la intención directa y maliciosa de perjudicar el derecho al honor, a la intimidad y al buen nombre de otras personas.

En este mismo sentido se entiende la doctrina que se ha fijado con relación al principio séptimo de la *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión* según el cual “condicionamientos previos tales como veracidad, oportunidad

---

<sup>508</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C – 033 – 1996.

o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales”<sup>509</sup>.

Como hemos mencionado más arriba, la Declaración sirve como referencia para la interpretación del artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. La CCC incorpora un elemento al que hacíamos referencia al inicio de este apartado, y es que no solo toma en cuenta la jurisprudencia de la Corte IDH, sino que incorpora otros instrumentos de *soft law*<sup>510</sup> del Sistema Interamericano, como la *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, reconociendo la relevancia que en esta tema ha tenido la Comisión Interamericana a través de su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión.

Respecto a la censura previa, la CCC ha afirmado que está prohibida tanto por la Constitución como por la CADH, tal como lo ha hecho la Corte IDH:

“La Corte coincide con el actor en que la censura previa es inconstitucional, puesto que no sólo el artículo 20 de la Carta

---

<sup>509</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 650 – 2003. La Corte Constitucional hace referencia a la Declaración de Principios para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos. Consultar en: [www.cidh.org/relatoria](http://www.cidh.org/relatoria)

<sup>510</sup> No hay una definición unívoca de *soft law* aunque en términos generales podemos decir que se trata de una referencia a declaraciones internacionales que carecen de rango normativo en el sentido clásico del derecho internacional pero que progresivamente son tomados por los Estados: “la posición generalizada de la doctrina es considerar que el fenómeno del *soft law* aparece cuando el instrumento tiene un *carácter jurídicamente no vinculante y posee cierta relevancia jurídica*, siendo su espacio natural de producción el Derecho internacional, aún cuando se esté extendiendo, en la actualidad y por su influencia, a los derechos domésticos. Esto es, lo que parece concitar unanimidad es la consideración de que tal fenómeno, o tal expresión, se refiere, o se emplea, respecto de instrumentos cuya *juridicidad es dudosa* o cuya *fuerza vinculante se cuestiona*. A estos dos rasgos es necesario incorporar la *buena fe* como elemento presente y dominante en las relaciones interestatales, y en los acuerdos que derivan de las mismas, así como en el desarrollo, clarificación e interpretación del Derecho Internacional por operadores jurídicos”. ALARCÓN GARCÍA, G., “El soft law y nuestro sistema de fuentes”, *Tratado sobre la Ley General Tributaria: Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, Aranzadi, 2010, pp. 271-298.

señala perentoriamente que no puede haber censura, sino que, además, la Convención Interamericana, expresamente establece que las restricciones a la libertad de expresión no autorizan este tipo de prohibiciones”.

A este respecto, la Corte Interamericana, intérprete autorizado de la Convención, ha señalado lo siguiente:

“El artículo 13.2 de la Convención define a través de qué medios pueden establecerse legítimamente restricciones a la libertad de expresión. Estipula, en primer lugar, la prohibición de la censura previa la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención.

El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido”<sup>511</sup>.

Por otra parte, la CCC ha precisado que el juez deberá revisar con especial cuidado los controles indirectos, ya que estos pueden constituir censura, prohibida por la Convención Americana:

“(…) la Corte recuerda que la prohibición de la censura previa no excluye únicamente las prácticas que más groseramente han sido conocidas como censura, a saber, la necesidad de

---

<sup>511</sup> Corte Constitucional de Colombia Sentencia C – 010 – 2000, p. 47 – 48. Cita la Opinión Consultiva No 5 de 1985 de la Corte Interamericana. Párrs. 38 y 39.

obtener anticipadamente, de parte de los censores, una autorización para publicar ciertos contenidos. En efecto, el artículo 13.3 de la Convención Interamericana establece que no se puede restringir la libertad de expresión por ‘medios indirectos, como el abuso de controles oficiales... encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones’. Una interpretación sistemática de esa prohibición de la restricción indirecta de la libertad de expresión, junto con la proscripción de la de censura previa, lleva a la conclusión de que cualquier control indirecto preventivo debe ser cuidadosamente examinado por el juez constitucional, ya que es sospechoso, en la medida en que puede configurar una censura, terminantemente prohibida por la Carta y por la Convención Interamericana”<sup>512</sup>.

Y en el mismo sentido, al revisar una normativa que imponía requisitos específicos para permitir el ejercicio del periodismo, recuerda el precedente de la Corte IDH establecido en la OC/05 de 1985, y en consecuencia, la declara inconstitucional:

“Respecto al alcance de la libertad de expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana, concretamente en relación con la posibilidad de establecer requisitos al ejercicio de la profesión del periodismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985<sup>513</sup> resolvió, por unanimidad, (1) ‘que la

---

<sup>512</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 010 – 2000, pp. 70-71. En jurisprudencia reciente la Corte reitera su jurisprudencia sobre prohibición expresa de la censura previa junto con otras reglas que evidencian la fuerte garantía de la Corte Colombia de este derecho. Sentencias C – 091 – 2017 y T – 239 – 2018.

<sup>513</sup> Solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación de los artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con la colegiación obligatoria de los periodistas y sobre la compatibilidad de la Ley No. 4420 de 22 de septiembre de 1969 (Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica) con las disposiciones de los mencionados artículos de la Convención.



colegiación obligatoria de periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos', y (2) que la Ley No. 4420 de 22 de septiembre de 1969, era incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto impedía a ciertas personas el pertenecer al Colegio de Periodistas y, por consiguiente, el uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse y transmitir información.”<sup>514</sup>

En términos generales, la Corte Constitucional de Colombia, ha dejado clara su posición al considerar, de conformidad con el tribunal interamericano, que:

“ (...) la censura previa, en los términos de la Convención Interamericana (*sic*) y del derecho constitucional, consiste en que las autoridades, por diversas razones, impiden u obstaculizan gravemente la emisión de un mensaje o la publicación de un determinado contenido. Es pues una medida de control preventivo puesto que la emisión o publicación queda sujeta a una autorización precedente de la autoridad. [...] Este tipo de prácticas se encuentra terminantemente prohibido por la Convención Interamericana (*sic*) y por la Constitución”<sup>515</sup>.

---

<sup>514</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 650 – 2003, p. 60.

<sup>515</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 010 – 2000.

### 2.2.5. *Las limitaciones a la libertad de expresión*

En la jurisprudencia colombiana no existía un criterio claro para establecer qué tipo de restricciones cabían a la libertad de expresión. Fue en los votos separados donde se manifestó la necesidad de aplicar un juicio de proporcionalidad sobre las restricciones a este derecho para determinar su constitucionalidad, posición inicialmente minoritaria, que luego fue acogida por la Corte colombiana, y que terminó por convertirse en la regla a la que acudir en este tipo de casos: el principio de proporcionalidad.

La aplicación del principio de proporcionalidad, sin embargo, es una herramienta general, aplicable, según la CCC, a todos los casos de limitaciones de derechos fundamentales o de colisión de derechos, pero no es un *test* que tome en cuenta todas las condiciones establecidas por la CADH en su art. 13 e interpretadas por la CCC para que una restricción sea compatible con la Convención Americana.

Por ejemplo, en la sentencia C-093 de 1996, la Corte consideró que una medida que establecía condiciones para fundar medios masivos de comunicación era constitucional, al cumplir con el principio de proporcionalidad, puesto que “la finalidad de la ley es constitucional, el medio empleado es idóneo para lograr la finalidad y el sacrificio de la medida no es superior al beneficio que se obtiene, esto es, aprueba el test ‘proporcionado *strictu sensu*’<sup>516</sup>.”

---

<sup>516</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 093 - 1996.

Este es el criterio que aplicó la Corte colombiana en la mayor parte de los casos relativos a restricciones a la libertad de expresión hasta la introducción del criterio interamericano, que tardó mucho en ser incorporado. Baste recordar que la Corte IDH ya se había pronunciado sobre el particular en la OC-5/85.

Así, aunque al aplicar el juicio de proporcionalidad había una coincidencia parcial con el criterio interamericano, la referencia a la jurisprudencia de la Corte IDH supuso la introducción de un *test* más estricto en la materia. En la sentencia C-010 de 2010 la CCC afirmó lo siguiente:

“Directamente ligado a lo anterior, la Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, [...] es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.

Sin embargo, en la Opinión Consultiva OC-05/85, la Corte Interamericana estudió *in extenso* el alcance de la libertad de expresión y la posibilidad de establecer restricciones a ese derecho, análisis que será tenido en cuenta, en lo pertinente, por esta Corte Constitucional. Según esa doctrina, una restricción a la libertad de expresión es conforme a la Convención Interamericana si consiste en una forma de responsabilidad posterior, pues la censura previa está prohibida. Además, debe tratarse de una causal que se encuentre previamente prevista en la ley, de manera clara y taxativa, y que sea necesaria para proteger los fines previstos

por la propia Convención, a saber, el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas”<sup>517</sup>.

En particular, la Corte Interamericana estableció en su Opinión Consultiva unas pautas que fueron asumidas por la Corte Constitucional:

“Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que ‘necesarias’, sin ser sinónimo de ‘indispensables’, implica la ‘existencia de una necesidad social imperiosa’ y que para que una restricción sea ‘necesaria’ no es suficiente demostrar que sea ‘útil’, ‘razonable’ u ‘oportuna’ (Eur. Court H. R., The Sunday Times case, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párr. no. 59, págs. 35-36 ). Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la ‘necesidad’ y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. (...)

Conforme a lo anterior, debido a su lugar preferente, las limitaciones a la libertad de prensa se encuentran, en general, sometidas a un examen constitucional muy estricto”.

Como se puede apreciar, además del criterio de proporcionalidad, la referencia a la Corte IDH introduce como condición que las restricciones a la libertad de expresión establezcan una forma de responsabilidad posterior, que la ley que las contenga sea clara y taxativa y no para cualquier finalidad, sino para aquellas fijadas por la Convención.

---

<sup>517</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-010-2000. En el mismo sentido: sentencias T-1319- 2001, C-650-2003.

A partir de la incorporación de los parámetros de la Corte IDH, la jurisprudencia colombiana ha recurrido reiteradamente a dichos argumentos<sup>518</sup>.

En particular, la Corte colombiana ha señalado que:

“(…) una lectura detenida de estas disposiciones revela que las limitaciones a las libertades de expresión (en sentido estricto), información y prensa, para ser constitucionales, deben cumplir con los siguientes requisitos básicos: (1) estar previstas de manera precisa y taxativa por la ley, (2) perseguir el logro de ciertas finalidades imperativas, (3) ser necesarias para el logro de dichas finalidades, (4) ser posteriores y no previas a la expresión, (5) no constituir censura en ninguna de sus formas, lo cual incluye el requisito de guardar neutralidad frente al contenido de la expresión que se limita, y (6) no incidir de manera excesiva en el ejercicio de este derecho fundamental”<sup>519</sup>.

El tribunal colombiano señala que “cualquier acto jurídico o actuación de hecho” que limite o se sospeche que limite el derecho a la libertad de expresión debe “someterse a revisión constitucional estricta para efectos de determinar si están dados los requisitos que hacen admisible una limitación estatal en el ejercicio de esta importante libertad”, independientemente de la autoridad estatal y su nivel jerárquico<sup>520</sup>.

Las sentencias del tribunal colombiano se han preocupado de examinar tanto la existencia de una ley previa que sustente las limitaciones al derecho a

---

<sup>518</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-391 - 2007; Sentencia C- 442- 2-11, C - 010 - 2000, T – 298 – 09, de 23 de abril; Sentencia C – 091 – 2017; Sentencia T – 239 – 2018 y Sentencia T – 145 – 2019.

<sup>519</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-391 - 2007.

<sup>520</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-391 - 2007.

la libertad de expresión como el grado de claridad y precisión de sus términos, con importante ánimo garantista. Así lo explicó en la sentencia T-391 de 2007, al afirmar que,

“(…) de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos aplicables y en virtud del principio de legalidad, las limitaciones sobre la libertad de expresión deben ser establecidas en la ley, de manera clara, expresa, taxativa, previa y precisa, por lo cual las autoridades que establecen dichas limitaciones por fuera de la autorización legal, o sin ella, violan la libertad constitucionalmente protegida”<sup>521</sup>.

Más adelante, enfatizó el alto tribunal que las leyes deben ser “lo suficientemente específicas y claras para permitir que los individuos regulen su conducta de conformidad con ellas”. La claridad y precisión son determinantes a la hora del control de constitucionalidad, ya que como hemos visto, en la sentencia citada la Corte colombiana considero que la restricción alegada efectivamente era poco específica.

Igualmente, la Corte colombiana ha afirmado en la Sentencia C-010/00 que no se admiten restricciones vagas y ambiguas a la libertad de expresión. Es el caso de las contenidas en normas que dependen de interpretaciones subjetivas, como ocurría en el caso objeto de revisión por la Corte, y con base en la cual se le exigían a una emisora de radio “dictados universales del decoro y del buen gusto”, valoraciones que no podían limitar la libertad de expresión por estar sujetas a cánones culturales particulares y poco

---

<sup>521</sup> *Ibidem*. También Sentencias C - 091 – 2017 y T - 145 - 2019.

universales. De esta manera, la sentencia reafirma sus argumentos señalando que:

“la exigencia de que las limitaciones a la libertad de expresión sean establecidas, de manera expresa, taxativa y previa, por la ley, tal y como lo señala el artículo 13-2 de la Convención Interamericana y el artículo 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas”<sup>522</sup>.

Otra condición señalada por la Convención Americana para que una limitación a la libertad de expresión sea legítima es el respeto de los derechos o de la reputación de los demás, la protección de la seguridad, el orden público, la salud o la moral públicas. Estos son exclusivamente los objetivos autorizados.

En la jurisprudencia constitucional colombiana la tensión entre las libertades de información y expresión y los derechos al buen nombre, la honra y la intimidad fue resuelta desde sus primeras sentencias, mucho antes de que la Corte Interamericana tuviera oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión.

Aunque en una sentencia de los primeros años la CCC declaró la prevalencia del derecho a la libertad de expresión sobre los derechos a la honra, el buen nombre y la intimidad, la jurisprudencia constitucional otorga a estos derechos una amplia protección al considerarlos como el límite de las libertades de expresión e información, señalando particularmente la responsabilidad y los deberes de los medios de comunicación y los periodistas teniendo en cuenta el poder que tienen en la sociedad, especialmente cuando

---

<sup>522</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-010 – 2000.

se trata de afectación de otros derechos fundamentales que gozan de protección constitucional. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte colombiana se ha ido inclinando paulatinamente a restringir en menor medida el derecho a la libertad de expresión en relación con la honra y el buen nombre, posición que terminará coincidiendo con la de la Corte IDH.

La CCC diferenció la libertad de expresión, en su manifestación de opinión o transmisión de ideas u opiniones, de la libertad de información, caracterizada por sus elementos de veracidad e imparcialidad. Los casos más relevantes en este ámbito se refieren a periodistas o medios de comunicación que han difundido cierta información que puede afectar a los derechos al buen nombre y la honra de determinadas personas, caso en el cual la presunción de prevalencia del derecho a la libertad de expresión sobre los demás puede ceder si la información no es veraz o imparcial. Aun así, poco a poco, y con la influencia de la Corte Interamericana, la CCC ha ido concediendo mayor importancia al derecho a la libertad de expresión, hasta llegar a la presunción de preferencia de este derecho sobre otros que puedan estar en conflicto, estableciendo condiciones estrictas para que dicha presunción ceda.

La tensión entre estos derechos fue un tema del que no se ocupó la Corte IDH hasta 2004, cuando dictó la sentencia en el *caso Herrera Ulloa v. Costa Rica*, en el que se cuestionaban el alcance de la libertad de expresión y el derecho a la honra. La Corte IDH señaló que, si bien la libertad de expresión no es un derecho absoluto, solo cabía restringirla aplicando los estrictos límites



establecidos en su jurisprudencia<sup>523</sup>. Así, aunque pueda colisionar con otros derechos protegidos por la CADH, hay una presunción de prevalencia del derecho a la libertad de expresión, que solo puede ser restringida si se cumplen los requisitos expuestos en apartados anteriores<sup>524</sup>.

La Corte Constitucional coincide actualmente con esa posición, aunque anteriormente no había sido clara al respecto. Es cierto que en una sentencia de sus primeros años<sup>525</sup> había manifestado la prevalencia del derecho a la libertad de expresión sobre otros derechos en conflicto, pero esta no fue la línea jurisprudencial regular, sino más bien excepcional. En muchos casos en los que estos derechos colisionaban, consideró que ambos tenían el mismo nivel de protección y decidió proteger los derechos a la honra, el buen nombre o la intimidad<sup>526</sup> sin aplicar un *test* de proporcionalidad estricto sobre la validez de la restricción. Sin embargo, posteriormente estableció que hay una presunción de prevalencia de la libertad de expresión sobre las demás en colisión e incorporó el *test* de proporcionalidad establecido por la Corte IDH.

En relación con la prevalencia del derecho a la libertad de expresión, cabe recordar lo que dijera la Corte Interamericana en el *caso La Última Tentación de Cristo*:

---

<sup>523</sup> Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

<sup>524</sup> *Ibidem*.

<sup>525</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C – 083 - 1993.

<sup>526</sup> Un ejemplo lo encontramos en la sentencia T – 293 – 1994 en la que, sin aplicar *test* de proporcionalidad, la CCC consideró que: “es válida la decisión judicial que impida la circulación del escrito o impreso que probadamente atenta contra derechos fundamentales de personas en concreto, sin que ello pueda considerarse censura sino apenas el natural cumplimiento de los mandatos constitucionales en lo que atañe al adecuado equilibrio entre deberes y derechos” (T-036-2002).

“En ocasiones reiteradas la Corte Interamericana ha establecido que frente a casos en los que se observa una tensión entre la libertad de expresión y el derecho a la honra de ciertas personas, [cuando los países] prefieren la restricción a la libertad de expresión (...) [se] violenta el principio de indivisibilidad de los Derechos Humanos”<sup>527</sup>.

Esto no supone que el derecho a la libertad de expresión e información sea absoluto, pues como ha sido reconocido por ambos tribunales<sup>528</sup>, derechos como la honra, el buen nombre y la intimidad constituyen un límite a su ejercicio. Pero las limitaciones a este derecho sólo son permitidas bajo las estrictas condiciones establecidas por la Corte IDH.

Recogiendo esta filosofía, la sentencia T-904 de 2013 de la CCC entiende que es de aplicación al caso sobre el que decide lo establecido por la Corte IDH en el caso *Fontevicchia D’Amico v. Argentina*<sup>529</sup>. En ambos casos se alegaba la violación del derecho a la intimidad de un personaje público y de su hijo, un menor de edad, como consecuencia de ciertas informaciones que se publicaron en un medio de comunicación con el objeto de denunciar determinadas actividades del padre.

La Corte colombiana señaló lo siguiente:

“En reiterados pronunciamientos, la Sala Plena de esta Corporación ha destacado la relevancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto

---

<sup>527</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 679 – 2005.

<sup>528</sup> Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, Sentencia de 2 de julio de 2004; Corte Constitucional de Colombia, sentencia T – 904 – 2013.

<sup>529</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.

constituye una *pauta hermenéutica* para interpretar el alcance de la Convención Americana de Derechos Humanos, y por ende de los propios derechos constitucionales, al estar aquella integrada al bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por el artículo 93 CP.<sup>530</sup> Así las cosas, la Sala estima pertinente integrar al presente análisis los criterios de decisión empleados por la Corte Interamericana para conciliar la tensión entre libertad de expresión y derecho a la protección de la vida privada, cuando la publicación de información sobre funcionarios públicos involucra la difusión de imágenes y otros aspectos de la vida privada de menores de edad.

Como resultado de este análisis se tiene que la prevalencia del interés superior y de los derechos de los niños no implica que estos desplacen, sin más, las razones a favor de la protección de la libertad de expresión. Supone, en cambio, la exigencia de establecer una rigurosa carga de justificar la eventual limitación de los derechos de los miembros más jóvenes de la sociedad y de conferirles un elevado peso en la ponderación que integra el juicio estricto de constitucionalidad que, en todo caso, debe efectuarse cuando estén en juego restricciones a la libertad de expresión”.

Para que la restricción al derecho a la libertad de expresión sea válida deben cumplirse los siguientes requisitos:

- que esté prevista en la ley;

---

<sup>530</sup> Tal es el caso, entre otros, de las sentencias C – 010 – 2000 y C – 442 – 2011, en las que se ha empleado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para interpretar el alcance de la libertad de expresión.

- que persiga una finalidad imperiosa, lo que siempre ocurrirá cuando se oriente a la protección de derechos fundamentales de los menores;
- que sea necesaria para el logro de dicha finalidad;
- que no imponga una restricción desproporcionada en el ejercicio de la libertad de expresión;
- que la medida restrictiva sea posterior y no previa a la expresión objeto del límite;
- que no constituya censura en ninguna de sus formas, lo que incluye el requisito de guardar neutralidad frente al contenido de la expresión que se limita<sup>531</sup>.

En conclusión, la aplicación de los desarrollos de la Corte IDH a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha permitido establecer aspectos puntuales sobre las limitaciones, de grado, forma, claridad y proporcionalidad, que dotan de garantías jurídicas al derecho de la libertad de expresión. Así la Corte colombiana dejó claramente establecido que dichas limitaciones deben:

“(…) perseguir la materialización de ciertas finalidades u objetivos imperiosas, que se han enumerado en términos abstractos en los tratados aplicables -la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad y el orden público, la protección de la salud pública y la protección

---

<sup>531</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 904 - 2013 y C – 135 – 2021.

de la moral pública- pero que deben ser concretadas y especificadas en una ley”<sup>532</sup>.

Además, las restricciones a la libertad de expresión deben ser proporcionales al fin legítimo que persiguen, y ajustarse lo más estrechamente posible su objetivo<sup>533</sup>. De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el criterio de proporcionalidad debe tener en cuenta los siguientes factores:

- el grado de afectación del derecho contrario -grave, intermedio o moderado-;
- la importancia de satisfacer el derecho contrario; y
- si la satisfacción del derecho contrario justifica la restricción de la libertad de expresión.

Aun así, no es posible establecer una fórmula definitiva, por lo que la ponderación variará de un caso al otro. En este sentido, la Corte colombiana entiendo que “para que la limitación sea legítima, es menester que, en los términos de la Corte Interamericana, la restricción no sólo se ajuste estrechamente al logro de ese objetivo, sino que, además, sea aquella que limite en menor escala la libertad de expresión”<sup>534</sup>.

---

<sup>532</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T – 391 – 2007. En el mismo sentido Sentencia T – 43 – 2017 y C – 135 – 2021.

<sup>533</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 102 – 2018.

<sup>534</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 010 – 2000.

### 3. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

#### 3.1. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

Los pueblos Indígenas de América se han enfrentado durante siglos a prácticas de exterminio, asimilación y exclusión tanto por la colonización como por los nuevos Estados independientes, en un proceso histórico de más de quinientos años en el que las prácticas más violentas se han vivido durante la consolidación de estos nuevos Estados del continente americano<sup>535</sup>. Desde las masacres de los EE. UU. y Canadá a las Naciones Indias hasta la esclavización y exterminio de cientos de pueblos ancestrales desde Nuevo México hasta la Patagonia, existe una historia de agresión de los Estados contra pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y clases populares<sup>536</sup>.

La conflictiva historia entre la maquinaria del Estado, generalmente liderado por élites criollas, y la mayoría de comunidades, pueblos y naciones que perviven en sus territorios es una constante que se revela apenas novedosa por la masificación que las nuevas tecnologías de la comunicación ofrecen y porque se producen en escenarios internacionales y regionales

---

<sup>535</sup> Muchos autores han considerado este punto con tal énfasis que se atreven a afirmar que con el fin de la colonia el patrón de poder no se termina, sino que se rearticula en lo que han venido a llamar: la colonialidad del poder. Ver el trabajo de QUIJANO, A., "Colonialidad del poder y clasificación social", CASTRO-GÓMEZ, S. y GROSFUGUEL, R., *Reflexiones para una Diversidad Epistémica más allá Del Capitalismo Global*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007, p. 93-126.

<sup>536</sup> Las investigaciones sobre la agresión de los Estados contra los pueblos indígenas a lo largo del continente son importantes: ROBERTS, D., *Las Guerras apaches: Cochise, Jerónimo y los últimos indios libres*, Edhasa, 2005; LANGTON, M., *Honour among Nations: Treaties and Agreements with Indigenous People*, Melbourne University Press, Melbourne, 2004; AQUILA, R., *The Iroquois Restoration: Iroquois Diplomacy on the Colonial Frontier, 1701-1754*, Nebraska Press, 1997.

inexistentes antes de la Segunda Guerra Mundial. Algunas décadas después de la creación de organizaciones supranacionales como las Naciones Unidas o la OEA la cuestión indígena fue tomando relevancia por los *lobbies* de presión de organizaciones no-gubernamentales y de los propios representantes indígenas, que comenzaron a acudir a dichas instancias para demandar justicia frente a la violación de sus derechos, exigiendo la transformación de dichas instituciones para que protegieran de forma eficaz sus derechos.

Con el tiempo se hizo evidente la necesidad de que estas organizaciones se encargaran de regular y proteger los derechos de los pueblos indígenas en los ámbitos jurídicos y políticos, poniendo en marcha sistemas de protección internacional de los mismos<sup>537</sup>. Desde la década de los años noventa y hasta la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), se ha producido una evolución y desarrollo de su protección que décadas atrás era impensable. Como queda dicho, esta evolución fue posible gracias a la diplomacia indígena y al respaldo de las redes de presión que durante largas décadas los acompañaron para disuadir a los Estados sobre la importancia de la autodeterminación y autonomía de sus pueblos sin que ello supusiera quebrantar la soberanía estatal.

La Corte IDH no fue ajena a dicha transformación y en su jurisprudencia adoptó parte de la gramática jurídica proveniente de las luchas políticas transnacionales indígenas y su consecuente impacto en las instituciones

---

<sup>537</sup> DEL POPOLO, F. y JASPERS, D., *Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos. Síntesis*. CEPAL, N. U., 2014.

internacionales. Hace algunos años se produjo un hecho de importancia que quizá en algún momento tenga incidencia en la jurisprudencia de la Corte IDH como instrumento de *soft law*, dada la ausencia de una normativa internacional que ponga en relación los derechos de los pueblos indígenas y la necesidad de proteger el medio ambiente. Después de diecisiete largos años de tensas negociaciones entre Estados y Pueblos Indígenas, en el 46 Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos se aprobó la *Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas*. La Comisión Interamericana celebró y reconoció la importancia de este instrumento para seguir avanzando en la introducción de la cuestión indígena en el SIDH. En este sentido se pronunció en un comunicado oficial la CIDH, al señalar lo siguiente:

“La Declaración es una contribución importante al desarrollo de estándares internacionales adoptados con miras a proteger y garantizar los derechos de los pueblos indígenas, y debe leerse en conjunto con otros instrumentos internacionales tales como la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de Pueblos Indígenas, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, y los tratados especializados del sistema interamericano y universal de derechos humanos.

El texto de forma acertada reconoce el derecho fundamental de los pueblos indígenas a la libre determinación, a sus territorios ancestrales, a la consulta y a un consentimiento previo, libre e informado. A su vez, destaca su derecho a vivir libres de genocidio y otras formas de asimilación, discriminación racial, racismo, intolerancia y violencia. El texto, que se basa en el reconocimiento del derecho a la auto-identificación, fomenta el



respeto, el desarrollo y el fortalecimiento de las culturas, tradiciones, formas de vida e idiomas indígenas; resaltando su derecho a impartir o tener acceso a educación en sus propios idiomas y cultura, tal como el derecho de promover, desarrollar y acceder en pie de igualdad a todos los sistemas y medios de comunicación. Además, la Declaración protege el derecho de pueblos indígenas a la salud y a un medio ambiente sano; y el derecho a la igualdad de género de las mujeres indígenas, entre otras garantías fundamentales”<sup>538</sup>.

La Declaración es ahora una herramienta determinante para la interpretación jurídica y es seguro que cambiará en buena medida la tradición jurisprudencial de la Corte IDH. Con el paso del tiempo podremos analizar de mejor manera dicha evolución jurídica, pues hasta ahora la Corte no la ha incluido en sus pronunciamientos. Este hecho nos anima a considerar un periodo que podemos llamar de “adecuación a la cuestión indígena”, que termina con la reciente Declaración Americana (2016), y que fue influenciada por las transformaciones constitucionales latinoamericanas de la década de los años noventa, el surgimiento de los fuertes movimientos del multiculturalismo que motivaron tendencias como el pluralismo jurídico y especialmente, el Convenio 169 de la OIT<sup>539</sup> y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>540</sup>. Es evidente, como se observa en la jurisprudencia de

---

<sup>538</sup> CIDH, Comunicado de prensa 082/16 del 22 de junio de 2016, <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/082.asp> (consultado por última vez el 15/02/2018)

<sup>539</sup> OIT, Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Al respecto el estudio de ROYO, L., “La OIT y los pueblos indígenas en el derecho internacional. Del colonialismo al multiculturalismo”, *Revista Trace*, no 46, 2018, pp. 59-81.

<sup>540</sup> GÓMEZ ISA, F, “La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: un hito en el proceso de reconocimiento de los derechos indígenas”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2019, vol. 71, no 1, p. 119-138.

la Corte IDH, que muchos de estos fenómenos se encuentran implícitos, aunque otros son apenas tímidos o ignorados, como veremos adelante.

Con este contexto en mente, caracterizaremos la expresión jurisprudencial de la Corte IDH en el periodo de “adecuación a la cuestión indígena” usando una narración crítica y analítica que permita comprender mejor las tensiones que se presentan entre el derecho contemporáneo y la creciente implantación del derecho indígena internacional.

### *3.1.1. La identidad indígena y el reconocimiento étnico en la jurisprudencia de la Corte IDH*

La realidad indígena irrumpe en el mundo del derecho contemporáneo introduciendo un concepto nuevo entre nociones tradicionales como “individuo” o “soberanía estatal”, donde se requiere la individualización, la concreción de victimario y víctima. La incorporación del concepto de pueblo indígena afecta a la cultura jurídica tradicional del “individuo”, ya que introduce la cultura de la colectividad. Este hecho ha llevado a la Corte IDH a considerar que algunos aspectos de la colectividad son determinantes en sus procesos de interpretación jurídica, y a tener que abordar cuestiones complejas, como en este caso es el de la reparación a una colectividad.

En el ámbito de la soberanía estatal sucede lo mismo, ya que afecta a la autoridad sobre todo el territorio, su uso y usufructo, y la regulación social de todo lo que suceda en el mismo. Con la introducción de conceptos como autonomía y autodeterminación indígena, que se convirtieron en el siglo XXI en gramáticas institucionales aceptadas en lo nacional e internacional, la Corte

IDH ha tenido que hacer compatibles ambos modelos de soberanía para establecer sus respectivas responsabilidades y límites, a la hora de resolver asuntos espinosos tales como el derecho de propiedad, el uso de la tierra o la defensa de una cultura ancestral, entre otros. La Corte Interamericana fue introduciendo paulatinamente en su jurisprudencia el concepto de “cuestión indígena”, al hilo de las demandas que se iban presentando por violaciones de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas se basa, principalmente, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (la Declaración Americana) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la Convención Americana). Ninguno de estos documentos se refiere expresamente a los derechos de los pueblos indígenas o tribales. Sin embargo, la CIDH y la Corte Interamericana han procedido a desarrollar el contenido de ambos textos para proteger los derechos de los pueblos indígenas de conformidad con los cambios experimentados en el orden internacional. En los últimos años, la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos ha venido interpretado la Convención Americana y de la Declaración Americana en conexión con normas internacionales relativas a los derechos indígenas, tales como el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y, en raras ocasiones, lo que en su momento fue el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Esta relación con normas internacionales le permitió definir de mejor manera las obligaciones de los Estados miembros de la OEA y su relación con sus pueblos indígenas.

Los instrumentos americanos de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH no determinaron en sus pronunciamientos una definición propia de lo que debe entenderse por “pueblo indígena”, pero adoptaron las de otros instrumentos internacionales. De forma implícita el sistema interamericano adopta la definición del Convenio 169 de la OIT ,que dispone su aplicación a:

“los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

La *Guía de Aplicación de Convenio 169 de la OIT* desarrolla su definición, añadiendo elementos que deben tomarse en cuenta, tales como la continuidad histórica ligada a la descendencia de pueblos anteriores a la conquista y la colonia, la relación con el territorio de sus antepasados, y las instituciones propias (económicas, jurídicas, políticas). Además, señala el artículo 1.2. del Convenio 169 de la OIT que la “conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”, lo que muchas veces se conoce como la autoidentificación colectiva.

Esta “adopción” o conexión de la corte IDH podemos observarla en la sentencia del *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku V. Ecuador*<sup>541</sup>, cuando reconoce:

“214. Dos instrumentos internacionales tienen particular relevancia en el reconocimiento del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas: el Convenio No 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Varios instrumentos internacionales de UNESCO también desarrollan el contenido del derecho a la cultura y a la identidad cultural.

215. Por su parte, tanto la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en casos en que se alegaba la violación de los artículos 17.2 y 17.3 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, como el Comité PIDESC y, en alguna medida, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos relativos a minorías , se han referido al derecho a la identidad cultural y la dimensión colectiva de la vida cultural de las comunidades y pueblos nativos, indígenas, tribales y minoritarios.

216. La Corte considera que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización. En el

---

<sup>541</sup> Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

mismo sentido, el Convenio No 169 de la OIT reconoce las aspiraciones de los Pueblos indígenas a ‘asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven’ ”.

Al mismo tiempo, la Corte IDH ha ido desarrollando algunos elementos que resultaban de vital importancia a la hora de dictar sus sentencias. Al menos podemos identificar dos de ellos: la Identidad indígena, como identidad diferenciada de la sociedad nacional, y la identidad ancestral, por su relación con el territorio.

El componente subjetivo de la identidad étnica es recogido por la Corte en el caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa V. Paraguay*<sup>542</sup>, cuando afirma lo siguiente:

“hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos [de los pueblos indígenas], al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado”.

Esta posición inicial es retomada en otras sentencias de la Corte IDH<sup>543</sup> que afirman que los Estados deben ofrecer protección efectiva a los pueblos

---

<sup>542</sup> Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

indígenas, y que para ello, deben tomar “en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”<sup>544</sup>.

El otro aspecto relevante es el reconocimiento étnico identitario por su relación con el territorio. En el *caso del Pueblo Saramaka. V. Surinam*, la Corte IDH considera clave la dependencia del pueblo indígena de la tierra como un correlato espiritual y como fuente de supervivencia material y cultural. Esta correlación permite a la Corte Interamericana delimitar la identidad étnica en el espacio geográfico, y, por tanto su subjetivización jurídica. En este sentido, la Corte afirmó lo siguiente:

“Su cultura es muy parecida a aquella de los pueblos tribales en tanto los integrantes del pueblo Saramaka mantienen una fuerte relación espiritual con el territorio ancestral que han usado y ocupado tradicionalmente. La tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo Saramaka. Las tierras y los recursos del pueblo Saramaka forman parte de su esencia social, ancestral y espiritual. En este territorio, el pueblo Saramaka caza, pesca y cosecha, y recogen agua,

---

<sup>543</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 83; *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, 178; *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008, párr. 96; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 264; *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 167.

<sup>544</sup> Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 82.

plantas para medicinales, aceites, minerales y madera. Los sitios sagrados están distribuidos en todo el territorio, a la vez que el territorio en sí tiene un valor sagrado para ellos. En especial, la identidad de los integrantes del pueblo con la tierra está intrínsecamente relacionada con la lucha histórica por la libertad en contra de la esclavitud, llamada la sagrada “primera vez”<sup>545</sup>.

La importancia de esta afirmación se deriva del hecho de que los Saramaka no son un pueblo prehispánico. Los Saramaka son descendientes de esclavos africanos que fueron llevados a las plantaciones por los europeos a finales del siglo XVII y principios del XVIII. Además, provienen de pueblos de África occidental y Central que tienen diferentes variantes culturales y lingüísticas. Los Saramaka se conformaron como pueblo por personas que fueron escapando de los dominadores o por rebeliones que los llevaron hacia las selvas tropicales. En este sentido, se configura uno de los aspectos recogidos por la Convención 169 de la OIT y que ha sido una reclamación histórica de los pueblos indígenas del mundo: son supervivientes de la colonización europea. Por esta razón la Corte Interamericana reconoce lo siguiente:

“(…) la Corte considera que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal cuyas características sociales, culturales y económicas son diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales, y porque se regulan ellos mismos, al menos en forma parcial, a través de

---

<sup>545</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.



sus propias normas, costumbres y tradiciones. Consecuentemente, la Corte procederá a analizar si, y en qué medida, los integrantes de pueblos tribales requieren de ciertas medidas especiales que garanticen el pleno ejercicio de sus derechos.

Esta Corte ha sostenido anteriormente, con base en el artículo 1.1 de la Convención, que los miembros de los pueblos indígenas y tribales precisan ciertas medidas especiales para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, en especial respecto del goce de sus derechos de propiedad, an de garantizar su supervivencia física y cultural. Otras fuentes del derecho internacional han declarado, en igual sentido, que dichas medidas son necesarias. Particularmente, en el caso *Moiwana*, la Corte determinó que otra de las comunidades maroon que viven en Surinam tampoco es indígena a la región pero que constituye una comunidad tribal que se asentó en Surinam en los siglos XVII y XVIII, y que esta comunidad tribal tenía “una relación profunda y abarcativa respecto de sus tierras ancestrales” que se centraba no “en el individuo, sino en la comunidad en su conjunto”. Esta relación especial con la tierra, así como su concepto comunal de propiedad, conllevó a que la Corte aplicara a la comunidad *Moiwana* su jurisprudencia en relación con las comunidades indígenas y sus derechos a la propiedad comunal, de conformidad con el artículo 21 de la Convención”<sup>546</sup>.

En opinión de ESTUPIÑAN SILVA e IBÁÑEZ RIVAS, este giro de la jurisprudencia de la Corte IDH se debe a la incorporación de una metodología que denominan *universalismo jurídico*, para referirse a la adopción de normas

---

<sup>546</sup> *Ibid.*, párr. 213, 214.

internacionales, y del *pluralismo jurídico*, para considerar la aceptación de la particularidad identitaria dentro del orden normativo<sup>547</sup>. La aceptación étnica identitaria con sus particulares reclamaciones en el orden jurídico dejó de discutirse en la formación de los Estados modernos, una situación que era diferente en las colonias, donde el derecho Imperial reconocía la identidad étnica dentro del derecho indiano, y permitía en algunas zonas relativa autonomía y representación indígena ante los entes imperiales.

Pese a sus especificidades históricas, no será hasta finales del siglo XX cuando nuevamente se empiecen a introducir nociones étnicas en el derecho, una herencia en cierto sentido colonial, relacionada con la idea de la protección y tutela de los “más desvalidos”. La incorporación de estas metodologías de interpretación de la realidad social en el derecho se produce cuando fracasa el “indigenismo” como política de Estado, una política que pretendió asimilar las comunidades indígenas a los estándares occidentales, destruyendo su identidad cultural con el argumento de “civilizar” y modernizar a las poblaciones indias.

Esta política de “indigenismo” naufragó en la década de los años setenta cuando además de no conseguir transformar la cultura ancestral, el fenómeno de la migración indígena a la ciudad provocó el acercamiento de los representantes indígenas con organizaciones no-gubernamentales y grupos de presión, que se convirtieron en sus aliados. Desde entonces, se abrió un fuerte debate sobre la identidad nacional y las identidades existentes en los Estados

---

<sup>547</sup> ESTUPIÑAN SILVA R. y IBÁÑEZ RIVAS, J.M, “la jurisprudencia de la Corte Interamericana De Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales” MORLACHETTI, A., et al. *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014.

modernos y sobre la forma en que las constituciones nacionales debían abordar esta cuestión. El liberalismo político y jurídico en la época abrazó la idea del multiculturalismo, que terminó invadiendo prácticamente todos los aspectos de la política estatal y global, especialmente en las Naciones Unidas y sus programas. Este fenómeno terminó filtrándose por la fuerza de los hechos en la Corte IDH de acuerdo con la evolución institucional, la nueva gramática internacional y los lobbies de presión indígenas.

Pese al reconocimiento de la identidad colectiva de estos pueblos, durante mucho tiempo se discutió en la doctrina la subjetividad individual o colectiva de las víctimas. Algunos autores consideraron en su momento que la Corte había cometido el error de reconocer lo colectivo sin aclarar la noción de víctima, y que la Corte IDH no había aclarado si la víctima era el colectivo o lo eran los miembros del mismo.

La Corte se decantó por individualizar las víctimas, de conformidad con la tradición liberal de considerar al “individuo” el centro de la ontología social y política. En este sentido, RUIZ CHIRIBOGA y DONOSO afirmaron lo siguiente:

“La Comisión Interamericana y los representantes de las víctimas han venido alegando desde hace tiempo que las violaciones de los derechos comunales deben ser declaradas en perjuicio tanto de la colectividad como de sus integrantes. Esta posición ha sido rechazada por la Corte de manera sistemática. El fundamento del rechazo no ha sido dado a conocer por el Tribunal, el que simplemente ha declarado

violaciones en perjuicio de individuos y nunca de la colectividad, sin indicar el porqué”<sup>548</sup>.

Esta opinión es compartida por el Juez GARCÍA RAMÍREZ, que recordó que la Convención reitera que “toda persona tiene derecho”, en referencia al individuo como titular del derecho y libertades. Este juez considera que esta definición constituye una limitación y que es fruto de una tradición jurídica<sup>549</sup>, pero que no supone una limitación del reconocimiento de los derechos colectivos de las comunidades. Y lo hizo en su voto razonado de la sentencia de reparaciones del *caso Masacre Plan de Sánchez V. Guatemala*, en los siguientes términos:

“Ni los derechos colectivos de la comunidad se confunden con los de sus integrantes, ni los derechos individuales de éstos se absorben o resumen en aquéllos. Cada "estatuto" conserva su entidad y su autonomía. Uno y otro, profunda y estrechamente relacionados entre sí, mantienen su carácter, están sujetos a tutela y requieren medidas de protección específicas. Así las cosas, el reconocimiento que se hace de cada uno de estos órdenes deviene relevante e incluso esencial para el otro. No existe conflicto entre ambos, sino concurrencia y mutua dependencia. (...)

Cuando la Corte -y en todo caso yo mismo, como Juez en la Corte- examinó los hechos acreditados y las pretensiones expresadas en el *Caso Comunidad Mayagna*, debió tomar en cuenta, para la definición de los temas planteados y el ejercicio

---

<sup>548</sup> RUIZ CHIRIBOGA O. y DONOSO, G., *Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana: Fondos y Reparaciones*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Bélgica, 2012, p. 17.

<sup>549</sup> Corte IDH, *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, Voto razonado del Juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 6.

de su propia competencia, los términos de la Convención Americana, y particularmente el artículo 1.2, que enfáticamente señala: ‘Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano’<sup>550</sup>.

La tradición moderna se fundamenta en el pensamiento liberal, que sitúa al individuo y a la propiedad en el centro de la sociedad. Parte importante de las revueltas sociales que se produjeron en la Baja Edad Media fue motivada por los intentos del pueblo de convertir en “propiedad común” tierras y ríos que eran vitales para la supervivencia de la comunidad. La alianza de los burgueses, los nobles y la Iglesia contra la mayoría pobre, campesina o recién proletarizada perseguía proteger la propiedad privada, la individualización de la fuerza de trabajo y la ruptura de los núcleos de solidaridad que podían emerger en diferentes momentos<sup>551</sup>. La situación de los pueblos indígenas, de los descendientes de la esclavitud africana, de los mestizos y de las mayorías pobres no fue muy diferente a lo largo del proceso colonial, y lo fue menos aún en el momento de la formación de los Estados modernos americanos. La individualización se convirtió en el correlato cultural, político y jurídico de la formación del Estado nación. Esta herencia tiene su peso específico en el derecho moderno que ha ido adoptando la Corte IDH, que progresivamente ha ido evolucionando hacia la actual configuración de corte liberal-multicultural.

El daño a las víctimas es considerado por los pueblos indígenas como un daño colectivo, por su propia condición étnica, en la medida en que les sitúa

---

<sup>550</sup> Corte IDH, *Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116. Voto razonado del Juez GARCÍA RAMÍREZ.

<sup>551</sup> FEDERICI, S., *Calibán y la bruja: Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2004.

en riesgo de desaparecer no solamente como personas sino como pueblos. Esta posición fue poco a poco incorporada a la jurisprudencia de la propia Corte IDH, en especial a partir del año 2015, lo que, en nuestra opinión, constituye una interpretación coherente con el reconocimiento de derechos colectivos tales como el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la propiedad sobre tierras y recursos naturales, o el derecho a la organización propia a efectos de participar en las elecciones.

Desde casos como *Pueblos Kaliña y Lokono V. Surinam*<sup>552</sup>, de 2015, hasta el más reciente caso *Pueblo Indígena Xucuru y sus Miembros V. Brasil*<sup>553</sup>, de 2018, la Corte ha venido declarando la violación de la CADH en perjuicio de los Pueblos Kaliña y Lokono y Xucuru, y ya no sólo en perjuicio de sus miembros, de forma individualizada, como venía haciendo anteriormente.

En los epígrafes que siguen vamos a analizar la posición de la Corte IDH en relación con cuestiones tales como la propiedad colectiva, el acceso a la justicia, el derecho a la vida y a la personalidad jurídica, que a pesar de sus particularidades propias, están relacionados con el reto que supone para el Derecho internacional contemporáneo la “cuestión indígena”.

---

<sup>552</sup> Corte IDH, *Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309.

<sup>553</sup> Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus Miembros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346.

### 3.1.2. *La identidad étnica y la exigibilidad de los derechos vulnerados. La personalidad jurídica y la autonomía indígena*

El reconocimiento de la personalidad jurídica es la traducción jurídica del reconocimiento a la identidad indígena como pueblo y como personas que se agrupan bajo una particular identidad étnica. En términos de la identidad individual, la Corte IDH insistió en el *caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa V. Paraguay*, en la obligación de este Estado de “procurar los medios y condiciones jurídicas en general, para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares”<sup>554</sup>. En esta misma sentencia, la Corte Interamericana destacó la importancia del reconocimiento de la personalidad jurídica del individuo al considerar que “representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate, y si los puede ejercer”.

En el caso de referencia, en el que dieciocho miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa habían muerto por negligencia del Estado a la hora de proteger su derecho a la vida, este que no contaba con registros de nacimiento y defunción, ni con otro medio oficial que permitiera demostrar su existencia legal e identidad. En un caso posterior, también contra Paraguay, se presentaron hechos muy similares que mostraban las consecuencias de la falta de reconocimiento de la personalidad jurídica-individual:

---

<sup>554</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 188 y ss.

“En el presente caso se presentan las mismas falencias que la Corte determinó en el caso Sawhoyamaya. Varias de las personas que fallecieron no tenían actas de nacimiento, o al menos no fueron aportadas, ni tampoco se levantaron las respectivas actas de defunción, careciéndose de los documentos de identidad esenciales para la determinación de derechos civiles.

En consecuencia, la Corte concluye que si bien el Estado ha realizado esfuerzos para superar la situación de sub-registro de los miembros de la Comunidad, del acervo probatorio se desprende que no ha garantizado el acceso adecuado a los procedimientos de registro civil, atendiendo a la particular situación de vida que enfrentan los miembros de la Comunidad, a fin de lograr la expedición de documentos de identificación idónea a su favor”<sup>555</sup>.

El reconocimiento de la personalidad jurídica colectiva es el aspecto más novedoso en las consideraciones de la Corte. En relación con el derecho a la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, la Corte utiliza indistintamente la noción de comunidad y de pueblo, considerando que el reconocimiento de su personalidad jurídica es sustancialmente diferente al individual. La Corte Interamericana reconoce que por la naturaleza social y cultura de los pueblos indígenas un tipo de reconocimiento colectivo o la ausencia de éste conlleva a una violación de diferentes derechos. En el *caso del Pueblo Saramaka. v. Surinam* señaló lo siguiente:

“Aquí la cuestión reside en si la falta de reconocimiento de la personalidad jurídica del pueblo Saramaka lo convierte en

---

<sup>555</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 251, 252.



inelegible conforme al derecho interno para recibir el título comunal de sus tierras como comunidad tribal y tener acceso igualitario a la protección judicial de sus derechos de propiedad. La cuestión no gira en torno al derecho individual a que el Estado reconozca la personalidad jurídica de cada miembro. En Surinam, todas las personas, sean miembros individuales Saramaka o no, tienen derecho a ser propietarios y a obtener protección judicial contra toda violación de ese derecho individual. Aún así, el Estado no reconoce al pueblo Saramaka como entidad jurídica capaz de usar y gozar de la propiedad comunal como un grupo tribal. Asimismo, el Estado no reconoce al pueblo Saramaka como una entidad jurídica capaz de obtener acceso igualitario a la protección judicial ante toda violación de sus derechos de propiedad comunal”<sup>556</sup>.

El asunto es importante porque reconoce que derechos como la vida, la integridad personal y el derecho a la propiedad están relacionados con que el hecho de que el Estado reconozca y establezca medios oficiales pertinentes para el reconocimiento de la personalidad jurídica colectiva. La Corte reconoce uno de los avances institucionales del orden nacional e internacional más importantes, logrados gracias a la presión indígena transnacional a partir de la década de los noventa: la autonomía. Lo afirmó en el *caso Pueblo Saramaka. V. Surinam* y lo hizo de nuevo en el *caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, en los que la Corte IDH afirmó lo siguiente:

“(...) es necesario el reconocimiento de la personalidad jurídica de los miembros individuales de la comunidad para el goce de otros derechos, como el derecho a la vida y a la integridad

---

<sup>556</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007*, párr. 167.

personal. Sin embargo, dicho reconocimiento individual no toma en cuenta el modo en que los miembros de los pueblos indígenas y tribales en general, y el Saramaka en particular, gozan y ejercen un derecho en especial; es decir, el derecho a usar y gozar colectivamente de la propiedad de conformidad con sus tradiciones ancestrales<sup>557</sup>.

Como puede observarse, el reconocimiento de la personalidad jurídica colectiva conecta con la autodeterminación y la autonomía de los pueblos indígenas, algo que estos venían reclamando desde hacía décadas ante los entes internacionales, y que ha tenido su reconocimiento en las Declaraciones de la ONU sobre los Derechos Indígenas y en la Declaración de la OEA sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

La autodeterminación es el marco filosófico y político donde se reconoce la existencia de pueblos que existen antes de la conquista y de la colonización, y que subsisten y perviven pese a la violencia sufrida, y que tienen una propia cosmovisión, que conlleva prácticas políticas, económicas, jurídicas y religiosas sustentadas en sus propias instituciones. La autonomía en cambio, es el ejercicio de dicha autodeterminación dentro de las lógicas estatales y la realización efectiva de dicho derecho como colectivo<sup>558</sup>. Los derechos colectivos están conectados con la garantía de existencia y pervivencia de la identidad cultural de los pueblos indígenas, la supervivencia y su profunda

---

<sup>557</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, prr., 168. En el mismo sentido: *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr. 108.

<sup>558</sup> CAICEDO TAPIA, D., "Cosmovisiones, autodeterminación, pluralismos y justicia indígena", *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, 2018, no 38, p. 299-326.

relación con su dinámica política y económica. La materialización de los derechos colectivos significa la garantía estatal de que los pueblos indígenas adopten la gestión y control en todas las dimensiones sociales, económicas y políticas que les atañen.

La autonomía como apuesta política establece una nueva forma de organización política-territorial, de control cultural y autogobierno que cuestiona el ordenamiento estatal racial y clasista. La autonomía es una aplicación sustantiva de la autodeterminación de los pueblos, dejando a un lado las reclamaciones indeoendentistas de pueblos diferentes de los indígenas. La autonomía refleja que los pueblos indígenas han tenido sus propias formas de gobierno, instituciones, valores y costumbres para desarrollar su propia vida colectiva, hacer frente a los retos administrativos, jurídicos y políticos sin tener que estar bajo la tutela indigenista del Estado. Tal y como señala ORTIZ,

“Los regímenes de autonomía se establece en el marco de los Estados nacionales. El ente autonómico no cobra existencia por sí mismo, sino que su conformación en cuanto tal se realiza como parte de la vida político-jurídica del Estado. El régimen de autonomía responde a la necesidad de buscar formas de integración política del Estado nacional que estén basadas en la coordinación y no en la subordinación de sus colectividades parciales”<sup>559</sup>.

En el ámbito internacional, la autonomía fue recogida en el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, y

---

<sup>559</sup> ORTIZ, P., “Autodeterminación de los pueblos indígenas. Implicancias epistemológicas y políticas de su propuesta”, WALSH, C., Coord., *Pensamiento Crítico y Matriz (de) Colonial. Reflexiones latinoamericanas*, Editorial Abya Yala, Quito, 2005, p. 272.

reafirmada en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas al señalar lo siguiente:

“Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas (art. 4)”.

En resumen, la autodeterminación y su aplicabilidad a través de la autonomía tiene su expresión jurídica internacional en los derechos de los pueblos a mantener y desarrollar sus propias instituciones políticas, económicas y sociales<sup>560</sup>, el derecho a determinar su identidad cultural y de pertenencia étnica<sup>561</sup>, mantener y desarrollar sus costumbres, incluyendo sistemas jurídicos propios<sup>562</sup> y, sobre todo, el derecho de los pueblos indígenas

---

<sup>560</sup> La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas “Artículo 20: 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticas, económicas y sociales, a que se les asegure el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo. 2. Los pueblos indígenas desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a una reparación justa y equitativa”. También ha sido reconocido por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, artículos 7 y 32.

<sup>561</sup> La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala en su artículo 33: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos”. De la misma manera ha sido reconocido por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, artículo 1º.

<sup>562</sup> En concordancia con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, artículos 8, 9 y 10, y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que afirma que “Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos” (artículo 34).

sobre sus tierras, territorios y recursos como un derecho fundamental<sup>563</sup> para poder ejercer los anteriores derechos.

En nuestra opinión el reconocimiento de la personalidad jurídica está directamente ligado al ejercicio de la autonomía como colectivo en el sentido antes expresado, y no como individuos, lo que es esencial para la supervivencia de los pueblos indígenas, y consideramos que la Corte lo reconoce en ese sentido cuando afirma que,

“En un sentido jurídico, estos miembros individuales no representan a la comunidad en su conjunto. Las decisiones correspondientes al uso de tal propiedad individual dependen del individuo y no del pueblo Saramaka conforme a sus tradiciones. El reconocimiento del derecho a la personalidad jurídica del pueblo Saramaka como un conjunto ayudaría a evitar esas situaciones, ya que los representantes verdaderos de la personalidad jurídica serían elegidos conforme a sus propias tradiciones y autoridades locales, y las decisiones que afecten la propiedad sería la responsabilidad de aquellas autoridades y no la de los miembros individuales.

---

<sup>563</sup> Un amplio reconocimiento internacional ha tenido el derecho de los pueblos indígenas a las tierras, los territorios y recursos como es se expresa consistentemente en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su artículo 26: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. 3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate”. Igualmente se encuentra consignado en la Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19, en la Convención Americana sobre derechos humanos (artículo 21), la Declaración Americana de los derechos y deberes de la persona (artículo 23), la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (artículo 5), la Declaración Universal de los derechos humanos (artículo 17).

El reconocimiento de su personalidad jurídica es un modo, aunque no sea el único, de asegurar que la comunidad, en su conjunto, podrá gozar y ejercer plenamente el derecho a la propiedad, de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como el derecho a igual protección judicial contra toda violación de dicho derecho”<sup>564</sup>.

De esta manera, la Corte Interamericana establece un precedente jurisprudencial que reconoce matices importantes de la autonomía indígena y pide al Estado su protección:

“La Corte considera que el Estado debe reconocer a los integrantes del pueblo Saramaka dicha capacidad para ejercer plenamente estos derechos de manera colectiva. Esto puede lograrse mediante la adopción de medidas legislativas o de otra índole que reconozcan y tomen en cuenta el modo particular en que el pueblo Saramaka se percibe como colectivamente capaz de ejercer y gozar del derecho a la propiedad. Por tanto, el Estado debe establecer las condiciones judiciales y administrativas necesarias para garantizar la posibilidad de reconocimiento de su personalidad jurídica, a través de la realización de consultas con el pueblo Saramaka, con pleno respeto a sus costumbres y tradiciones, y con el objeto de asegurarle el uso y goce de su territorio de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como del derecho de acceso a la justicia e igualdad ante la ley”<sup>565</sup>.

Al menos el derecho a la vida y el derecho a la propiedad comunal están expresamente recogidos en la jurisprudencia de la Corte, como parte del

---

<sup>564</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr., 171, 172.

<sup>565</sup> *Ibid.*, párr., 174.

reconocimiento de la personalidad jurídica colectiva y de la autonomía indígena. En las líneas que siguen vamos a analizar de qué manera consagra la Corte estos dos derechos y cómo se conectan con la identidad indígena.

### *3.1.3. El derecho a la vida*

La vida y el territorio son dos factores determinantes en las diferentes sociedades, pero pocas veces los tribunales le han dado tanta relevancia como en el caso de los pueblos indígenas. Cuando se trata de vida la Corte IDH ha tomado en consideración el derecho a la vida digna, señalando aspectos relacionados con el uso del suelo, acceso a ríos y lagunas, derecho al agua, la salud, educación, etc., mientras al hablar del derecho a no ser privado de forma arbitraria de la vida se ha referido a casos que ilustran la larga historia de masacres y asesinatos de indígenas y líderes de cada uno de sus pueblos como a fallecimientos causados por la omisión del deber de protección del Estado.

En este segundo caso, para la protección del derecho a la vida como uno de los derechos básicos de la Convención, la Corte IDH ha pedido a los Estados:

“adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de

medidas positivas para prevenir la violación de este derecho”<sup>566</sup>.

Garantizar el derecho a la vida es una obligación reconocida a nivel universal. Así lo considera una amplia jurisprudencia internacional y regional. Pero no sucede lo mismo cuando se trata de su operatividad. La Corte Interamericana hace una aclaración al respecto que puede ser pragmática, pero controvertida:

“Es claro para la Corte que un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida. Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. Para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo<sup>567</sup>.

Es controvertida porque impone al Estado límites que no siempre pueden ser evaluados correctamente. Sin embargo, es relativamente habitual que en las sentencias de la Corte Interamericana se aborden cuestiones que

---

<sup>566</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 79.

<sup>567</sup> *Ibid.*, párr. 155. En el mismo sentido se expresa en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 245.



difícilmente podían haber sido previstas por el Estado o de las cuales no tenía información. Hay que recordar que las responsabilidades del Estado no son solo por acción sino también por omisión. El conflicto radica en las condiciones sociales y políticas de las sociedades latinoamericanas actuales, en las que existe un alto grado de conflictividad y que afecta a la vida de las personas, circunstancia que puede ser considerada por el Estado como una incapacidad material de proteger la vida de sus ciudadanos. La Corte IDH es consciente de esta situación, y trata de señalar contextos generales para establecer la responsabilidad de los Estados. En este sentido, ha establecido:

“(…) que la responsabilidad internacional de los Estados, en el marco de la Convención Americana, surge en el momento de la violación de las obligaciones generales recogidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado. De estas obligaciones generales derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como extrema pobreza o marginación y niñez”<sup>568</sup>.

La Corte ha analizado casos en los que el derecho a la vida y la integridad de miembros de las comunidades indígenas se han visto violados en el contexto de un conflicto armado en el que estas comunidades son especialmente vulnerables, y en el que el Estado no cumple con su deber de proteger, investigar, juzgar a los culpables ni de reparar a las víctimas. En el caso *Caso Escué Zapata v. Colombia*, el sr. Germán Zapata Escué, Cabildo Gobernador del resguardo indígena de Jambaló, en el departamento del

---

<sup>568</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006 prr. 154. Y en el mismo sentido lo afirma el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 244.

Cauca, que se dedicaba a la agricultura al igual que los demás miembros de su comunidad y a la defensa del territorio y de su importancia para la comunidad indígena. El 1 de febrero de 1988, agentes del Ejército colombiano entraron de manera violenta en el domicilio de la víctima. Una vez ahí, lo amarraron, lo sacaron de su casa a golpes y lo asesinaron. Se interpusieron una serie de denuncias a fin de que se investigara y sancionara a los responsables. Sin embargo, la investigación no se llevó a cabo, y no se procesó ni sancionó a los culpables. Este caso se enmarca dentro del patrón de violencia contra los pueblos indígenas asentados en esa zona del país.

Aunque es claro que no existió una violación del derecho a la vida de la comunidad como tal, la Corte señaló la afectación de la misma en el siguiente sentido,

“la Corte reconoce que la pérdida de un líder para el Pueblo Paez significó una “desmembración y daño a la integridad de la colectividad; frustración ante la enorme confianza depositada en él para ayudarlos a realizar el buen vivir y, sentimientos de pérdida ante los esfuerzos colectivos realizados para que, apoyado por su Comunidad, pudiera actuar en desarrollo de su misión como persona especial”<sup>569</sup>.

El otro aspecto del derecho a la vida es su relación con el territorio y la vida digna. En primera instancia, la Corte Interamericana recuerda la obligación del Estado de generar condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona y de eliminar las barreras que impidan su realización. La Corte IDH considera que “el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna,

---

<sup>569</sup> Corte IDH, *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No.165. Un caso sobre violación a la vida individual de un miembro de la comunidad con afectación indirecta a la comunidad indígena es el *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”<sup>570</sup>. En el caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa V. Paraguay*, la Corte afirmó la ausencia de condiciones de vida digna de la Comunidad Yakye Axa y la responsabilidad del Estado por ello. En su opinión, estas condiciones tuvieron consecuencias en la comunidad:

“afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del *corpus juris* internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas”<sup>571</sup>.

En el caso en cuestión, la Corte IDH reconoce los esfuerzos del Paraguay para mejorar la situación de la Comunidad Yakye Axa, pero señala que son insuficientes por el caso particular en que se producen y reproducen las condiciones de vulnerabilidad:

“Esta Corte ha tenido por probado que una parte importante de la Comunidad Yakye Axa salió voluntariamente de su antiguo asentamiento en la Estancia “El Estribo” en el año 1996, con el objetivo de recuperar las tierras que consideran propias, de las cuales partieron en el año 1986 [..]. Ante la prohibición de ingresar al territorio reclamado, los miembros de la Comunidad decidieron instalarse frente a éste, al costado de una carretera nacional, como parte de su lucha por la reivindicación de su territorio. Si bien el Estado ha ofrecido trasladarlos

---

<sup>570</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

<sup>571</sup> *Ibidem*.

temporalmente a otras tierras, estas ofertas han sido rechazadas, ya que, según los miembros de la Comunidad, no fueron consultados debidamente, tomando en consideración el significado que para ellos tiene permanecer en esas tierras, o bien, se hubiesen producido conflictos con otras comunidades indígenas (...).

En consecuencia con lo dicho anteriormente, la Corte declara que el Estado violó el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Yakye Axa, por no adoptar medidas frente a las condiciones que afectaron sus posibilidades de tener una vida digna”<sup>572</sup>.

En este caso la Corte hace referencia a conflictos propios de la era colonial, y en especial, a los que tienen lugar en la formación del Estado-nacional y la transformación de los territorios indígenas. Pero otros casos tratados por la Corte Interamericana apuntan en la misma dirección, al establecer las condiciones materiales de vulnerabilidad de determinadas comunidades y la responsabilidad del Estado. Así, en el *caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*, la Corte condena a Paraguay al responsabilizarle de la muerte de niños y niñas por enfermedades que eran tratables a bajo costo, dejándoles morir por una omisión administrativa,

“La Corte declara que el Estado violó el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por cuanto no ha adoptado las medidas positivas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones, que razonablemente eran de esperarse para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida de los miembros de la Comunidad

---

<sup>572</sup> *Ibid.*, párrs. 175, 176.

Sawhoyamaxa. La Corte considera que las muertes de 18 niños miembros de la Comunidad, a saber: NN Galarza, Rosana López, Eduardo Cáceres, Eulalio Cáceres, Esteban González Aponte, NN González Aponte, NN Yegros, Jenny Toledo, Guido Ruiz Díaz, NN González, Diego Andrés Ayala, Francisca Britez, Silvia Adela Chávez, Esteban Jorge Alvarenga, Derlis Armando Torres, Juan Ramón González, Arnaldo Galarza y Fátima Galarza (supra párrs. 73.74) son atribuibles al Estado, precisamente por la falta de prevención, lo que constituye además una violación del artículo 19 de la Convención<sup>573</sup>.

La Corte Interamericana también ha afirmado que la falta de prestación de servicios básicos afecta el derecho a la vida digna de los miembros de los pueblos indígenas y ha establecido la obligación del Estado de proveer de agua, alimentos, servicios de salud y servicios de educación para las comunidades indígenas.<sup>574</sup>

### *3.1.4. El derecho a la propiedad comunal*

Históricamente gran parte de las guerras que han sacudido el mundo han sido motivadas por las ansias de adquisición de territorios por parte de los Estados. Pero en los últimos tiempos la disputa por el territorio se ha incrementado a través de nuevos actores, tales como empresas multinacionales, y el deseo de producir nuevas mercancías o mantener las

---

<sup>573</sup> *Ibid.*, párr. 178.

<sup>574</sup> *Ibidem.*

existencias en constante producción-circulación. América no ha sido ajena a esta dinámica geopolítica que afecta directamente a comunidades como las de los pueblos indígenas. En este epígrafe vamos a analizar dicha dinámica a través de la jurisprudencia de la Corte IDH, y la forma en que ha tratado de proteger el territorio de los pueblos indígenas. Se trata de uno de los ámbitos de su jurisprudencia en los que más ha contribuido al reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas.

El hecho de que la “cuestión indígena” se encuentre ya de forma permanente en la agenda internacional pone de manifiesto la indisoluble relación entre los pueblos indígenas y el territorio, entre lo sagrado y el espacio, entre la supervivencia y los recursos naturales. Así lo han venido defendiendo desde hace décadas los representantes indígenas en diferentes foros nacionales e internacionales. Es el caso del Documento de *Alta* presentado ante la Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas en New York (2014):

“Como Pueblos y Naciones distintas y originarias de nuestros territorios cumplimos con las leyes naturales y tenemos nuestras propias leyes, espiritualidad y visión del mundo. Tenemos nuestras propias estructuras de gobierno, sistemas de conocimiento, valores y el amor, respeto y las formas de vida que constituyen la base de nuestra identidad como Pueblos Indígenas y nuestra relación con el mundo natural”<sup>575</sup>.

La Corte Interamericana ha venido incorporando a su jurisprudencia los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y pueblos

---

<sup>575</sup> *Documento final de Alta*, Conferencia Preparatoria Global Indígena para la Reunión Plenaria de Alto Nivel de la Asamblea General de las Naciones Unidas “Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas”. 10-12 de junio de 2013, Alta, Noruega.

indígenas a la hora de interpretar la Convención Americana. El resultado ha sido el reconocimiento de diversos derechos colectivos, entre los que debe destacarse el de la propiedad del territorio, que está en directa conexión con la supervivencia y el desarrollo de la vida digna de dichas comunidades. Además, se ha reconocido que ese derecho tiene una titularidad y ejercicio particular, que es el de ser colectivo y no individual. En este sentido, la Corte IDH ha afirmado siguiente:

“Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”<sup>576</sup>.

“La Corte ha sostenido que, en el caso de comunidades indígenas que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias –pero que carecen de un título formal de propiedad– la posesión de la tierra debería bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha

---

<sup>576</sup> Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 149 y *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346, párr. 115.

propiedad y el consiguiente registro. La Corte llegó a esa conclusión considerando los lazos únicos y duraderos que unen a las comunidades indígenas con su territorio ancestral<sup>577</sup>.

La importancia del territorio y de sus recursos<sup>578</sup> como base de la cultura indígena, su expresión espiritual, su reproducción y supervivencia material muestra un nexo determinante con la vida comunal que va más allá del usufructo, uso y posesión de la tierra, y que afecta a la posibilidad de seguir existiendo como grupo étnico y de transmitirlo a nuevas generaciones. Así lo señala la Corte cuando afirma “que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras”<sup>579</sup>. Y además se

---

<sup>577</sup> Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 131.

<sup>578</sup> Es importante el reconocimiento de la Corte de que el derecho al territorio incluye el uso de los recursos naturales que se encuentran en él. Así lo señala en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku V. Ecuador* cuando dice, “El artículo 21 de la Convención Americana protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos. Entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Estas nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición para millones de personas. En el mismo sentido: *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 111; *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015, párr. 165; *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015, párr. 100; *Caso Pueblos Kaliña y Lokono V. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr. 129. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 145.

<sup>579</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005, párr. 131 y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la*



entiende su importancia como un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.

Este reconocimiento ha sido la base para establecer otros derechos y obligaciones del Estado, tales como el deber de delimitar las tierras indígenas<sup>580</sup>, el derecho a disfrutar de un procedimiento adecuado para la titulación de las tierras, en de un plazo razonable<sup>581</sup>, el derecho de recuperación de tierras en el tiempo<sup>582</sup>, el derecho de usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran dentro y sobre las tierras que tradicionalmente han poseído<sup>583</sup>, y, por último, la obligación de realizar estudios

---

*Cruz y sus Miembros Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015, párr. 101.

<sup>580</sup> Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001; *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr. 133; *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018, párr. 118.

<sup>581</sup> “La jurisprudencia de este Tribunal ha señalado en otros casos que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a que existan mecanismos administrativos efectivos y expeditos para proteger, garantizar y promover sus derechos sobre los territorios indígenas, a través de los cuales se puedan llevar a cabo los procesos de reconocimiento, titulación, demarcación y delimitación de su propiedad territorial. Los procedimientos en mención deben cumplir las reglas del debido proceso legal consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana”, Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 y *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013*, párrs. 406 – 410.

<sup>582</sup> *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006

<sup>583</sup> “De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte según lo establecido en los casos *Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa*, los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo. De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo. Es decir, el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. En el mismo sentido, *Caso Pueblo Indígena*

de impacto ambiental por parte el Estado o los particulares cuando por explotación de los territorios se puedan ver afectadas las comunidades<sup>584</sup>;

La Corte IDH, estableció que la simple posesión es un elemento suficiente para que les sea reconocido el territorio colectivo. Se trata de algo fundamental en Estados que sólo reconocían el derecho cuando se vinculaba a un título individual de propiedad. Así lo estableció en los siguientes términos:

“[La] Corte ha sostenido que, en el caso de comunidades indígenas que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias –pero que carecen de un título formal de propiedad– la posesión de la tierra debería bastar para que obtengan el reconocimiento o oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. La Corte llegó a esa conclusión considerando los lazos únicos y duraderos que unen a las comunidades indígenas con su territorio ancestral”<sup>585</sup>.

De manera más específica, la Corte Interamericana ha desarrollado estas afirmaciones y ha definido elementos importantes para determinar la propiedad comunitaria, de la siguiente manera:

---

*Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 146

<sup>584</sup> “Por otro lado, la Corte ha establecido que los Estudios de Impacto Ambiental deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto; respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas; y ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo indígena a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio. Por lo tanto, la obligación del Estado de supervisar los Estudios de Impacto Ambiental coincide con su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de concesiones. Además, el Tribunal agregó que uno de los puntos sobre el cual debiera tratar el estudio de impacto social y ambiental es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos”. Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

<sup>585</sup> Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 131.

- “1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado;
- 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro;
- 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y
- 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas. El presente caso se encuadra dentro del último supuesto”<sup>586</sup>.

Por último, debe destacarse que la Corte IDH ha aplicado estos mismos criterios a las comunidades afrodescendientes, en los mismos términos en los que lo ha hecho en relación con los pueblos indígenas. Así lo señaló en el caso *de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) V. Colombia*<sup>587</sup>. El asunto no es menor si se tienen en cuenta aspectos históricos que envuelven a las comunidades afrodescendientes en general, y de manera particular en Colombia. Los

---

<sup>586</sup> Corte IDH., *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 128.

<sup>587</sup> Corte IDH., *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270.

esclavizadores capturaron a comunidades, familias y personas provenientes de muchas partes de África. Cuando los asentaban en zonas concretas para su explotación, trataban de juntarlos con personas que no tuvieran su misma lengua o matriz cultural. Así fue como se dividieron familias y comunidades y las dispersaron por diferentes territorios. Lo que ahora llamamos comunidades afrodescendientes son comunidades formadas como “nuevas” comunidades que se forjaron en el proceso de esclavización o comunidades formadas por rebeldes que escaparon y crearon zonas liberadas del poder colonial. Esta herencia llegó a las Repúblicas latinoamericanas. Como ya señalamos con anterioridad, la Corte IDH da valor a estas formas comunitarias que no son pre-hispánicas, pero que sí sobrevivieron a la colonización y a la nueva esclavización vivida en los Estados independientes de América durante varias décadas.

Poniéndolo en relación con su doctrina relativa a los pueblos indígenas, la Corte Interamericana ha señalado lo siguiente:

“El Tribunal recuerda que, en el contexto del derecho de propiedad de miembros de los pueblos indígenas, el artículo 21 de la Convención protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas y otras comunidades o pueblos tribales, como pueden ser las afrodescendientes, guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos. Debido precisamente a esa conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su

territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesario para garantizar su supervivencia”<sup>588</sup>.

La importancia de esta sentencia radica en la reclamación que las comunidades afrodescendientes han hecho de su territorio, de su relación espiritual con él, de la defensa de la vida colectiva, y de la necesidad de transmitirlo a futuras generaciones.

Antes de analizar la posición de la CCC en relación con la jurisprudencia de la Corte IDH sobre los derechos de los pueblos indígenas, queremos destacar una obligación fundamental de los Estados, establecida por la Corte IDH: el deber de consultar a las comunidades sobre los planes de desarrollo o inversión que se vayan a desarrollar dentro de su territorio. Es cierto que la Corte colombiana lo había apuntado con anterioridad, pero la Corte IDH estableció unos requisitos importantes que tuvieron un impacto en la jurisprudencia interna, tal y como veremos a continuación<sup>589</sup>.

### **3.2. LA INTERACCIÓN ENTRE LA JURISPRUDENCIA DE LA C IDH Y LA CCC**

Uno de las grandes novedades de la Constitución colombiana de 1991 consistió en el reconocimiento de la importancia de la diversidad étnica del

---

<sup>588</sup> *Ibid.*, párr. 346.

<sup>589</sup> La Corte lo introduce por primera vez en el *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam y ha sido de enorme relevancia a lo largo de la jurisprudencia desde entonces. Otros casos donde desarrolla este derecho son: Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015. Serie C No. 305, *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015. Serie C No. 304.

país, representada principalmente por las comunidades indígenas y afrodescendientes. De allí que se plasmara en el texto constitucional una serie de disposiciones para garantizar el respeto y la protección de dichas comunidades.

Los principales avances de la normativa constitucional se refieren a los siguientes derechos:

- el reconocimiento de la calidad de oficial de las lenguas y dialectos de los pueblos indígenas (art. 10),
- el derecho a la etnoeducación (art. 68),
- la jurisdicción especial indígena (art. 246),
- la representación especial en el Congreso, el autogobierno y un régimen especial para los territorios en que habitan los grupos étnicos (art. 63), en razón de la particular relación que tiene el territorio en la preservación de la vida, usos y costumbres de estas comunidades<sup>590</sup>.
- Reconocimiento de los territorios indígenas como entidades territoriales autónomas (arts. 286 y 329)

La concreción de estos derechos, sin embargo, no ha sido fácil, ya sea porque no se ha desarrollado la legislación necesaria que permita su ejecución

---

<sup>590</sup> Un estudio más amplio sobre la normativa y jurisprudencia colombiana en materia de derechos indígenas en ESTRADA, Alexei, "Aspectos fundamentales de la regulación constitucional de los pueblos indígenas en Colombia", en BAZAN, Víctor y NASH, Claudio (eds), *Justicia constitucional y Derechos Fundamentales, N° 4. Pluralismo jurídico*, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2014. Un estudio más amplio con respecto al reconocimiento de los derechos indígenas en legislación colombiana se encuentra en SEMPER, F., *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Colombia*, Editorial Temis SA, 2018.

o porque estos colisionan con intereses económicos del Estado que no se corresponden con los de los pueblos indígenas, de forma que tanto la jurisprudencia constitucional<sup>591</sup> como interamericana han jugado un papel muy relevante para precisar su alcance.

En relación con la recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en la del tribunal constitucional colombiano, el de mayor relevancia ha sido, sin duda, el derecho a la tierra de los pueblos indígenas, tal y como verenos a continuación.

### *3.2.1. La identidad étnica y la autonomía*

El artículo 1 y 7 de la Constitución colombiana son la base sobre la cual se desarrollan los derechos de las comunidades indígenas en el país. El art. 1 señala, entre otras cosas, que Colombia es una república pluralista y el art. 7, pensado para el reconocimiento de las comunidades indígenas y afrodescendientes principalmente, establece que el Estado “reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”.

Esta disposición modifica la tradición asimilacionista del país y refleja la intención del constituyente de 1991 de acabar con la tutela del Estado sobre los pueblos indígenas, tal y como se venía desarrollando hasta ese momento<sup>592</sup>.

---

<sup>591</sup> OXFAM, *Derecho a la Consulta y al Consentimiento Previo, Libre e Informado en América Latina: Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú*, Due Process of Law Foundation, Washington, 2015, p. 47.

<sup>592</sup> GARCÍA MORA, José Pascual; MARTÍNEZ BARRERA, Carlos Helver; ALFONSO CORREA, J., “Comunidades indígenas en Colombia. Para una comprensión en la historia constitucional. Caso: Constitución de 1991”, *Revista Inclusiones*, 2021, p. 470-487. Este artículo aborda el tema del reconocimiento de las comunidades indígenas en la historia

Sin embargo, se trata de un principio muy abierto que requirió de un amplio desarrollo por parte de la Corte constitucional colombiana. Como lo señalamos arriba, esta relacionada este principio con el de la democracia y el pluralismo y lo considera parte de la propia estructura del Estado. De ahí deriva el reconocimiento de la identidad diferenciada de las comunidades indígenas y la autonomía que estas tienen bajo la Constitución.

La CCC señaló que,

“(…) el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural obedece al imperativo de construir una democracia cada vez más inclusiva y participativa y de ser consecuentes, de otro lado, en la concepción según la cual la justicia constituye un ideal incompleto si no atienden a las reivindicaciones de reconocimiento de los individuos y comunidades”<sup>593</sup>.

Además, la Corte señaló que ese principio les otorga a dichas comunidades un estatus especial que se concreta en el ejercicio de lo que vendría a llamarse “jurisdicción indígena”<sup>594</sup>, que es el derecho de gobernarse por autoridades propias de acuerdo con sus costumbres y el ejercicio de facultades normativas y jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de acuerdo con sus valores culturales.

---

constitucional de Colombia, a la luz de la Constitución de 1991 mostrando los avances y debilidades de lo que ha significado el reconocimiento de las Comunidades indígenas como sujeto de derecho. Destaca que el desarrollo autónomo y el pluralismo antropológico es una conquista que debe ser acompañado históricamente para empoderar dichas comunidades indígenas.

<sup>593</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T – 039 – 97 y SU – 510 – 1998.

<sup>594</sup> SÁNCHEZ BOTERO, E., “Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 2005, vol. 41, p. 227;



Del mismo principio y desde el inicio de su jurisprudencia, la CCC invistió a las comunidades indígenas de derechos colectivos:

“La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes. Entre otros derechos fundamentales, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución”<sup>595</sup>.

La CCC desarrolló esta noción mucho antes de que la Corte IDH tuviera oportunidad de hacerlo y, de hecho, esta última tardó en acoger esta visión, pues si bien reconoció la importancia de la colectividad, en un principio consideraba que la parte lesionada eran los miembros de la comunidad y no la comunidad como un todo, tal y como hemos señalado en el apartado anterior.

### *3.2.2. La importancia del territorio y el derecho a la propiedad comunal*

La propiedad colectiva de la tierra en las comunidades indígenas ha sido reconocida y protegida tanto por la Constitución como por la Corte colombiana. En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana desde el

---

<sup>595</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 380 – 1993.

caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni V. Nicaragua*, de forma que se puede afirmar que ambas jurisprudencias son compatibles. Además, la CCC ha utilizado la de la Corte IDH con referencia a su autoridad como intérprete de la Convención, aunque, como hemos comentado, la jurisprudencia de la CCC en este ámbito se remonta a 1993<sup>596</sup>, mientras que la Corte Interamericana dictó su primera sentencia en la materia en 2001<sup>597</sup>.

La base de la especial protección del territorio está en la aceptación de que las comunidades indígenas tienen diferentes formas de vida y, por tanto, la efectividad de sus derechos requiere que se tengan en cuenta sus propios valores, usos y costumbres. En este aspecto, la CCC coincide con la Corte IDH en la sentencia T-704-2006, en la que recupera sus argumentos principales:

“En las consideraciones de su sentencia enfatizó la Corte Interamericana el deber de los Estados de otorgar: (...) una protección efectiva [de los derechos contenidos en la Convención] que tome en cuenta las particularidades propias de los pueblos indígenas, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”<sup>598</sup>.

La aceptación de los valores propios de los pueblos indígenas ha tenido como resultado el reconocimiento por parte de ambos tribunales de un derecho

---

<sup>596</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 652 – 1998.

<sup>597</sup> Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni V. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001; Sobre los derechos indígenas en la jurisprudencia de la Corte IDH: NASH, C., “Derechos Humanos de Los Indígenas en la jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, AYLWIN, J (ed.), *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de la Frontera, Temuco, Chile, 2004, p. 29-43.

<sup>598</sup> Aquí se refirió la Corte Interamericana al pronunciamiento realizado en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, párr. 63. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T – 704 – 2006.

de propiedad con un sentido no individual sino colectivo, cuya manifestación más importante se refleja en la propiedad comunal del territorio ancestral que habitan, con el que guardan una especial relación, no solo porque es esencial para su supervivencia, sino porque es un elemento base de su cosmovisión y sus creencias religiosas<sup>599</sup>. Sin embargo, a diferencia de la Corte IDH, la CCC entiende que la titularidad del derecho de propiedad corresponde a la comunidad, a la cual reconoce como sujeto de derecho<sup>600</sup>, mientras que para la Corte Interamericana la titularidad del derecho del art. 21 de la Convención recae sobre cada uno de los miembros, es decir, que no existe un sujeto colectivo de derecho<sup>601</sup>.

Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte IDH ha tenido una incidencia muy importante y ha motivado el cambio de precedente en el tribunal colombiano en el ámbito concreto de la explotación de los recursos naturales en los territorios que habitan los pueblos indígenas.

La Constitución colombiana establece como mecanismos de garantía y protección de la autonomía indígena que el territorio de las comunidades indígenas tendrá una forma jurídica de protección que es inalienable, imprescriptible e inembargable (art. 63) y que el gobierno debe promover la participación de las comunidades en las decisiones sobre la explotación de recursos naturales en sus territorios (art. 330). Esta disposición ha sido entendida por la CCC como el derecho fundamental a una consulta previa de

---

<sup>599</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 188 – 1993, Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. párr. 149.

<sup>600</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 380 – 1993.

<sup>601</sup> RUIZ CHIRIBOGA, O. y DONOSO, G., *Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana*, *op.cit.*

dichas comunidades en relación con los demás derechos de los pueblos indígenas<sup>602</sup> y, en consecuencia, establece la obligatoriedad de llevar a cabo la consulta previa cuando se pueda afectar a los intereses y recursos del pueblo indígena en cuestión.

Aunque el desarrollo jurisprudencial en relación con la obligación del Estado de llevar a cabo una consulta previa había establecido que debía ser un mecanismo de participación real, y concretaba todos los requisitos que debía cumplir para que no se convirtiera en un simple requisito formal<sup>603</sup>, no suponía necesariamente que al final del proceso fuera necesario el consenso de la comunidad, y la decisión final correspondía al Estado.

Esta posición, que se mantuvo inalterable durante mucho tiempo, se modificó a partir de 2009<sup>604</sup>, mediante las sentencias T-769-2009 y T-129-2011, en las que la CCC acoge, junto a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, la jurisprudencia de la Corte IDH en el *caso Saramaka v. Surinam*<sup>605</sup>, de forma que en los casos en que afecten a la explotación de los recursos naturales, no es suficiente la consulta, sino que se requiere el consentimiento previo e informado de la comunidad indígena o afrodescendiente.

Adicionalmente, la Corte Interamericana señaló que,

---

<sup>602</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencias SU – 039 – 1997, T – 652 – 1998, C – 891 – 2002, T – 376 – 2012.

<sup>603</sup> SANTAMARIA ORTIZ, A., “La consulta previa desde la perspectiva de la negociación deliberativa”, *Revista Derecho del Estado*, No. 36, June 2016, p. 227-247.

<sup>604</sup> RODRÍGUEZ, G. A., *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*, Universidad del Rosario - GIZ, Bogotá, 2014.

<sup>605</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

“cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.

Igualmente señaló que,

“Es más significativo aún mencionar que el Estado reconoció, asimismo, que el ‘nivel de consulta que se requiere es obviamente una función de la naturaleza y del contenido de los derechos de la Tribu en cuestión’. La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones.”<sup>606</sup>

A partir de esta sentencia la Corte colombiana estableció que la consulta era obligatoria para obtener el consentimiento de la comunidad indígena. Y lo hizo en los siguientes términos:

“Frente a lo anterior, esta corporación aclara que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de

---

<sup>606</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 769 – 2009, p. 34.

afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea.”<sup>607</sup>

Se trata de una de las materias en que la jurisprudencia interamericana ha tenido más influencia en la de la Corte colombiana, aunque hay otros aspectos en los que también existen referencias, como es el caso de los procedimientos que necesariamente debe desarrollar el Estado en relación con la explotación de recursos naturales, incluso antes de la consulta previa:

“Igualmente, frente a los estudios que se deben realizar antes de la consulta previa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Saramaka, indicó que ‘el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio... a menos y hasta que entidades técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka

---

<sup>607</sup> *Ibid.*, p. 35

tienen con su territorio, la cuál a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal”<sup>608</sup>.

## 4. EL ENFOQUE DE GÉNERO Y LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES

En las últimas décadas América Latina ha avanzado formalmente en materia igualdad de género. La mayoría de los Estados de la región han adoptado instrumentos internacionales tales como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, y en el ámbito regional la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Para”, y han modificado su normativa interna para adaptarla a estos instrumentos internacionales. Sin embargo, en la práctica, las mujeres y niñas siguen enfrentándose a un contexto de discriminación estructural que tiene su reflejo en menor acceso al empleo, salarios más bajos, segregación ocupacional, baja representatividad en los cargos de elección pública, así como una grave situación de violencia física y psicológica que ha convertido a la región en uno de los lugares más peligrosos en el planeta para ellas<sup>609</sup>. Si bien es cierto, como hemos señalado en los

---

<sup>608</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>609</sup> De acuerdo con el Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe de la CEPAL: “Información oficial de 15 países de América Latina y 3 países del Caribe muestra que 4.555 mujeres fueron víctimas de feminicidio o femicidio en 2019. Al sumar los datos de los 5 países de la región que solo registran los feminicidios cometidos a manos de la pareja o ex pareja de la víctima (Barbados, Chile, Nicaragua, Puerto Rico y Suriname), se puede afirmar que el total de feminicidios ha sido de 4.640 mujeres para 2019.

En los países de América Latina las tasas más altas de feminicidio por cada 100.000 mujeres se observan en el caso de Honduras (6,2), El Salvador (3,3), República Dominicana (2,7) y el

capítulos anteriores, que la violación de derechos humanos en la región afecta a diferentes grupos, la particular situación de violencia y discriminación que padecen las mujeres hace necesario que cuando sus derechos se vean afectados, se adopte un enfoque de género que permita entender mejor las razones de la violación de derechos, por qué esta afecta de forma particular a las mujeres, y que se tomen medidas adecuadas para restablecer sus derechos y evitar que dichas violaciones se repitan.

En el Derecho Internacional, el primer documento vinculante que tiene como objetivo superar la discriminación de las mujeres y hacer efectiva la igualdad entre hombres y mujeres reconocida en la Carta de la ONU y la DUDH, es la CEDAW, de 1979, que establece la obligación de los Estados de adoptar medidas que hagan posible que las mujeres gocen de los derechos reconocidos a todos los seres humanos y que les son negados por el solo hecho de ser mujeres, alejándose del enfoque formal simplista de la igualdad ante ley e incluyendo un enfoque material<sup>610</sup>. En el ámbito interamericano, en 1994 se adoptó un instrumento específico que responde a la particular y agravada situación de violencia que padecen las mujeres, la Convención de Belem do Para, que, como lo señala MEJÍA GUERRERO, tuvo un impacto importante al establecer que el Estado también tenían la obligación de prevenir y erradicar la violencia que sufrían las mujeres en el espacio privado, un ámbito

---

Estado Plurinacional de Bolivia (2,1).” <https://oig.cepal.org/es/indicadores/feminicidio> (consultado por última vez el 05/05/2021).

<sup>610</sup> BARBERA, M. C. y WENCES, I., “Gender Discrimination” the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights”, *Andamios* 17, nº 42, Abril de 2020, pp. 59-87.



en el que no solía intervenir<sup>611</sup>, que tuvo como consecuencia la adopción por gran parte de los países de leyes que trataban de la violencia específica que sufrían las mujeres, especialmente en el ámbito familiar<sup>612</sup>.

La Convención de Belem do Para señala el vínculo entre violencia de género y discriminación cuando afirma en su Preámbulo que “la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida”, afirmación con la que coincide la jurisprudencia del sistema interamericano y que ha desarrollado ampliamente, como veremos en este capítulo.

---

<sup>611</sup> MEJÍA GUERRERO, L. P., “La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém do Pará. Impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Revista IIDH*, 56, 2012, pp. 189-213.

<sup>612</sup> MEJÍA GUERRERO hace un análisis de los de las circunstancias que rodearon la aprobación de la Convención de Belem do Para, sus consecuencias y muestra las reformas legislativas en la materia en casi todos los Estados de la región como un efecto de la aprobación de la Convención: “Santa Lucía: (1994) Ley sobre Violencia Doméstica. Chile: (27 de agosto de 1994) Ley 19.325 «Establece Normas de Procedimiento y Sanciones Relativas a los Actos de Violencia Intrafamiliar». USA: (septiembre 1994) Ley 103-322, Título IV, Violencia contra la Mujer. Argentina: (7 de diciembre de 1994) Ley 24.417 «Protección contra la Violencia Familiar». Panamá: (16 de junio de 1995) Ley No. 27. Uruguay: (julio de 1995) Ley No. 16707 «Ley de Seguridad Ciudadana». Incorpora al Código penal el artículo 321 bis tipificando la violencia doméstica imponiendo sanciones a la misma. Ecuador: (noviembre de 1995) Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia. Bolivia: (15 de diciembre de 1995) Ley 1674 «Ley Contra la Violencia en la Familia o Doméstica». Costa Rica: (marzo de 1996) Ley Contra la Violencia Doméstica. Guyana: (1996) Ley sobre Violencia Doméstica. México: (26 de abril de 1996) Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar. Colombia: (16 de julio de 1996) Ley sobre Violencia Doméstica. El Salvador: (setiembre de 1996) Decreto No. 902, Ley contra la Violencia Intrafamiliar. Guatemala: (1996) Ley 97-96 para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar. Nicaragua: Ley de reformas y agregados al Código penal de 1996. Honduras: (1997) Decreto 132- 97, Ley Contra la Violencia Doméstica. Venezuela: (septiembre de 1998) Ley sobre la violencia contra la mujer y la familia”. *Ibidem*, p. 196.

La ola de reformas legislativas contrasta con la aguda situación de violencia que aún viven las mujeres en la región, lo cual deja en evidencia la ineficacia de la normativa como lo muestran los datos recopilados en diversos estudios y documentos sobre la materia que están recopilados en la plataforma del Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe de la CEPAL, <https://oig.cepal.org/es/documents/topic/violencia-56> (consultado por última vez el 05/05/2021).

La Corte Interamericana ha ido incorporando paulatinamente la categoría de discriminación por razón de género en su jurisprudencia, y en esta labor de interpretación de la CADH ha tomado en cuenta los particulares elementos del contexto latinoamericano para hacer una valoración adecuada de las causas y ordenar incluso medidas dirigidas a provocar cambios judiciales y sociales estructurales como única forma de garantizar la no repetición. De acuerdo con BARBERA y WENCES, el tribunal ha abordado el tema con tres tipos de enfoques. El primero es el de las mujeres como grupo desfavorecido, el segundo es el de la sociedad como estructura discriminatoria y el tercero es el de la interseccionalidad que toma en cuenta otras categorías que afectan a los diferentes grupos de mujeres y que empeoran la discriminación que enfrentan<sup>613</sup>.

La inclusión por parte de la Corte IDH del enfoque de género fue paulatina e implicó en ella tanto a las víctimas como a la Comisión. PRANDINI ASSIS toma como referente la categoría de “violencia contra la mujer” y señala que, aunque la Corte tuvo oportunidad de introducir el tema en el caso *Loayza Tamayo Vs. Perú*, en el que tanto la víctima en su declaración como la Comisión habían alegado el uso de violencia sexual por parte de los agentes del Estado contra la víctima. Sin embargo, la Corte desestimó el cargo por entender que no había quedado probado, aunque durante el juicio había tenido

---

<sup>613</sup> BARBERA, M. C. y WENCES, I., “Gender Discrimination” the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights”, op. cit., pp. 59-72.

acceso a los últimos avances sobre cómo tratar las pruebas en casos de violación sexual<sup>614</sup>.

La primera mención específica de la Corte IDH, aunque tímida, a la violencia contra la mujer<sup>615</sup> se produjo en el *caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, pero hubo que esperar hasta 2006 para que tuviera un amplio desarrollo, en el *caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*<sup>616</sup>, en el que aplicó la Convención de Belem do Para en relación con el trato humano que deben recibir las personas privadas de la libertad y el deber de los Estados de investigar violaciones de derechos humanos, cuestiones que analizaremos más adelante. PRANDINI destaca que la elección de juezas coincidió en el tiempo con la introducción de la perspectiva de género y su evolución, aunque la intervención de otras mujeres como abogadas, peritos, representantes y las propias víctimas, también ha sido fundamental en el cambio jurisprudencial<sup>617</sup>.

---

<sup>614</sup> PRANDINI ASSIS, M., “Violence against Women as a Translocal Category in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights”. *Revista Direito e Práxis* 8, n.º junio de 2017, pp. 1507-44. <https://doi.org/10.12957/dep.2017.28032> (consultado por última vez el 15/09/2019)

<sup>615</sup> De acuerdo con PRANDINI ASSIS, el término violencia contra las mujeres como violación de los derechos humanos, no fue creado por las cortes nacionales o internacionales, sino que “es el producto de una amplia movilización feminista transnacional para utilizar el lenguaje jurídico y las sanciones con el fin de obstaculizar las diferentes formas de violencia que sufren las mujeres en distintos espacios.” Comenzó en los años setenta como un movimiento para definir la violencia contra las mujeres como un delito en países de Europa occidental, Estados Unidos, Australia o Nueva Zelanda y luego se trasladó al campo internacional en el lenguaje de los derechos humanos concretándose en diferentes Convenciones e instrumentos de soft law de la ONU. *Ibidem*, p. 1510 y 1511.

<sup>616</sup> FERIA-TINTA, M., Señala que esta sentencia es especialmente importante en el DI por ser la “primera vez un tribunal internacional de derechos humanos tiene la oportunidad de tratar un caso sobre población penal femenina lo cual ha permitido que se establezcan estándares vinculantes importantes en relación a los derechos de prisioneras en la región y un precedente mundial bajo el Derecho internacional.” FERIA-TINTA, M., “Primer caso internacional sobre violencia de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El caso del penal Miguel Castro Castro; un hito histórico para Latinoamérica”, *Revista CEJIL*, Año II, n 3, sept de 2007, pp. 30 – 44.

<sup>617</sup> PRANDINI ASSIS, M., “Violence against Women as a Translocal Category...”, *op. cit.*, 1512. La inclusión de una perspectiva de género en la definición de los crímenes internacionales no

A partir de ese momento, la Corte ha desarrollado una jurisprudencia progresista y ejemplar para la región, por lo que consideramos necesario explorar la incidencia que ha tenido en la jurisprudencia del tribunal constitucional colombiano. La CCC abordó el tema más de una década antes de que lo hiciera la Corte IDH, pero no por ello ha dejado de introducir el canon interamericano, aunque es cierto que en esta materia el uso que hace es mayoritariamente de autoridad, algo realmente relevante, porque, por una parte, nos permite ver cómo se va formado un *ius commune* en la materia, y, por otra, muestra con elocuencia la importancia que tiene la jurisprudencia de la Corte IDH en el derecho interno como fuente.

#### 4.1. LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha generado progresivamente una importante jurisprudencia en relación con la vulneración de los derechos humanos de las mujeres y la violencia de género, con cuatro características fundamentales.

La primera consiste en el reconocimiento de la discriminación estructural existente contra la mujer y de la existencia de un patrón de dominación del

---

ha sido un camino fácil. Como lo señaló la fiscal KUO del TPIY, la violación sexual no era vista por muchos fiscales hombres como una agresión relevante a pesar de la brutalidad de las prácticas y las terribles consecuencias que tenía para sus víctimas y comunidades. KUO, P., "Prosecuting crimes of sexual violence in an International tribunal", *Case W. Res. J. Int'l L.*, 34, 2002, pp. 305 – 321, <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol34/iss3/8> (consultado por última vez el 17/09/2019). Hay evidencia sobre la importancia de la participación de juezas, fiscales, abogadas y víctimas en el desarrollo de las categorías basadas en género el DIDH. Al respecto ver, GROSSMAN, N., "Sex on the Bench: Do Women Judges Matter to the Legitimacy of International Courts?", *Chicago Journal of International Law*, 2012, vol. 12, no 2, pp. 647 – 685; SPEES, P., "Women's Advocacy in the Creation of the International Criminal Court: Changing the Landscapes of Justice and Power", *Signs*, 28(4), 2003, pp., 1233–1254, <https://doi.org/10.1086/375498>, (consultado por última vez el 22/09/2019).

hombre basado en roles sociales y estereotipos que conllevan violencias específicas (violencia de género y violencia sexual) contra el cuerpo y la psicología de las mujeres. Este patrón se reproduce miméticamente en las instituciones administrativas del Estado, produciendo así una doble discriminación y victimización de las mujeres.

La segunda consiste en el reconocimiento de que dicha discriminación no se da de igual forma en relación con todas las mujeres, sino que existen otras categorías, como la etnia, la raza y la generación, que afecta específicamente a las mujeres por su condición de migrantes, afrodescendientes, niñas, prisioneras, etc., y que exigen de una atención diferenciada por parte de la Corte.

La tercera característica es la perspectiva de género que debe adoptarse en la interpretación jurídica de la violación de los derechos consagrados en la Convención Americana, tales como el derecho a la vida (artículo 4), a la integridad personal (artículo 5), a la vida privada (artículo 11) y el acceso a la justicia (artículos 8 y 25). Finalmente, la cuarta hace referencia a las medidas de reparación con perspectiva de género, establecidas por la Corte IDH.

#### *4.1.1. La discriminación estructural por razones de género*

Como recordara la Corte en 1984, el siglo XX trajo importantes cambios en el ámbito de reconocimiento de derechos y de la capacidad de decisión y

actuación de la mujer, frente a los tradicionales principios<sup>618</sup>. Como veremos más adelante, en el caso del *Penal Miguel Castro Castro V. Perú*, la Corte IDH tuvo la oportunidad de explayarse en relación con esta cuestión. Afirmó que las mujeres viven en una situación especialmente vulnerable, máxime cuando se encuentran sometidas a detención o arresto, y recordó la posición del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, que señaló “que dicha discriminación incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer, porque es mujer, o que la afecta en forma desproporcionada”, y que abarca “actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad”<sup>619</sup>.

En opinión de la Corte IDH, culturalmente, los roles y los estereotipos “se refieren a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente” que “se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial”, para concluir que “la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”<sup>620</sup>.

---

<sup>618</sup> Corte IDH, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC- 4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

<sup>619</sup> Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 303.

<sup>620</sup> Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 401. En un sentido similar en el *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica* La Corte “resalta que estos estereotipos de género son incompatibles con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos. El

La Corte IDH reconoció expresamente la existencia de una discriminación estructural contra la mujer en el caso *González y otras (“Campo Algodonero”) V. México (2009)*<sup>621</sup>, al señalar que los homicidios perpetrados en la Ciudad de Juárez no se pueden atribuir solamente a alto índice de violencia o a móviles de carácter económico, sino que tienen un componente especial, al ejecutarse de forma sistemática contra las mujeres; es decir, como violencia de género. La Corte citaba el informe de la Comisión IDH, en los siguientes términos:

“(…) la violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez ‘tiene sus raíces en conceptos referentes a la inferioridad y subordinación de las mujeres’. A su vez, el CEDAW resalta que la violencia de género, incluyendo los asesinatos, secuestros, desapariciones y las situaciones de violencia doméstica e intrafamiliar “no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades” y que

---

Tribunal no está validando dichos estereotipos y tan sólo los reconoce y visibiliza para precisar el impacto desproporcionado de la interferencia generada por la sentencia de la Sala Constitucional”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 275, párr.302. Otros casos en los que la Corte ha identificado como los estereotipos reproducen la discriminación hacia las mujeres son, *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277; *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

<sup>621</sup> Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205. Laura Berenice Ramos, estudiante de 17 años de edad, desapareció el 22 de setiembre de 2001. Claudia Ivette Gonzáles, trabajadora en una empresa maquilladora de 20 años de edad, desapareció el 10 de octubre de 2001. Esmeralda Herrera Monreal, empleada doméstica de 15 años de edad desapareció el lunes 29 de octubre de 2001. Sus familiares presentaron las denuncias de desaparición. No obstante, no se iniciaron mayores investigaciones. Las autoridades se limitaron a elaborar los registros de desaparición, los carteles de búsqueda, la toma de declaraciones y el envío del oficio a la Policía Judicial.

estas situaciones de violencia están fundadas “en una cultura de violencia y discriminación basada en el género”<sup>622</sup>.

Tal y como señala la Corte, el desarrollo de una relación cultural que estructura las relaciones sociales desiguales de hombres y mujeres se traslada también a la actividad estatal. La desigualdad de género es adoptada por funcionarios, muchas veces como consecuencia de un implícito machismo institucional. El Estado no protege a las mujeres que sufren tal violencia, y les deja a ellas mismas la responsabilidad de defenderse, como si, en vez de víctimas, fueran victimarias:

“(...) al momento de investigar dicha violencia, ha quedado establecido que algunas autoridades mencionaron que las víctimas eran “voladas” o que “se fueron con el novio”, lo cual, sumado a la inacción estatal en el comienzo de la investigación, permite concluir que esta indiferencia, por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reproduce la violencia que se pretende atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia<sup>623</sup>.

Los crímenes y la violencia de Ciudad Juárez incluyen violencia sexual que, como reconoce el Estado mexicano, proviene de una reconocida cultura de discriminación contra la mujer, que se repite en casos como *López Soto y otros V. Venezuela*<sup>624</sup>. La Corte conecta en sus motivaciones una relación entre

---

<sup>622</sup> Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205. párr. 119.

<sup>623</sup> *Ibid.*, párr. 400.

<sup>624</sup> Corte IDH, *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 362. En este caso el propio Estado reconoció que su normativa discriminatoria. “En efecto, las diferencias en la escala penal



una cultura de la discriminación contra las mujeres, que está sumamente arraigada en lo social, y la enlaza con la cultura burocrática estatal.

La contribución del Estado a la discriminación contra la mujer se ratifica por la Corte en el *caso Veliz Franco y otros V. Guatemala*, en el que afirmó que la ausencia de datos estadísticos oficiales respecto de los delitos cometidos por razón de género “constituye un elemento del contexto de la violencia homicida que afecta de manera específica a las víctimas mujeres”<sup>625</sup>.

La Corte IDH recordó el contenido de la Convención Belém do Pará, para señalar que “la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”, instaladas en el orden social, pero que se profundiza aún más cuando es ejercida por las instituciones del Estado:

“La Corte reitera que la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma

---

evidenciaban una distinción de trato no justificada. Tal distinción, únicamente direccionada hacia las mujeres que ejercen la prostitución, respondía a estereotipos de género negativos o perjudiciales y, en definitiva, legitimaba la violencia sexual en su contra y desplazaba el debate sobre la acción penalmente reprochable y su resultado hacia la vida privada de la víctima y su conducta sexual”, párr. 232.

<sup>625</sup> Corte IDH, *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 67.

una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia. Por ello, cuando existan indicios o sospechas concretas de violencia de género, la falta de investigación por parte de las autoridades de los posibles móviles discriminatorios que tuvo un acto de violencia contra la mujer, puede constituir en sí misma una forma de discriminación basada en el género”<sup>626</sup>.

Por otra parte, la discriminación que viven las mujeres por parte del Estado por razón del género en lo relativo al acceso a la justicia fue abordada por la Corte IDH en el *caso Espinoza Gonzáles V. Perú*, en el que consideró que los estereotipos de algunos jueces a la hora de calificar la actividad de una mujer de sospechosa de ser criminal no se basaban en pruebas objetivas. En este sentido, la Corte IDH señaló lo siguiente:

“[...] entre las características que suelen atribuirse a las mujeres sospechosas de haber cometido delitos se incluyen ‘ser asertivas, manipuladoras, carecer de credibilidad y tendencia a desafiar a la autoridad’. Añade la perita que ‘[l]os jueces que comparten estereotipos de género similares acerca de las mujeres consideradas sospechosas consecuentemente puede[n] provocar que la decisión de su inocencia o culpabilidad no se fundamente en evidencia apropiada, o incluso se les puede imponer castigos más severos que a las mujeres sospechosas que se someten a la autoridad masculina’. En vista de lo anterior, la Corte reconoce y rechaza el estereotipo de género por el cual se considera a las mujeres sospechosas de haber cometido un delito, como intrínsecamente no confiables o manipuladoras, especialmente en el marco de procesos judiciales. Al respecto, la Corte ha aseverado que valoraciones de esta naturaleza muestran “un

---

<sup>626</sup> *Ibid.*, párr. 280.

criterio discrecional y discriminatorio con base en la situación procesal de las mujeres [...]

En este sentido, la Corte considera pertinente resaltar que una garantía para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas<sup>627</sup>.

Por otra parte, la Corte estableció igualmente que la discriminación estructural contra la mujer tiene una especial incidencia en contextos de conflicto. Así, en el *caso del Penal Miguel Castro Castro V. Perú* señaló que la violencia sexual constituye una prolongación de la actividad bélica contra el cuerpo de las mujeres, que constituyen a su vez un “objetivo militar”, como forma de lograr la derrota física y moral del “enemigo”:

“las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres. Ha sido reconocido por diversos órganos peruanos e internacionales que durante los conflictos armados las mujeres enfrentan situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como lo son los actos de violencia sexual, la cual en muchas ocasiones es utilizada como “un medio simbólico para humillar a la parte contraria”<sup>628</sup>.

---

<sup>627</sup> Corte IDH, *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 272 y 278.

<sup>628</sup> Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 223.

Se trata de una práctica generalizada durante los conflictos armados internos e internacionales, donde “las partes que se enfrentan utilizan la violencia sexual contra las mujeres como un medio de castigo y represión”, situación que se agrava aún más cuando es utilizada desde el poder estatal para “causar un efecto en la sociedad a través de esas violaciones y dar un mensaje o lección”<sup>629</sup>.

Tal y como señalara la Corte, estas prácticas de violencia contra la mujer por parte de actores del Estado se produjeron ya en los hechos acontecidos en la aldea Plan de Sánchez de la región central de Guatemala en la década de los años ochenta, donde fueron ejecutadas 268 personas. En esta ocasión la Corte IDH estableció que:

“La violación sexual de las mujeres fue una práctica del Estado, ejecutada en el contexto de las masacres, dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual. Estas mujeres se perciben como estigmatizadas en sus comunidades y han sufrido por la presencia de los victimarios en las áreas comunes del municipio. Además, la impunidad en la que permanecen estos hechos ha impedido que las mujeres participen en los procesos de justicia”<sup>630</sup>.

Dada esta situación de violencia estructural contra la mujer, en América Latina y el Caribe se ha intentado crear marcos jurídicos de protección, y programas para luchar contra la violencia de género. Sin embargo, la puesta en práctica de esas medidas deja mucho que desear. Lo mismo cabe decir del

---

<sup>629</sup> *Ibid.*, párr. 64.

<sup>630</sup> Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 49.19.

desarrollo de políticas contra el feminicidio y su tipificación como agravante penal en ciertos países de la región, lo que además resulta especialmente grave si se tiene en cuenta que este tipo de prácticas de violencia sigue llevándose a cabo tanto por miembros y/o grupos de la sociedad como por el propio Estado:

“El abordaje de la violencia de género ha tenido un impulso destacado en los últimos años en los países de América Latina y del Caribe, a través de diversas medidas legislativas y programáticas para su implementación. En menor medida, se ha avanzado en el campo de políticas públicas que les permitan a las mujeres contar con mayor protección de su integridad y que les faciliten reinserirse en distintos ámbitos para desarrollar su vida. En éste último caso, los planes nacionales han jugado un papel importante, al menos desde la acción comunicativa, aunque el grado de implementación también es dispar en la región, a lo cual se le suma el sostenido déficit de información existente”<sup>631</sup>.

La Corte IDH llamó la atención sobre otra cuestión que caracteriza a muchos de los crímenes de violencia sexual, que dificulta e incluso, en ocasiones, impide su prueba judicial. Así, si en algunos contextos de conflicto la violencia sexual tiene un carácter “público”, porque quien la perpetra lo hace con la intención de que sea conocida por el “enemigo”, con el objeto de provocar dolor y miedo a una comunidad o a una sociedad, en cambio, en otros la violencia sexual se produce en escenarios “privados”, lo que dificulta su prueba por ausencia de testigos. En el *Caso Rosendo Cantú y otra v. México* la

---

<sup>631</sup> GUZMÁN, M. y MONTAÑO, S., *Políticas públicas e institucionalidad de género en América Latina (1985-2010)*, CEPAL: Serie: Mujer y Desarrollo No. 118, 2012, p. 10.

Corte IDH así lo reconoció, y por ello, dio un valor añadido a la declaración de la propia víctima:

“[...] para la Corte es evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho”<sup>632</sup>.

Esta afirmación de la Corte supone un importantísimo avance en su afán de proteger a las mujeres frente este tipo de violencia, porque introduce un elemento subjetivo en el relato de los hechos<sup>633</sup>. En el caso mencionado es clave porque cuando la víctima se presentó ante las autoridades locales denunciando golpes y agresiones por parte de los militares, no se atrevió a denunciar que había sido violada. Lo mismo ocurrió cuando asistió al centro médico para su examen: la víctima respondió de forma negativa a la pregunta de si había sido violada. Posteriormente, acudió al hospital, donde tampoco se

---

<sup>632</sup> Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 89.

<sup>633</sup> La Corte IDH determina que dentro de las versiones ofrecidas se deducen los siguientes hechos: “i) el día 16 de febrero de 2002 se encontraba sola en un arroyo cercano a su casa al que había acudido a lavar ropa, en una zona aislada; ii) aproximadamente a las tres de la tarde, ocho miembros del Ejército armados se aproximaron a ella y la rodearon; iii) dos de ellos, amenazándola con armas, le solicitaron información sobre las personas cuyos nombres estaban incluidos en una lista y sobre otra cuya foto le mostraron; iv) ella les dijo que no los conocía; v) uno de los militares amenazó con matar a todos los de su comunidad; vi) fue golpeada en el abdomen con un arma, por lo que cayó al suelo y perdió el conocimiento, posteriormente uno de ellos la tomó del cabello y le rasguñó la cara, y vii) en ese ámbito de fuerte coerción, sola y rodeada de ocho militares armados, fue violada sexualmente consecutivamente por los dos militares que le habían requerido información, mientras los demás observaban la ejecución de la violación sexual”. Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 92.

atrevió a denunciarlo. En resuidas cuentas, en un principio la víctima ocultó que había sido violada. Sin embargo, sí lo hizo en el curso del procedimiento judicial, y la Corte IDH dio por buenas sus declaraciones. Para ello tuvo en cuenta las condiciones sociales y culturales en que se produjeron los hechos y la condición de “humillación” o doble victimización que podría sufrir la víctima si hubiera denunciado la violación desde un principio.

En este sentido consideró que,

“(...) el hecho de que no indicara que había sido violada en las dos primeras consultas médicas debe ser contextualizado en las circunstancias propias del caso y de la víctima. En primer lugar, las agresiones sexuales corresponden a un tipo de delito que la víctima no suele denunciar. Ello sucede en las comunidades indígenas, por las particularidades tanto culturales como sociales que la víctima tiene que enfrentar (...), así como por el miedo en casos como el presente<sup>634</sup>.

La Corte IDH definió de esta manera un patrón estructural de discriminación contra la mujer por parte del Estado en clave de negligencia y omisión, y confirmó que, “una vez conocidos los hechos por las autoridades, la víctima no recibió atención psicológica que hubiera permitido obtener mayor información para el esclarecimiento de los hechos, ni se practicaron determinadas pruebas, entre otras, periciales, con el objeto de determinar la verdad de lo ocurrido (...)”<sup>635</sup>.

---

<sup>634</sup> *Ibid.*, párr. 95.

<sup>635</sup> *Ibid.*, párr. 103. En un sentido similar en el *Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350, la Corte consideró que el Estado debía adoptar medidas positivas para garantizar un efectivo e igualitario acceso a la justicia

Finalmente, y retomando lo señalado en el *Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, reiteró lo que debe entenderse como violencia sexual como violencia de género:

“[...] la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno. En particular, la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima”<sup>636</sup>.

Incluso llegó a afirmar que,

“la violación sexual puede constituir tortura aun cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales”<sup>637</sup>.

En su conjunto, la Corte IDH ha desarrollado una perspectiva de género que tiene en cuenta los contextos culturales de los países sobre los que se ha pronunciado, conectando las dimensiones sociales y culturales del orden social y la actividad estatal, y poniendo en evidencia que, pese a los avances legislativos, la violencia contra las mujeres se sustenta en una discriminación estructural.

---

<sup>636</sup> *Ibid.*, párr. 109.

<sup>637</sup> *Ibid.*, párr. 118.



#### 4.1.2. Género e interseccionalidad

La interseccionalidad es un concepto que, influenciado por las críticas feministas al derecho tradicional, ha ido incorporándose al ámbito jurídico como una respuesta a la doctrina jurídica clásica. Dicho concepto, que proviene de los estudios realizados por KIMBERLÉ CRENSHAW en 1989<sup>638</sup>, tiene la virtud de interrelacionar diferentes variables dentro de un mismo fenómeno, de manera que pueda ser holísticamente comprendido. Como ha señalado ZOTA-BERNAL, la Corte IDH lo articula en su jurisprudencia con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos<sup>639</sup>.

En opinión de LA BARBERA, la interseccionalidad es un “enfoque que revela que las desigualdades son producidas por las interacciones entre los sistemas de subordinación de género, orientación sexual, etnia, religión, origen nacional, (dis)capacidad y situación socio-económica, que se constituyen uno a otro dinámicamente en el tiempo y en el espacio”<sup>640</sup>. Su origen se encuentra en el feminismo afroamericano, que criticó el esencialismo del concepto de género. Esta autora recuerda que este movimiento puso de relieve que el enfoque de género estaba inicialmente previsto para interpretar la realidad con base en “las experiencias de las mujeres blancas heterosexuales y los modelos familiares de la clase media”, pero sin atender a otras variables como “la raza, la clase y la orientación sexual [que] pluralizan y particularizan el significado de

---

<sup>638</sup> ZOTA-BERNAL, A., “Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. No 9, octubre 2015 – marzo 2016, pp. 67-85.

<sup>639</sup> *Ibidem*.

<sup>640</sup> LA BARBERA, M. C., “Interseccionalidad, un “concepto viajero”: orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea”, *Interdisciplina* 4, No 8, 2016, pp. 105-122, p. 106

ser mujer”, alertando de “que las distintas posiciones sociales, y las relacionadas diferencias de privilegios y poder entre las mujeres, hacen profundamente distintas sus experiencias de la discriminación”<sup>641</sup>.

ZOTA-BERNAL destaca, por otra parte, que cierta perspectiva de interseccionalidad se a ido incorporando a la jurisprudencia interamericana, sin que la Corte IDH haga referencia expresa a la misma más que puntualmente. Así, por ejemplo, cuando decidía que, en casos en los las víctimas eran mujeres indígenas, afrodescendientes, pobres, campesinas, etc., estableció que su análisis requería que la corte tuviera en cuenta tales particularidades:

“no todas [las mujeres] las experimentan de la misma forma, por ejemplo, ha señalado los riesgos particulares de las niñas, las mujeres indígenas, las afrodescendientes y las mujeres migrantes, ocasionados por la ausencia de procesos y de atención diferenciada que garantice su acceso material a la justicia... si bien todas las mujeres enfrentan obstáculos para acceder a la justicia, barreras como el idioma, la ubicación rural, la situación administrativa irregular, la edad, la discriminación racial, pueden agravar esos obstáculos, por lo que se requiere que los estados garanticen sus derechos no solo por su condición de mujeres sino simultáneamente –según el caso- de indígenas, niñas, afro descendientes, migrantes, etc.”<sup>642</sup>

En el *Caso Masacre Plan de Sánchez V. Guatemala*, la Corte IDH afirmó que cuando se trata de mujeres indígenas o afrodescendientes, la violencia

---

<sup>641</sup> *Ibidem*, pp. 105-107.

<sup>642</sup> ZOTA-BERNAL, A., “Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos”, *op.cit.*, p. 77.

contra la mujer produce graves e irreparables daños tanto contra ella misma como contra su comunidad. En este sentido, afirmó:

“Con la muerte de las mujeres y los ancianos, transmisores orales de la cultura maya Achí, sus conocimientos no pudieron ser transmitidos a las nuevas generaciones, lo que ha producido en la actualidad un vacío cultural. Los huérfanos no recibieron la formación tradicional heredada de sus ancestros. [...]

Las mujeres que fueron objeto de violencia sexual por parte de agentes del Estado el día de la masacre y que sobrevivieron a la misma, continúan padeciendo sufrimientos por dicha agresión. La violación sexual de las mujeres fue una práctica del Estado, ejecutada en el contexto de las masacres, dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual. Estas mujeres se perciben como estigmatizadas en sus comunidades y han sufrido por la presencia de los victimarios en las áreas comunes del municipio. Además, la impunidad en la que permanecen estos hechos ha impedido que las mujeres participen en los procesos de justicia”<sup>643</sup>.

Esta visión de la Corte IDH se ha ido asentando en el tiempo y tiene consecuencias jurídicas muy concretas. Así, en el *caso Fernández Ortega y otros V. México*, señaló expresamente que la víctima “es una mujer indígena, en una situación de especial vulnerabilidad, lo cual será tenido en cuenta en las reparaciones que se otorguen en esta Sentencia”<sup>644</sup>.

---

<sup>643</sup> Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párrs. 49.12, 49.19

<sup>644</sup> Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr 223. El destacado es nuestro.

Por otro lado, no resulta extraño que la interpretación de la Corte IDH aplique diferentes niveles de análisis que convergen en el caso de una misma mujer. En el relato de los hechos en el *caso Rosendo Cantú y Otra V. México*, la Corte señaló lo siguiente:

“[...] en las circunstancias propias de la situación de la señora Rosendo Cantú, la Corte no encuentra elementos que afecten la credibilidad de sus declaraciones. La presunta víctima es una *mujer indígena*, en el momento de los *hechos menor de edad*, que *vivía en una zona montañosa aislada*, que tuvo que caminar varias horas para recibir asistencia médica por las agresiones físicas sufridas, y para denunciar la violación sexual ante diversas autoridades que hablaban un idioma que ella no dominaba, la cual probablemente tendría repercusiones negativas en su medio social y cultural, entre otros, un posible rechazo de su comunidad. Asimismo, denunció y perseveró en su reclamo, sabiendo que en la zona en la que vive continuaba la presencia de militares, algunos de los cuales ella estaba imputando penalmente la comisión de un delito grave<sup>645</sup>.

La condición de las mujeres afrodescendientes también ha sido tenida en cuenta por la Corte. En el *caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) V. Colombia*, en el que una comunidad afrocolombiana padeció los bombardeos de la “operación génesis”, en la que se produjeron incursiones de grupos paramilitares en la cuenca del Cacarica, que provocaron el desplazamiento a otros lugares de las comunidades afrodescendientes, y que afectó de forma especial a las mujeres y las niñas y niños. La Corte IDH subrayó la gravedad

---

<sup>645</sup> *Ibid.*, párr. 93.

de los hechos en este colectivo tan vulnerable y la responsabilidad del estado por no haberle dado protección. Y lo hizo en los siguientes contundentes términos:

“[...] el derecho a la igualdad de los niños y las niñas se ha visto vulnerado en el presente caso toda vez que [El Estado]:

a) no desarrolló las acciones positivas que le correspondían en relación con este *grupo de afrodescendientes tradicionalmente discriminado y por su condición de niños y niñas*;

b) durante el desplazamiento los niñas y niños estuvieron sometidos a riesgos excepcionales que impidieron su desarrollo e inclusión en su entorno social tradicional, privándolos de su *cultura y costumbres de su etnia* y en condiciones indignas en las que no era posible ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que el resto de la población, y

c) mientras estuvieron alejados de sus territorios ancestrales no pudieron ejercer sus *derechos a la educación, la salud* y demás enfrentando así “situaciones excepcionales de discriminación tales como el rechazo por sus pares”.<sup>646</sup>.

La Corte puso de relieve que un “número significativo (de las víctimas) son mujeres, y un grupo de ellas son “madres cabeza de familia”, situación a la que debe ser aplicada la noción de “interseccionalidad” por las “múltiples formas de discriminación, entre las que destacó “su condición de desplazadas, su género, etnicidad y su condición de niñez”. Dicha condición de “interseccionalidad” supone, que las mujeres afrodescendientes desplazadas

---

<sup>646</sup> Corte IDH, *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párr. 305

debieron asumir el costo económico de su permanencia en territorios ajenos y sufrieron con mayor rigor las violencias derivadas de su condición. Para ello, la Corte IDH recoge una sentencia de la Corte Constitucional colombiana en la que afianzan tales argumentos al señalar: “[...] la vulnerabilidad de los desplazados es acentuada por su proveniencia rural y, en general, afecta con especial fuerza a mujeres, quienes son cabezas de hogar y representan más de la mitad de la población desplazada”<sup>647</sup>.

La Corte IDH también hace referencia a la situación especial en que se encuentran las mujeres detenidas. En el *caso del Penal Miguel Castro Castro V. Perú*, afirmó que “la desatención de las necesidades fisiológicas de la mujer, al negarles materiales de aseo personal, como jabón, papel higiénico, toallas sanitarias y ropa íntima para cambiarse; desatención de las necesidades de salud pre y post natal; prohibición de dialogar entre sí, leer, estudiar y realizar trabajos manuales” son determinantes en las graves y particulares condiciones de detención en que se encuentran las mujeres, causando daño y sufrimiento, “especialmente, a las mujeres embarazadas”<sup>648</sup>. La Corte destacó que, de acuerdo con los testimonios de los internos, las mujeres embarazadas también fueron violentadas en el penal, y que como consecuencia de dichos ataques experimentaron “un sufrimiento psicológico adicional, ya que además de haber visto lesionada su propia integridad física, padecieron sentimientos de angustia, desesperación y miedo por el peligro que corría la vida de sus hijos”<sup>649</sup>.

---

<sup>647</sup> *Ibid.*, párr. 317

<sup>648</sup> Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 319.

<sup>649</sup> *Ibid.*, párr. 320

Igualmente a Corte tuvo muy presente la cuestión de la maternidad de las personas reclusas en prisión:

“La incomunicación severa tuvo efectos particulares en las internas madres. Diversos órganos internacionales han enfatizado la obligación de los Estados de tomar en consideración la atención especial que deben recibir las mujeres por razones de maternidad, lo cual implica, entre otras medidas, asegurar que se lleven a cabo visitas apropiadas entre madre e hijo. La imposibilidad de comunicarse con sus hijos ocasionó un sufrimiento psicológico adicional a las internas madres”<sup>650</sup>.

Por otra parte, en el caso *V.R.P., V.P.C. y otros V. Nicaragua*, la Corte aplicó el análisis de interseccionalidad a casos de violencia sexual ejercida contra menores, afirmando que el Estado debe adoptar medidas especiales de protección, dada la especial vulnerabilidad de niñas, niños y adolescentes. Pero es que, además,

“En el caso de las niñas, dicha vulnerabilidad a violaciones de derechos humanos puede verse enmarcada y potenciada, debido a factores de discriminación histórica que han contribuido a que las mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la esfera familiar”<sup>651</sup>.

En términos generales, la Corte IDH aplica en sus sentencias el enfoque de “interseccionalidad”, y a la hora de dictar sus sentencias tiene en cuenta las condiciones de mujer (género), niña (generación), indígena o afrodescendiente

---

<sup>650</sup> *Ibidem*.

<sup>651</sup> Corte IDH. *Caso V.R.P., V.P.C. y otros V. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350, párr. 156.

(etnia), pobreza (clase) y/o prisionera (situación). Este tipo de enfoque permite evaluar los niveles de vulnerabilidad a los que se enfrentan las mujeres en el orden social y a las que son expuestas cuando la respuesta del Estado no tiene en cuenta dicha configuración social, cultural y económica.

#### *4.1.3. La perspectiva de género y los derechos de la Convención Americana*

Respecto de los derechos y libertades recogidos en la Convención, la jurisprudencia de la Corte los ha interpretado y aplicado desde un enfoque de género en situaciones a que hacen frente las mujeres por el mero hecho de serlo. Así, ha tratado el derecho a la vida en relación con las situaciones de embarazo de la mujer y en casos relativos a las condiciones carcelarias en que viven las mujeres. El derecho a la integridad personal lo ha abordado fundamentalmente en relación con la violencia sexual. Y lo mismo ha hecho con el derecho a la vida privada y autonomía personal y el derecho de acceso a la justicia.

##### *4.1.3.1. Derecho a la vida y a la integridad personal*

El *Caso del Penal “Miguel Castro Castro” v. Perú* constituye el primero en el que la Corte IDH aborda el análisis del *derecho a la vida y la integridad*



*persona recogidos en la Convención* desde una perspectiva de género<sup>652</sup>, centrándose en este caso en la violación de los derechos humanos de las mujeres internas embarazadas<sup>653</sup>. El caso es conocido por los hechos ocurridos durante el “Operativo Mudanza 1”, que tenía por objeto trasladar a prisioneras del Centro Penitenciario a la Cárcel de Máxima Seguridad en Chorrillos. Durante el desarrollo de este operativo, se perpetraron ejecuciones extrajudiciales de 42 internos, se hirió a otros 175 y se sometió a trato cruel, inhumano y degradante a otros 322. Por si fuera poco, posteriormente se sometió a las reclusas a tratos crueles, inhumanos y degradantes.

La Comisión solicitó a la Corte que declarara la responsabilidad del Estado por la violación del derecho a la vida (art. 4), en el caso de los 42 reclusos fallecidos; el derecho a la integridad personal (art. 5), en el caso de los 175 reclusos que resultaron heridos y de los 322 reclusos fueron sometidos a trato cruel, inhumano y degradante; y el derecho a disfrutar de garantías judiciales (art. 8.1) y a la protección judicial (art. 25) en el caso de las víctimas y de sus familiares<sup>654</sup>.

La Corte IDH afirmó que lo sucedido en la prisión fue una masacre, y que “carece de fundamento afirmar que los internos significaran un peligro para

---

<sup>652</sup> El artículo 4.1 de la Convención dispone que: [t]oda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

<sup>653</sup> FRANCO RODRÍGUEZ, M. J., *Los Derechos Humanos de las Mujeres en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Los derechos humanos, México, 2011.

<sup>654</sup> Corte, IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 1.

los agentes estatales que ameritase un ataque de tal magnitud”<sup>655</sup>, y que el operativo no tenía otro fin que atentar contra la vida e integridad de los internos, por lo que concluyó que se produjo una violación sistemática de los derechos humanos en el marco de una política contrainsurgente, que consideró a los internos sospechosos de pertenecer a grupos armados ilegales (como era el caso de Sendero Luminoso)<sup>656</sup>.

Antes de centrarse en las violaciones de los derechos de las mujeres y de poner en práctica la perspectiva de género, la Corte IDH se centró en el derecho a la vida, “presupuesto esencial para la realización de los demás derechos”, y estableció que la obligación del Estado en relación con este derecho es tanto negativa (obligación de evitar que se viole este derecho), como positiva (obligación de proteger la vida de las personas), en los siguientes términos:

“Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él. La observancia del artículo 4, relacionado con el artículo 1.1 de la Convención Americana, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino

---

<sup>655</sup> *Ibid.*, párr. 234.

<sup>656</sup> Otro caso relacionado con el contexto de violencia política en Perú y que afectó especialmente a las mujeres es *Caso Espinoza González Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289. La Corte determinó que, “En este caso, la Corte ya estableció que durante el período del conflicto comprendido entre 1980 y 2000, la violencia sexual fue una práctica generalizada dentro de las fuerzas de seguridad, la cual afectó principalmente a las mujeres [...]. La Corte considera que esta práctica constituyó violencia basada en género pues afectó a las mujeres por el solo hecho de serlo, y que, tal como se desprende de la prueba, fue favorecida por la legislación antiterrorista vigente para la fecha, la cual se caracterizó por la ausencia de garantías mínimas para los detenidos, además de disponer, entre otros, la potestad de incomunicar a los detenidos y el aislamiento celular [...]”, párr. 225.

que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción. Esta protección activa del derecho a la vida por parte del Estado no sólo involucra a sus legisladores, sino a toda institución estatal y a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas sus fuerzas de policía o sus fuerzas armadas”<sup>657</sup>.

Una vez establecidos los hechos y el contexto jurídico, la Corte IDH analizó el derecho a la integridad personal, donde considera la especificidad de la perspectiva de género. Para ello, hizo suyo el informe de la Defensoría del Pueblo que señalaba que la participación de las mujeres en el conflicto armado del Perú construyó un discurso discriminador contra la mujer que provocó acciones más crueles que no se aplican de igual forma contra los hombres. De hecho, el ataque comenzó en el pabellón del penal de las internas acusadas o sentenciadas por delitos asociados con el terrorismo y la traición a la patria.

La Corte IDH delimitó el contexto jurídico del caso poniendo en relación el derecho a la integridad personal y la normativa internacional existente en relación con la violencia contra la mujer:

“En cuanto a los referidos aspectos específicos de violencia contra la mujer, esta Corte aplicará el artículo 5 de la Convención Americana y fijará sus alcances, tomando en consideración como referencia de interpretación las disposiciones pertinentes de la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la*

---

<sup>657</sup> Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 237.

*Mujer*, ratificada por el Perú el 4 de junio de 1996, y la *Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, ratificada por Perú el 13 de septiembre de 1982, vigente en la época de los hechos, ya que estos instrumentos complementan el *corpus juris* internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres, del cual forma parte la Convención Americana”<sup>658</sup>.

Una vez establecido este marco jurídico, consideró los aspectos más relevantes de los hechos acontecidos, especificando las situaciones particulares a las que se vieron sometidas las mujeres en general, y las mujeres embarazadas en particular, que describe de la forma que sigue:

“Estas características del ataque que vivieron las internas, quienes observaron la muerte de sus compañeras y vieron a mujeres embarazadas heridas arrastrándose por el suelo, generaron (...) ‘un clima de desesperación entre las mujeres’, de forma tal que sentían que iban a morir (...) Durante los cuatro días que duró el ataque ‘los internos permanecieron con el terror de que iban a morir, lo cual originó un sufrimiento psicológico y emocional intenso”<sup>659</sup>.

---

<sup>658</sup> *Ibid.*, párr. 276.

<sup>659</sup> Dada la brutalidad del ataque, en las líneas que siguen recogemos algunos de los pasajes más duros descritos por la Corte IDH. “El ataque inició contra el pabellón de mujeres 1A del Penal Miguel Castro Castro. Las internas que se encontraban en ese pabellón, incluidas las embarazadas, se vieron obligadas a huir del ataque en dirección al pabellón 4B. Este traslado fue especialmente peligroso por las condiciones del ataque antes descritas; las internas sufrieron diversas heridas. Un dato que muestra las condiciones extremas en que se desarrolló el ataque fue que las prisioneras tuvieron que arrastrarse pegadas al piso, y pasar por encima de cuerpos de personas fallecidas, para evitar ser alcanzadas por las balas. Esta circunstancia resultó particularmente grave en el caso de las mujeres embarazadas quienes se arrastraron sobre su vientre (...) Dicha desnudez forzada tuvo características especialmente graves para las seis mujeres internas que se ha acreditado que fueron sometidas a ese trato. Asimismo, durante todo el tiempo que permanecieron en este lugar a las internas no se les permitió asearse y, en algunos casos, para utilizar los servicios sanitarios debían hacerlo acompañadas de un guardia armado quien no les permitía cerrar la puerta y las apuntaba con el arma mientras hacían sus necesidades fisiológicas (*supra* párr. 197.49). El Tribunal estima que esas mujeres, además de recibir un trato violatorio de su dignidad personal, también fueron víctimas

En opinión de la Corte IDH, además de la violencia física, las internas embarazadas experimentaron un sufrimiento psicológico adicional, “sentimientos de angustia, desesperación y miedo por el peligro que corría la vida de sus hijos”, y recordó que frente a “la protección que otorga el artículo 5 de la Convención Americana, es preciso señalar que el artículo 7 de la Convención de Belem do Pará señala expresamente que los Estados deben velar porque las autoridades y agentes estatales se abstengan de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer”<sup>660</sup>.

Para la Corte IDH el trato recibido por las mujeres constituye una violación del art. 5 de la Convención Americana, situación agravada en el caso de las internas que se encontraban heridas, y, en especial de las mujeres que fueron objeto de violencia sexual y de las mujeres embarazadas, por la violencia tanto física como psicológica utilizada contra ellas. En este sentido, la Corte IDH se acoge a los pronunciamientos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en relación con la protección

---

de violencia sexual, ya que estuvieron desnudas y cubiertas con tan solo una sábana, estando rodeadas de hombres armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado. Lo que califica este tratamiento de violencia sexual es que las mujeres fueron constantemente observadas por hombres. Finalmente, la Corte IDH se pronunció sobre los hechos posteriores a la Operación Mudanza 1: “El haber forzado a las internas a permanecer desnudas en el hospital, vigiladas por hombres armados, en el estado precario de salud en que se encontraban, constituyó violencia sexual en los términos antes descritos, que les produjo constante temor ante la posibilidad de que dicha violencia se extremara aún más por parte de los agentes de seguridad, todo lo cual les ocasionó grave sufrimiento psicológico y moral, que se añade al sufrimiento físico que ya estaban padeciendo a causa de sus heridas. Dichos actos de violencia sexual atentaron directamente contra la dignidad de esas mujeres” *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 290, 291 y 306.

<sup>660</sup> Relata la Corte IDH que “Entre las internas que estuvieron en las condiciones descritas había mujeres embarazadas. Los agentes estatales no tuvieron ninguna consideración respecto a la condición específica de éstas. Sólo fueron identificadas ante la Corte las señoras Eva Challco, Sabina Quispe Rojas y Vicenta Genua López (*supra* párr. 197.57). La posición boca abajo en que tuvieron que permanecer resulta particularmente grave en el caso de las mujeres embarazadas. Presenciar este trato hacia ellas generó mayor angustia entre los demás internos”. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 292.

especial que deben recibir las mujeres detenidas o arrestadas frente al peligro de que sufran discriminación o cualquier forma de violencia o explotación, y, recuperando la posición del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, reafirmó que,

“dicha discriminación incluye la violencia basada en el sexo: ‘es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada’, y que abarca ‘actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad’”<sup>661</sup>.

En opinión de la Corte IDH, las acciones violentas de los agentes produjeron la responsabilidad de las propias instituciones del Estado, que incumplieron su deber de garantizar los derechos fundamentales y de actuar de conformidad con los derechos recogidos en la Constitución y en los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos; y, en particular, de los de derechos humanos de la mujer. Con esta sentencia, se inaugura un enfoque diferenciado de interpretación de los derechos consagrados en la Convención Americana bajo el lente de la perspectiva de género.

#### *4.1.3.2. El derecho a la vida privada y a la autonomía*

El concepto de vida privada abarca diferentes ámbitos de la vida que deben ser protegidos, entre los que deben destacarse el derecho a la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres

---

<sup>661</sup> *Ibid.*, párr. 303.

humanos, tal y como estableció la Corte en el caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*. En esta sentencia, la Corte IDH señala lo siguiente:

“[...] las violaciones sexuales perpetradas contra las mujeres jóvenes en el caserío El Mozote vulneraron valores y aspectos esenciales de la vida privada de las mismas, supusieron una intromisión en su vida sexual y anularon su derecho a tomar libremente las decisiones respecto con quien tener relaciones sexuales, perdiendo de forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas, y sobre las funciones corporales básicas<sup>662</sup>.

Esta afirmación es un desarrollo de lo establecido por la Corte en el *Caso Masacres de Río Negro V. Guatemala*, cuando afirmó que “si bien el artículo 11 de la Convención Americana se titula ‘Protección de la Honra y de la Dignidad’, su contenido incluye, entre otros, la protección de la vida privada. El concepto de vida privada comprende entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual”<sup>663</sup>.

En el caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) V. Costa Rica*, la Corte IDH amplió esta definición al señalar que la protección del derecho a la vida privada va más allá del derecho a la privacidad, incluyendo factores fuertemente relacionados con ella, tales como la dignidad del individuo, su capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, su

---

<sup>662</sup> Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252, párr. 166.

<sup>663</sup> Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, párr. 133.

autonomía, sus relaciones interpersonales, la determinación de su propia identidad y el desarrollo libre de su personalidad:

“La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad”<sup>664</sup>.

En el mencionado caso, la Corte IDH afirmó que la maternidad forma parte del desarrollo de la libre personalidad de las mujeres, de manera tal que, decidir si se quiere ser madre o no forma parte de ese mismo derecho proveniente de la autonomía reproductiva, la cual debe estar en consonancia con el derecho al acceso a los servicios de salud, el asesoramiento y las técnicas médicas para ejercerlo:

“El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho ‘a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos’. Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de

---

<sup>664</sup> Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 275, párr. 143 y 146



convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos”<sup>665</sup>.

#### 4.1.3.3. *El derecho de acceso a la justicia*

En el conjunto de las normas internacionales en materia de derechos humanos está claramente establecida la obligación del Estado de investigar de modo efectivo las violaciones de los derechos humanos o de los derechos de las víctimas, lo que constituye al mismo tiempo una medida de reparación a la víctima y a sus familiares y una medida preventiva. El acceso a la justicia es un derecho y una posibilidad que tiene cualquier persona, independiente de su condición económica, religiosa o política de acudir al sistema establecido para la resolución de conflictos y protección de sus derechos.

Los artículos 25 (protección judicial) y 8 (Garantías Judiciales) de la Convención Americana conforman el derecho de acceso a la justicia. En relación con este último, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido enfática en señalar que las garantías judiciales incluyen el derecho al debido proceso legal y el derecho de acceso a la justicia, entendido este último como “norma imperativa de Derecho Internacional”<sup>666</sup> que no se agota en instancias procesales penales, sino que deben conectarse de forma integral con otros procedimientos de naturaleza civil y/o laboral, en función del caso.

---

<sup>665</sup> *Ibid.*, párr. 146

<sup>666</sup> Corte IDH. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 131.

Por otro lado, según la Corte IDH, la protección judicial regulada en el artículo 25 de la Convención Americana es “una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención”<sup>667</sup>. Esto significa que los Estados están obligados a ofrecer un recurso judicial efectivo donde la víctima pueda alegar sus derechos ante órganos judiciales y que surta los efectos previstas por las leyes. Dicho de otra forma, lo sustantivo y lo formal deben combinarse de manera efectiva y eficaz, permitiendo la restitución del derecho al particular y su reparación en su caso.

La Corte IDH ha afirmado con claridad el deber de los Estados de investigar con la debida diligencia y con celeridad las denuncias sobre desapariciones de violencia contra la mujer. Para ello, los Estados deben contar con un marco jurídico de protección que dé a las víctimas una efectiva protección. En este sentido, señaló lo siguiente:

“La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas

---

<sup>667</sup> Corte IDH, *El Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A N 8, párr. 23.

contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará”<sup>668</sup>.

En el caso *González y otras (“Campo Algodonero”) V. México*, en el que se denunciaba la desaparición de mujeres, cuyos cuerpos sin vida se encontraron con signos de haber sufrido violencia sexual, la Corte IDH afirmó la responsabilidad del Estado tanto por no disponer de una política de prevención en un contexto sobradamente conocido por las autoridades<sup>669</sup>, como por no haber cumplido con su obligación de investigar las desapariciones. Y lo hizo en de la siguiente manera:

“Sobre el primer momento –antes de la desaparición de las víctimas- la Corte considera que la falta de prevención de la desaparición no conlleva *per se* la responsabilidad internacional del Estado porque, a pesar de que éste tenía conocimiento de una situación de riesgo para las mujeres en Ciudad Juárez, no ha sido establecido que tenía conocimiento de un riesgo real e inmediato para las víctimas de este caso [...] la Corte no puede sino hacer presente que la ausencia de una política general que se hubiera iniciado por lo menos en

---

<sup>668</sup> Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 258.

<sup>669</sup> En el mismo sentido se manifestó la Corte IDH en el *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*: “Sobre el primer momento –antes de la desaparición de la víctima- la Corte, de modo análogo a cómo lo ha hecho con anterioridad, considera que la eventual falta de prevención de la desaparición no conlleva *per se* la responsabilidad internacional del Estado porque, a pesar de que éste conocía o debía conocer [...] una situación de incremento de actos violentos que involucraba actos cometidos contra mujeres, inclusive niñas, no ha sido establecido que tenía conocimiento de un riesgo real e inmediato para la víctima de este caso. Aunque el contexto en este caso y las “obligaciones internacionales le imponen al Estado una responsabilidad reforzada con respecto a la protección de mujeres”, en especial las niñas, que incluye el deber de prevención [...], no le imponen una responsabilidad ilimitada frente a cualquier hecho ilícito en contra de ellas. Además, en relación con este primer momento, el Tribunal nota que, con anterioridad a diciembre de 2001, se efectuaron acciones estatales vinculadas a la problemática de la violencia contra mujeres [...]” párr. 139.

1998 –cuando la CNDH advirtió del patrón de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez-, es una falta del Estado en el cumplimiento general de su obligación de prevención.

En cuanto al segundo momento –antes del hallazgo de los cuerpos- el Estado, dado el contexto del caso, tuvo conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas. La Corte considera que ante tal contexto surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que éstas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido”<sup>670</sup>.

En el caso de las mujeres de la Ciudad de Juárez, la Corte IDH concluyó que en la primera etapa de las investigaciones el Estado impidió el acceso a la justicia, no adoptó medidas razonables para hacer frente a la situación, a la que

---

<sup>670</sup> Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 282 y 283.

no dio una respuesta inmediata y eficiente. Por esta razón afirmó que las autoridades:

“vulneran el derecho de acceso a la justicia, a una protección judicial eficaz y el derecho de los familiares y de la sociedad a conocer la verdad de lo ocurrido. Además, denota un incumplimiento estatal de garantizar, a través de una investigación seria y adecuada, los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal de las tres víctimas. (...)”

Esta ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir<sup>671</sup>.

Más adelante en el *Caso V.R.P., V.P.C. y otros V. Nicaragua*, la Corte estableció que el Estado debía adoptar medidas positivas para garantizar un efectivo e igualitario acceso a la justicia, y definió qué tipo de obligaciones corresponden al Estado en casos de violencia sexual.

“Así, la Corte se refirió a la información sobre el proceso y los servicios de atención integral disponibles; el derecho a la participación y que las opiniones sean tenidas en cuenta; el derecho a la asistencia jurídica gratuita; la especialización de todos los funcionarios intervinientes; y el derecho a contar con servicios de asistencia médica, psicológica y psiquiátrica que permitan su recuperación, rehabilitación y reintegración. En el presente caso, quedó demostrado que dichas medidas no fueron adoptadas, por lo que existió una discriminación en el

---

<sup>671</sup> *Ibid.*, párr. 388.

acceso a la justicia, por motivos de sexo y género, así como por la condición de persona en desarrollo de la víctima”<sup>672</sup>.

Otro aspecto determinante en la jurisprudencia de la Corte IDH es el deber del Estado de investigar con “celeridad” la violencia contra la mujer. En el *Caso Fernández Ortega y otros V. México* la Corte IDH afirmó que, en casos de violencia contra la mujer, el Estado debe atender las obligaciones contenidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, que se complementan con las obligaciones derivadas de la Convención de Belém do Pará. De manera concluyente y específica la Corte IDH es enfática en señalar el marco jurídico de la obligación de los Estados Partes de la Convención Americana y los aspectos fundamentales de las garantías judiciales y de la protección judicial:

“En su artículo 7.b dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

(...) En casos de violencia contra la mujer, ciertos instrumentos internacionales resultan útiles para precisar y dar contenido a la obligación estatal reforzada de investigarlos con la debida diligencia. Entre otros, en una investigación penal por violencia sexual es necesario que:

- i) la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza;
- ii) la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición;
- iii) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así

---

<sup>672</sup> Corte IDH, *Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350, párr. 293.

se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación;

iv) se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea;

v) se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, investigando de forma inmediata el lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia, y

vi) se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso”<sup>673</sup>.

La Corte IDH subraya que la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de actos violatorios de los derechos humanos se desprende igualmente de otros instrumentos interamericanos tales como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”<sup>674</sup>. En su opinión, la obligación de los Estados de garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal por medio de investigaciones eficaces no nace de la aplicación e interpretación de la Corte en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa, sino que estas obligaciones se

---

<sup>673</sup> Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 193-194.

<sup>674</sup> Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250.

derivan de los derechos consagrados en la Convención Americana y otros instrumentos<sup>675</sup>.

## **4.2. LA INTERACCIÓN ENTRE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH Y LA CCC**

La Corte Constitucional abordó por vez primera la cuestión de género en la década de los años noventa para dar un nuevo trato jurídico a la igualdad entre los sexos, a la violencia contra la mujer y a la protección especial de sus derechos. El cambio se produjo al hilo de la aprobación de la Constitución de 1991, que, al derogar la de 1886, se adaptó a las tendencias sociales y políticas de la época moderna, especialmente, en temas de multiculturalidad y género. Desde entonces, es notable el volumen creciente de jurisprudencia sobre la vulneración de los derechos de las mujeres en relación con las cuestiones más variadas: derecho de familia de las mujeres, derecho a la educación y el deporte, derecho a la igualdad, derecho a la intimidad y a la dignidad, a la participación en la vida política y pública, derecho a la salud, derecho a una vida libre de violencia, derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho al trabajo, derechos laborales, derecho a la seguridad social, derechos de las mujeres víctimas del conflicto armado, de las víctimas de desplazamientos forzados y de violencia sexual, derechos civiles de las mujeres, derechos de las mujeres privadas de la libertad, derechos sexuales y

---

<sup>675</sup> Corte IDH, *Caso J. Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.



reproductivos, derechos de las mujeres en casos de detención domiciliaria de madres cabeza de familia, derechos de madres comunitarias, derechos de las mujeres indígenas desde una perspectiva de género, prohibición de todas las formas de discriminación contra las mujeres, y derecho a que en la revisión de tratados internacionales se tenga en cuenta el enfoque de género.

El Tribunal colombiano utiliza la jurisprudencia de la Corte interamericana como un argumento de autoridad, tanto de forma explícita como implícita. En su jurisprudencia pocas veces hace referencia expresa a la jurisprudencia de la Corte IDH, pero la utilización de los argumentos de esta es evidente. La CCC ha confirmado que la Corte IDH es el órgano idóneo para tratar asuntos sobre derechos humanos continentales; en especial, cuando el Estado vulnera los derechos de las mujeres. Esta afirmación de la CCC se produjo al realizar el control de constitucionalidad de la Ley que permitió la inclusión en el ordenamiento colombiano de la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belén Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994”. Por otra parte, ambas cortes comparten el argumento de que la discriminación por razones de género es de orden estructural. En las líneas que siguen vamos a analizar la triple naturaleza de la jurisprudencia constitucional colombiana en relación con el uso de argumentos de autoridad de la Corte Interamericana.

#### 4.2.1. *La Corte Constitucional y la Convención de Belén Do Para (1994)*

La primera interrelación importante entre la Corte IDH y la Corte Constitucional de Colombia se realizó cuando esta llevó a cabo el control de constitucionalidad de la Ley N° 248 del 29 de diciembre de 1995, “por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belén Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994” por la Asamblea de la Organización de los Estados Americanos<sup>676</sup>. Los argumentos de la Corte Constitucional condujeron a la declaración de constitucionalidad de la Ley N° 248 de 1995, revelando aspectos que serán determinantes para el reconocimiento de autoridad de la Corte IDH en los temas de género, y, en especial en la protección de los derechos humanos de la mujer.

La Corte Constitucional de Colombia reconoce tres dimensiones relacionadas que nos permiten afirmar el reconocimiento explícito de la Corte IDH como máximo intérprete de la CADH y el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH a efectos de pronunciamientos del Tribunal colombiano .

En su exposición, la CCC reconoce que la finalidad de la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer* está en armonía con otros instrumentos internacionales adoptados por el país

---

<sup>676</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 408 – 1996.

con el objetivo de eliminar la discriminación contra la mujer<sup>677</sup>, pero que este tiene una particular importancia porque constituye el primer tratado que incluye la erradicación de la violencia contra la mujer tanto en la esfera pública como en la privada. Una vez dado este paso de armonización entre la finalidad de la Convención y los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, la CCC determinó su conformidad con el orden constitucional, que entendió que es conforme con los valores, principios y derechos consagrados en la Carta Política de 1991<sup>678</sup>, aunque,

“algunos podrían considerar que, en estricto rigor lógico y conceptual, el presente convenio resulta innecesario, pues la mujer es persona, y los derechos de las personas ya se encuentran consagrados y protegidos, tanto por los tratados de derechos humanos como por la propia Constitución [...] la práctica de violencia y discriminación contra la mujer se encuentran muy extendidas, pues son un ejercicio de poder que deriva en gran medida de las relaciones inequitativas que subsisten entre mujeres y hombres. Por ello la Corte considera que, como bien lo señalan varios intervinientes, la exposición de motivos gubernamental y los debates en las Cámaras, el presente instrumento jurídico tiene gran importancia dentro del contexto social internacional y colombiano pues las distintas modalidades de violencia afectan la dignidad, la vida y la

---

<sup>677</sup> Señala la Corte CC en la Sentencia 408 – 1996: “el Convenio 100 de la O.I.T, en vigor internacionalmente desde el 23 de mayo de 1953, prohíbe la discriminación salarial por razón del sexo. Por su parte, la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada por Colombia por la Ley 51 de 1981 y ratificada el 19 de enero de 1982, obliga a los Estados a tomar medidas con el fin de erradicar todas las formas allí consignadas de discriminación de la mujer”.

<sup>678</sup> La Corte Constitucional en la Sentencia 408 – 1996 reafirma que “no sólo la mujer, debe ser protegida en su dignidad y derechos constitucionales, como toda persona (CP art. 1º y 5º), por lo cual el Estado tiene el deber de librarla de la violencia (CP art. 2º), sino que, además, de manera específica, la Constitución proscribire toda discriminación contra la mujer y ordena la realización de la igualdad de derechos y oportunidades entre hombre y mujer (CP art. 43)”.

integridad de las mujeres en muy diversas formas. Así, de manera directa se lesiona su integridad física pero igualmente se vulnera su afectividad, se deteriora su autoestima, con lo cual se socava su autonomía y se desconoce su dignidad como persona<sup>679</sup>.

La CCC viene a reconocer que la violencia y la discriminación contra la mujer es uno de los obstáculos más determinantes para el goce y disfrute de sus derechos fundamentales, que se expresan tanto en un sistema estructural o social, como desde las propias instituciones del Estado, por lo que la *Convención de Belém de Pará* viene a reforzar el ordenamiento jurídico colombiano y contribuye a superar un fenómeno profundo que afecta a la vida de las mujeres y de la sociedad colombiana.

La CCC adopta una postura garantista al reconocer que, según la doctrina y la jurisprudencia internacionales en materia de derechos humanos, los Estados adquieren los deberes de respetar los derechos reconocidos por los tratados, así como de garantizar el goce de los derechos fundamentales dentro de su jurisdicción. La CCC recuerda las obligaciones derivadas del artículo 1.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, recordando la interpretación de dicha disposición que había hecho la Corte IDH, de la forma que sigue:

“La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad

---

<sup>679</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 408 – 1996, párr. 6.

humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Como ya lo ha dicho la Corte en otra ocasión:

(...) la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que solo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Seria A Nº 6 Párr. 21).

La segunda obligación de los Estados Partes es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reaparición de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”<sup>680</sup>.

---

<sup>680</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 408 – 1996.

La CCC se basa en la interpretación que hace la Corte IDH de los deberes de los Estados, y considera que esta es expresión de respeto y garantía de los derechos humanos de la mujer, “obligaciones que se encuentran adquiridas al suscribir la Convención Interamericana, conforme lo señalado por la Corte Interamericana” y, en consecuencia:

“[...] es natural que el Estado colombiano y sus agentes estén obligados a abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer, y deban modificar o abolir las leyes y los reglamentos vigentes que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer como lo establecen los literales a) y f). Igualmente, en función del deber de garantía, el Estado colombiano tiene no sólo la obligación de actuar, con la debida diligencia, para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer sino que le corresponde también adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad, como lo ordenan los literales b) y c)”<sup>681</sup>.

Una vez que la CCC estableció que la Convención es conforme con el orden constitucional y que el Estado tiene el deber de proteger los derechos humanos consignados en la CADH, pasó a valorar los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En opinión de la CCC, dado que el sistema interamericano de derechos humanos se basa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los individuos pueden denunciar las violaciones de

---

<sup>681</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 408 – 96, párr. 17.

derechos que sufran por parte del Estado ante la Comisión Interamericana de derechos humanos, y, en caso de ser procedente, hacer lo propio ante la Corte Interamericana. Esta declaración le permitió aceptar la jurisprudencia de la Corte IDH y, en consecuencia, a sus interpretaciones de la Convención de Belén Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994, lo que hizo de la forma que sigue::

“Igualmente, en nada vulnera la soberanía que nuestro país admita que se requiera a la Corte Interamericana para que emita opiniones consultivas relacionadas con los alcances de la Convención (art. 11), pues si ese tribunal es el máximo intérprete judicial de los alcances de los tratados de derechos humanos adoptados en el marco de la Organización de Estados Americanos, es lógico que nuestro país acoja sus criterios jurisprudenciales, tanto en los casos contenciosos como consultivos, pues la propia Constitución señala que los derechos y deberes deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93). En ese orden de ideas, si Colombia ya ha ratificado la Convención Interamericana y ha aceptado como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de los tratados de derechos humanos (art. 62), es razonable que Colombia acepte que ese tribunal sea también el máximo intérprete internacional del presente tratado”<sup>682</sup>.

---

<sup>682</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 408 – 1996, párr. 24

#### 4.2.2. Género y discriminación “estructural”: argumentos explícitos de la Corte constitucional colombiana

Un punto evidente de conexión entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia y la de Corte Interamericana de Derechos Humanos es el reconocimiento de la discriminación estructural que sufre la mujer; es decir, la afirmación de que existe un patrón de clasificación e inferiorización basado en el sexo e instrumentalizado en roles sociales y estereotipos que promueven diferentes formas de violencias contra la mujer, como la violencia sexual contra su cuerpo y psicología, algo que afirmó la Sentencia C – 335 de 2013 de la CCC, en la que hizo uso expreso de la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>683</sup>.

La CCC considera discriminación contra la mujer “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer (...)”, mientras que entiende por violencia contra la mujer “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer”, asumiendo así la defonición de ambas tipologías de la jurisprudencia de la Corte IDH. En su opinión, se trata de fenómenos profundamente arraigados en la estructura social colombiana, lo que expresa de la siguiente forma:

“La discriminación y la violencia contra la mujer están a su vez fundados sociológicamente en *prejuicios y estereotipos* de

---

<sup>683</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C – 335 – 2013. La CCC tiene una jurisprudencia sólida al respecto, ver las sentencias T – 462 - 2018, T – 338 - 2018, T – 438 – 2020 y T – 387 - 2020.



género que han motivado la idea de la independencia, dominancia, agresividad, e intelectualidad del hombre y de la emotividad, compasión y sumisión de la mujer, situación que ha causado una desafortunada discriminación de las mujeres en roles intelectuales y de liderazgo que históricamente ha sido reforzada mediante la violencia, a través de la agresividad masculina aprendida en la infancia como estereotipo y luego desarrollada como forma de dominación”<sup>684</sup>.

Más de una década antes, la CCC había iniciado un examen sobre la desigualdad entre hombres y mujeres (Sentencia C-371 de 2000), con ocasión de la revisión constitucional del proyecto de ley estatutaria N°62/98 Senado y 158/98 Cámara, que reglamentaba la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución, y se establecían otras disposiciones. Esta sentencia permite entender mejor la evolución experimentada en la jurisprudencia de la CCC en la materia y la forma en que ha ido incluyendo en ella la de la Corte IDH.

La sentencia C-371 de 2000 no recurre expresamente a la jurisprudencia de la Corte IDH, pese a lo cual son evidentes las similitudes de ambas, que coinciden en afirmar que la discriminación estructural se produce tanto en la sociedad como en la administración del Estado. Debe recordarse que la Corte IDH ya lo había afirmado en el *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) V. México*, de 16 de noviembre de 2009, en cuya sentencia abordaba asuntos relacionados con la violencia y los derechos humanos. En un ámbito distinto

---

<sup>684</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 335 – 2013, punto 3.4.1.5. (el destacado es nuestro).

(aspectos administrativos y participación y representación de la Mujer en el Estado) pero con la misma contundencia, la CCC destaca que, pese a que la participación en paridad de mujeres y hombres en los cargos del Estado está establecida por ley, en la realidad la misma no es efectiva. Ambos tribunales coinciden en señalar que existe una desconexión evidente entre la formalidad legal y la práctica estatal.

La CCC afirma en sus sentencias C-371 de 2000 y T-293 de 17 que a pesar de que las mujeres cuentan con capacidades y títulos profesionales equiparables a los de los varones, la discriminación es un patrón insertado en la práctica del Estado que hace que las mujeres no puedan optar a cargos importantes de representación. Sin decirlo expresamente, la CCC recoge los criterios establecidos por la Corte IDH: la cultura machista también se encuentra inserta en la cultura burocrática y administrativa, lo que se refleja tanto en el acceso a la justicia de mujeres que sufren violencia y discriminación como en el acceso a la participación en los cargos importantes del Estado.

La CCC toma como argumento de autoridad a la Corte Interamericana de Derechos Humanos al reproducir su jurisprudencia, que reconoce que la “violencia contra las mujeres es una manifestación de las relaciones de poder históricamente (...) que ha trascendido a todos los sectores de la sociedad”<sup>685</sup>. De manera explícita cita los argumentos de la Corte IDH de la siguiente manera:

“Este Tribunal recuerda, como lo señala la Convención de Belém do Pará, que la violencia contra la mujer no solo

---

<sup>685</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 335 – 2013 y Sentencia T – 027 – 2017.

constituye una violación de los derechos humanos, sino que es ‘una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres’, que ‘trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases’ ”<sup>686</sup>.

Por otro lado, tal como señalaron la Corte IDH y la Relatora sobre la Violencia contra la Mujer de la ONU, la violencia puede utilizarse como un mecanismo para reforzar la discriminación y la dominación masculina cuando se presentan cambios en los roles tradicionales de la mujer:

“La incapacidad de los hombres para desempeñar su papel tradicionalmente machista de proveedores de sustento conduce al abandono familiar, la inestabilidad en las relaciones o al alcoholismo, lo que a su vez hace más probable que se recurra a la violencia. Incluso los casos de violación y asesinato pueden interpretarse como intentos desesperados por aferrarse a normas discriminatorias que se ven superadas por las cambiantes condiciones socioeconómicas y el avance de los derechos humanos”.

En algunos sectores de la sociedad, cuando la mujer obvia el estereotipo de género, asumiendo roles tradicionalmente asumidos por los hombres, es frecuente que sufran rechazo y que se produzcan agresiones contra su integridad física, moral y sexual<sup>687</sup>. La Corte Interamericana de Derechos Humanos puso de relieve esta situación en la sentencia del *Caso Campo*

---

<sup>686</sup> *Ibidem*.

<sup>687</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 063 – 15. En este caso, la Corte reconoce derecho a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y al reconocimiento de la personalidad jurídica, como fuentes básicas de la identidad sexual y de género.

*Algodonero v. México*, en la cual afirmó que la llegada de empresas maquiladoras al Norte de México generó la contratación masiva de mujeres, que cambiaron sus roles tradicionales al convertirse en proveedoras del hogar, lo que tuvo un importante rechazo por parte de muchos hombres, que demostraron a través de la violencia.

La CCC recuerda que tanto la *Recomendación General No. 19*, adoptada por el *Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*, como su confirmación por la Corte Interamericana, confirman que la violencia contra la mujer es una expresión de la discriminación que dificulta o impide que esta disfrute de libertades y derechos en las mismas condiciones que los hombres, y afirma, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte IDH, que su eliminación constituye un compromiso que corresponde tanto a los Estados como a la comunidad internacional. En este sentido, la CCC establece que es un deber del Estado promover no solo herramientas jurídicas sino también sociales para que se produzcan los cambios necesarios para garantizar el respeto de los derechos humanos de las mujeres, tal como había señalado previamente la Corte IDH en el *Caso Campo Algodonero v. México*.

En consecuencia, y recordando la jurisprudencia de la Corte IDH, la CCC establece que la discriminación y la violencia contra la mujer en Colombia constituyen un patrón arraigado en la historia, la sociedad y el Estado. Lo hace de la forma que sigue:

“La mujer ha padecido históricamente una situación de desventaja que se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad y especialmente a la familia, a la educación y al trabajo. Hasta hace solamente algunas décadas, las mujeres en Colombia tenían *restringida su ciudadanía, se les*

*equiparaba a los menores y dementes en la administración de sus bienes, no podían ejercer la patria potestad, se les obligaba a adoptar el apellido del marido, agregándole al suyo la partícula 'de' como símbolo de pertenencia, entre otras limitaciones (...)*

Esta situación ha tenido su origen en la cultura y en la propia sociedad, pero también se ha visto reflejada muy especialmente en la legislación que durante años estableció un trato diferenciado e injusto de sometimiento de las mujeres (...)

Esta marcada discriminación histórica hacia la mujer no solamente afectó su independencia e igualdad sino que se convirtió en un catalizador de la violencia de género (...)

En este campo debe destacarse la especial vulnerabilidad que tiene la mujer en el conflicto armado frente a la violencia y a la discriminación, que ha hecho que en muchos casos se haya utilizado la violencia sexual contra las mujeres como estrategia de dominación (...)<sup>688</sup>.

Por todo ello, debe afirmarse que, desde la década de los años noventa, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha promovido un conjunto de decisiones sobre los derechos de las mujeres armonizando sus posiciones con los tratados internacionales y continentales, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los informes y comunicaciones de otros organismos internacionales, en relación, especialmente, con las negativas repercusiones que ha tenido para las mujeres el conflicto armado en Colombia, que indudablemente ha contribuido a exacerbar y profundizar la discriminación,

---

<sup>688</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-335 – 2013. La Corte ha sostenido a lo largo de su jurisprudencia la situación de discriminación estructural que afrontan las mujeres, ver sentencias como la T – 012 – 2016 y la T – 735 – 2017.

exclusión y violencia de género preexistentes, y muy especialmente, practicada contra mujeres indígenas, afrocolombianas y marginadas<sup>689</sup>.

#### *4.2.3. El derecho a la vida y a la integridad de la mujer*

La CCC coincide con la Corte IDH en las cuestiones principales en la perspectiva de género, aunque evita citar expresamente su jurisprudencia.

En la sentencia T-848 de 2005, la Corte analizó el derecho de las mujeres a la dignidad humana y a no ser sometidas a tratos crueles inhumanos o degradantes, en relación con el trato que recibían las mujeres cuando realizaban visitas conyugales, en las que los funcionarios de prisiones llegaban a prohibirlas con el argumento de que estas estaban atravesando el periodo menstrual. La Corte exigió a las directivas del penal que tomaran las medidas pertinentes para evitar tales vulneraciones de derechos de las mujeres, por encontrarse en una situación de mayor vulnerabilidad<sup>690</sup>. La sentencia tuvo

---

<sup>689</sup> Corte Constitucional de Colombia, Auto 092 – 08, sobre protección de los derechos fundamentales de las mujeres víctimas del desplazamiento forzado por causa del conflicto armado, en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T – 025 – 2004, después de la sesión pública de información técnica realizada el 10 de mayo de 2007 ante la Sala Segunda de Revisión. Señala los siguientes organismos: “la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de vigilancia del cumplimiento de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, la Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre el Racismo, la Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, UNICEF, y prestigiosas y serias entidades internacionales promotoras de los derechos humanos tales como Amnistía Internacional, el Comité Internacional de la Cruz Roja y Human Rights Watch”.

<sup>690</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 848 – 2005. Con respecto a las mujeres en centro penitenciarios, en la sentencia T – 267 – 2018 señaló que el juez de tutela no puede, excusado en la existencia de un estado de cosas inconstitucional en esta materia, incurrir en un déficit de protección de los derechos fundamentales de las mujeres que se hayan bajo tutela del Estado por encontrarse privadas de la libertad.

especial relevancia porque la instancia judicial previa había considerado que impedir las visitas por estar pasando el periodo menstrual no vulneraba derecho alguno y que era una medida de seguridad razonable:

“En cuanto a la prohibición de la entrada de mujeres con periodo menstrual a las instalaciones del centro penitenciario, la Juez encontró que la medida no vulneraba los derechos constitucionales de las visitantes.

Debemos precisar también que el hecho de no permitir el ingreso al penal de las mujeres que se encuentran con el período menstrual, lejos de corresponder a una decisión aislada y circunstancial para introducir elementos que desestabilicen el orden y la seguridad de la población carcelaria cuando no es que ‘disfrazan’ tal circunstancia colocando en sus genitales elementos que (...) simulen esta condición.

Se desprende de lo anterior que por manera alguna se violan derechos fundamentales de ninguna índole, por cuanto abstenerse de un día de visita en las condiciones antes dichas no afecta ni pone en peligro inminente ningún derecho alguno de las visitantes y mucho menos del interno visitado”.

El juez que decidió en la instancia previa demostró un soberano desconocimiento de las relaciones de género y, por tanto, dio por bueno lo que, a todas luces, constituye una vulneración de los derechos fundamentales de la mujer. La CCC decidió reiterar:

“(…) la orden impartida por la sentencia T-622 de 2005 ‘al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- que instruya a las autoridades carcelarias y penitenciarias a fin de que inmediatamente cesen los procedimientos que obligan a quienes visitan a los internos (...) a someterse a requisas, registros, comprobaciones y tactos sobre sus cuerpos a fin de

detectar elementos prohibidos, especialmente en sus zonas genitales y, en el caso de las mujeres, a no impedir su entrada cuando se encuentran en su período menstrual'. De igual forma, se deberán tomar las medidas necesarias para que también cesen inmediatamente las requisas degradantes a los reclusos de la Cárcel Distrital de Manizales”.

Al igual que la Corte IDH en el *caso del Penal “Miguel Castro Castro” Vs. Perú* (2006), la CCC se pronunció sobre los derechos de las mujeres internas o reclusas embarazadas, reiterando implícitamente la jurisprudencia del tribunal internacional, al reafirmar la importancia de promover y/o aplicar una legislación especial para las mujeres que se encuentran en esa situación, en los siguientes términos:

“La reciente jurisprudencia de esta Corporación ha dejado en claro que la mujer embarazada tiene derecho a gozar de una especial protección en su trabajo, pues la Constitución y los tratados internacionales imponen al Estado y a la sociedad la obligación de respetar el derecho de la mujer, en embarazo o en período de lactancia, a gozar de una ‘estabilidad laboral reforzada’. En efecto, el Legislador ha considerado ilegal todo despido cuyo motivo sea el embarazo o la lactancia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo. Igualmente, la Sala Plena de esta Corporación señaló que el despido en los periodos legalmente amparados dentro de la maternidad y de la lactancia, sin que medie autorización previa del funcionario competente, será considerado nulo”<sup>691</sup>.

---

<sup>691</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 426 - 1998.



La CCC reconoce igualmente en su jurisprudencia –al igual que la Corte IDH- un impacto diferencial y agudizado en el caso de las mujeres en situaciones de conflicto armado, al afirmar que, en el marco de un conflicto armado, las mujeres se encuentran expuestas a riesgos específicos por su propia condición de mujeres, que enumera en un decálogo que, por su interés, reproducimos en las líneas que siguen.

“(i) el riesgo de violencia sexual, explotación sexual o abuso sexual en el marco del conflicto armado;

(ii) el riesgo de explotación o esclavización para ejercer labores domésticas y roles considerados femeninos en una sociedad con rasgos patriarcales, por parte de los actores armados ilegales;

(iii) el riesgo de reclutamiento forzado de sus hijos e hijas por los actores armados al margen de la ley, o de otro tipo de amenazas contra ellos, que se hace más grave cuando la mujer es cabeza de familia;

(iv) los riesgos derivados del contacto o de las relaciones familiares o personales -voluntarias, accidentales o presuntas- con los integrantes de alguno de los grupos armados ilegales que operan en el país o con miembros de la Fuerza Pública, principalmente por señalamientos o retaliaciones efectuados *a posteriori* por los bandos ilegales enemigos;

(v) los riesgos derivados de su pertenencia a organizaciones sociales, comunitarias o políticas de mujeres, o de sus labores de liderazgo y promoción de los derechos humanos en zonas afectadas por el conflicto armado;

(vi) el riesgo de persecución y asesinato por las estrategias de control coercitivo del comportamiento público y privado de las personas que implementan los grupos armados ilegales en extensas áreas del territorio nacional;

(vii) el riesgo por el asesinato o desaparición de su proveedor económico o por la desintegración de sus grupos familiares y de sus redes de apoyo material y social;

(viii) el riesgo de ser despojadas de sus tierras y su patrimonio con mayor facilidad por los actores armados ilegales dada su posición histórica ante la propiedad, especialmente las propiedades inmuebles rurales;

(ix) los riesgos derivados de la condición de discriminación y vulnerabilidad acentuada de las mujeres indígenas y afrodescendientes; y

(x) el riesgo por la pérdida o ausencia de su compañero o proveedor económico durante el proceso de desplazamiento”<sup>692</sup>.

En opinión de la CCC, los impactos del conflicto armado en las relaciones de género no son colaterales o accidentales. Las diferentes violencias (sexual, físico o psicológica) contra las mujeres son estrategias de guerra que se producen cuando los actores armados (legales o ilegales) penetran en sus territorios. El cuerpo de las mujeres, niñas y niños, se convierte un terreno al que se extiende la confrontación militar. Esta situación se produce con bastante regularidad en el marco de los conflictos armados tanto en el momento de la acción militar como después.

---

<sup>692</sup> Corte Constitucional de Colombia, Auto 092 – 2008. En el mismo sentido, pero con el reconocimiento de la importancia de un enfoque diferenciado para los programas de reparación en los casos de violencia contra las mujeres en el marco de conflicto armado, la Corte mediante sentencia T – 718 – 2017 ordenó diseñar, ajustar e implementar una forma factible para que las víctimas participen en la identificación de daños y medidas de reparación colectiva que estén directamente orientadas a reparar el tejido social de los “Saladefños” y transformar paulatinamente las condiciones estructurales de discriminación y violencia a la mujer que facilitaron o causaron los hechos delictivos.

En los casos de desplazamiento forzado o expulsión de sus territorios, las mujeres se ven expuestas al abuso sexual, a la trata de blancas o a la esclavitud. Usualmente en la guerra se persigue el control de territorios, por lo que el desplazamiento, la eliminación física de la población o la sujeción a la nueva autoridad son prácticas desgraciadamente recurrentes. En este sentido, la CCC considera necesario identificar los riesgos de género en el conflicto armado colombiano, especialmente, destaca la violencia sexual por grave y recurrente.

De forma parecida a como hiciera en su Sentencia T-426-98, a través en el Auto 092-2008, y a partir de las denuncias históricas realizadas por víctimas y ONGs enumeró los principales actos que violan los derechos humanos de las mujeres:

“(a) actos de violencia sexual perpetrados como parte integrante de operaciones violentas de mayor envergadura - tales como masacres, tomas, pillajes y destrucciones de poblados-, cometidos contra las mujeres, jóvenes, niñas y adultas de la localidad afectada, por parte de los integrantes de grupos armados al margen de la ley;

(b) actos deliberados de violencia sexual cometidos ya no en el marco de acciones violentas de mayor alcance, sino individual y premeditadamente por los miembros de todos los grupos armados que toman parte en el conflicto, que en sí mismos forman parte (i) de estrategias bélicas enfocadas en el amedrentamiento de la población, (ii) de retaliación contra los auxiliares reales o presuntos del bando enemigo a través del ejercicio de la violencia contra las mujeres de sus familias o comunidades, (iii) de retaliación contra las mujeres acusadas de ser colaboradoras o informantes de alguno de los grupos armados enfrentados, (iv) de avance en el control territorial y

de recursos, (v) de coacción para diversos propósitos en el marco de las estrategias de avance de los grupos armados, (vi) de obtención de información mediante el secuestro y sometimiento sexual de las víctimas, o (vii) de simple ferocidad;

(c) la violencia sexual contra mujeres señaladas de tener relaciones familiares o afectivas (reales o presuntas) con un miembro o colaborador de alguno de los actores armados legales e ilegales, por parte de sus bandos enemigos, en tanto forma de retaliación y de amedrentamiento de sus comunidades;

(d) la violencia sexual contra las mujeres, jóvenes y niñas que son reclutadas por los grupos armados al margen de la ley, violencia sexual que incluye en forma reiterada y sistemática:

(i) la violación, (ii) la planificación reproductiva forzada, (iii) la esclavización y explotación sexuales, (iv) la prostitución forzada, (v) el abuso sexual, (vi) la esclavización sexual por parte de los jefes o comandantes, (vii) el embarazo forzado, (viii) el aborto forzado y (ix) el contagio de infecciones de transmisión sexual;

(e) el sometimiento de las mujeres, jóvenes y niñas civiles a violaciones, abusos y acosos sexuales individuales o colectivos por parte de los miembros de los grupos armados que operan en su región con el propósito de obtener éstos su propio placer sexual;

(f) actos de violencia sexual contra las mujeres civiles que quebrantan con su comportamiento público o privado los códigos sociales de conducta impuestos *de facto* por los grupos armados al margen de la ley en amplias extensiones del territorio nacional;

(g) actos de violencia sexual contra mujeres que forman parte de organizaciones sociales, comunitarias o políticas o que se desempeñan como líderes o promotoras de derechos

humanos, o contra mujeres miembros de sus familias, en tanto forma de retaliación, represión y silenciamiento de sus actividades por parte de los actores armados;

(h) casos de prostitución forzada y esclavización sexual de mujeres civiles, perpetrados por miembros de los grupos armados al margen de la ley; o

(i) amenazas de cometer los actos anteriormente enlistados, o atrocidades semejantes”<sup>693</sup>.

El cuidado y sistemática especificidad con la que la Corte concreta las amenazas a que están expuestas las mujeres por el hecho de serlo, tienen una especial relevancia dado que no tiene competencia para verificar fácticamente ni valorar jurídicamente desde la perspectiva penal la perpetración de estos crímenes. Sin embargo, por su peso en el orden judicial y por la posterior transmisión de los casos, hechos y declaraciones a los órganos penales pertinentes, este auto fortalece la perspectiva de género en el conjunto de la jurisprudencia del país.

Por si fuera poco, la CCC afirma que las mujeres desplazadas por el conflicto armado son sujetos de especial protección constitucional, en virtud de los mandatos de la Carta Política y de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario, recordando entre otros instrumentos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

---

<sup>693</sup> Corte Constitucional de Colombia, Auto 092-2008.

#### *4.2.4. El acceso a la administración de justicia: el recurso judicial efectivo de la Corte IDH*

Tanto la Corte IDH como la CCC reconocen que la administración de justicia incurre en importantes errores en casos de discriminación y violencia física y psicológica contra la mujer, que derivan en la violación tanto de derechos constitucionales y legales del orden nacional como de derechos consagrados en la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Por tal razón, en sus argumentos, la CCC recupera el concepto de recurso judicial efectivo establecido por la Corte IDH, para afirmar que la vulneración del derecho de acceso a la justicia se produce en el caso de las mujeres cuando la administración de justicia no desarrolla y aplica herramientas efectivas para atender la defensa de sus derechos fundamentales.

Este aspecto ha sido abordado en la Sentencia T-241 de 2016, donde la Corte Constitucional, consideró que “en los casos concernientes a violencia contra mujeres, la investigación es la etapa de mayor importancia procesal, pues es allí donde pueden obtenerse los elementos probatorios necesarios para brindar una tutela efectiva de los derechos que les asisten”. Se trata del caso de una mujer víctima de la violencia física y psicológica de su exesposo. La víctima fue en dos ocasiones a la Comisaría de Familia -instituciones que brindan apoyo a la familia en los ámbitos jurídicos y psicosocial, asesorándoles sobre cómo ejercer sus derechos- que decretó medidas de protección para la mujer. El victimario recurrió estas medidas y el juez decretó el levantamiento de las mismas. Ejerciendo el derecho constitucional de tutela, la víctima recurrió el caso ante la CCC alegando que el juez había ignorado las pruebas que ella

misma había aportado. La CCC le dio la razón afirmando que el juez no había tenido en cuenta ni había valorado acertadamente las pruebas presentadas.

En este sentido, y pese a que en la Constitución establece que el acceso a la justicia es un derecho fundamental, la CCC señaló que “la justicia estatal formal no siempre es efectiva, en especial cuando no se han previsto recursos judiciales idóneos y suficientes que faciliten la solución pacífica de los conflictos”, lo que es especialmente grave en el caso de “sujetos de especial protección”<sup>694</sup>. La Corte basó su decisión en la jurisprudencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, retomando los argumentos esgrimidos por esta sobre el derecho a un recurso judicial efectivo.

En la Sentencia T – 241 de 2016, la Corte colombiana contextualiza el desarrollo jurídico del sistema interamericano de derechos humanos y recuerda que deben existir recursos judiciales idóneos y efectivos para la defensa de los derechos de las mujeres víctimas de violencia<sup>695</sup>, asumiendo la definición de este derecho de acceso a la justicia realizado por la Corte IDH:

---

<sup>694</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 241 – 2016.

<sup>695</sup> El magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, de la Corte Constitucional Colombiana recuerda: “la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, constituyen el marco jurídico interamericano para la protección de la mujer y la garantía que a ella le asiste en acceder a un recurso judicial sencillo y eficaz en la defensa de sus derechos.”

Los artículos XVIII de la Declaración Americana y 8 y 25 de la Convención Americana establecen que todas las personas tienen el derecho a acceder a recursos judiciales y a ser oídas, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial cuando creen que sus derechos han sido violados. La protección de estos derechos se ve reforzada por la obligación general de respetar, impuesta por el artículo 1.1 de la Convención Americana.

La tutela judicial efectiva de los derechos de las mujeres víctimas de violencia debe ser amparado en atención a políticas criminales no discriminatorias, en concordancia con el

“el derecho de todo individuo de acceder a un tribunal cuando alguno de sus derechos haya sido violado --sea éste un derecho protegido por la Convención, la Constitución o las leyes internas del Estado-- de obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en la que se establezca la existencia o no de la violación y se fije, cuando corresponda, una compensación adecuada”.<sup>696</sup>

Recuerda que los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen el derecho de todas las personas a disfrutar de un recurso efectivo ante los jueces y tribunales y que es un deber de todos los Estados partes de la Convención Americana garantizar el acceso a la justicia, de sus recursos y del cumplimiento de las decisiones de la Corte. Tal y como señalaba la Corte IDH en el *Caso Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos*, el recurso judicial efectivo:

“no se reduce simplemente a la mera existencia de los tribunales o procedimientos formales o aún a la posibilidad de recurrir a los tribunales, sino que los recursos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso, en los términos de aquel precepto”<sup>697</sup>.

En este sentido, tal y como estableciera la Corte IDH en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, no es suficiente el reconocimiento constitucional o legal del derecho a un juicio

---

artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece el derecho a la igualdad ante la ley que les asiste y, el artículo 1.1 que como ya se dijo le impone una obligación general de respeto al Estado sobre la Convención”, Sentencia T – 241 – 2016.

<sup>696</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 241 - 2016.

<sup>697</sup> *Ibidem*.



efectivo, sino que es necesario que sea idóneo en la práctica para que se pueda concluir si el funcionario judicial incurrió o no en la violación de los derechos humanos del recurrente. La CCC reforzará sus argumentos con el *Caso Usón Ramírez v. Venezuela*, donde la Corte IDH entendió de la demanda interpuesta por un ciudadano contra Venezuela por la vulneración de los derechos consagrados en los citados artículos 8 y 25 de la CADH, donde nuevamente se reiteró que “no basta con que los recursos existan formalmente, sino que también es necesario que sean efectivos, es decir, que sean idóneos para combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente”. De forma similar, la Corte Constitucional retoma el *caso Mejía Idrovo V. Ecuador (2011)*, para reiterar que la existencia del recurso judicial no es suficiente si no es efectivo, recuperando las palabras de la Corte IDH:

“(…) no basta con que esté previsto [el recurso judicial] por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios”.

La Corte Constitucional introdujo en sus consideraciones la afirmación que la Corte IDH realizó en el *caso Norín Catrimán y otros v. Chile*, en virtud de la cual se estableció que la protección judicial efectiva debe ser una garantía primordial acorde con el debido proceso legal; es decir, permitiendo el acceso a instancias superiores y los recursos pertinentes para la revisión de sentencias. Pero especialmente, recuerda que el sentido dado por la Corte IDH a los recursos efectivos y a las garantías procesales deben ser vistos a través del

prisma de la cesación de la situación violatoria de derechos, la no repetición de actos lesivos y el libre ejercicio de los derechos consagrados en la Convención Americana.

En el conjunto de sus valoraciones, recogidas en la Sentencia T-241-16 la CCC señaló lo siguiente:

“Llama la atención de esta Corporación los obstáculos que tuvo que afrontar la demandante para obtener una respuesta por parte de las autoridades a las que acudió y que le impidieron acceder a la administración de justicia. La Sala resalta que asuntos como el que es objeto de estudio en esta decisión, los jueces deben ser respetuosos del estándar internacional y adoptar un enfoque de género en el estudio de los casos concretos que permitan administrar justicia de manera efectiva<sup>698</sup>.

Finalmente, la jurisprudencia de la CCC estableció las características principales que debe tener un recurso judicial para que pueda ser considerado efectivo de conformidad con los argumentos señalados por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en los casos citados:

- “(i) recurso ordinario, en este entendido el derecho a interponerlo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada;
- (ii) recurso accesible, las formalidades requeridas para su admisión deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente;

---

<sup>698</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 241 – 2016.

- (iii) recurso eficaz, ya que no basta con su existencia formal, sino que éste debe permitir que se obtengan resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido;
- (iv) recurso que permita un examen o revisión integral del fallo recurrido;
- (v) recurso al alcance de toda persona condenada;
- (vi) recurso que respete las garantías procesales mínimas<sup>699</sup>.

---

<sup>699</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T – 241 - 2016, T – 184 – 2017 y T – 735 – 2017.



## **CONCLUSIONES**



1. La efectiva incorporación del Derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno de los Estados pasa no solo por el reconocimiento del catálogo de derechos fundamentales establecidos por los tratados o la aceptación por los Estados de los mecanismos de protección jurisdiccional instaurados en ellos, sino también por el respeto del contenido material de dichos derechos y su garantía efectiva. En este sentido, y con las matizaciones que hemos ido haciendo a lo largo de la presente Tesis Doctoral, cabe afirmar que *la jurisprudencia de la Corte IDH es obligatoria para los Estados Parte en la Convención*. Como intérprete autorizada de la Convención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene como principal cometido determinar el contenido material de las disposiciones recogidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, a la luz del contexto histórico en el que toma sus decisiones. Esta dimensión objetiva de la protección ha derivado en el establecimiento de un mínimo común de garantía que constituye el *ius commune* del orden público latinoamericano, y que, a su vez, se fundamenta en los valores superiores que la comunidad internacional ha decidido defender y que han tenido como consecuencia la matización del voluntarismo de antaño que caracterizaba el Derecho Internacional. La interpretación de los tratados de derechos humanos no se basa ya en el principio de reciprocidad, que justificaba una interpretación restrictiva de las obligaciones de los Estados, sino en la máxima protección de la persona humana, sobre la base del principio de la interpretación más favorable o *pro homine*. La garantía colectiva como representación efectiva del reconocimiento por parte de la comunidad internacional del valor superior de la dignidad humana fundamenta la progresiva expansión del contenido material de los

derechos humanos hecha por la Corte IDH, que no es cualquier contenido, sino aquel que es útil a ese valor superior, y a la vez, los efectos *erga omnes* de su jurisprudencia. Es esta lógica, uno de las aportaciones más importantes de la Corte IDH es el desarrollo del control de convencionalidad, que concreta la convergencia entre el DIDH y el derecho nacional en torno a la identidad del objetivo superior y colectivo de la protección de la persona humana.

2. De ahí que, a pesar de los avances y retrocesos producidos en el largo camino hacia la aceptación del carácter obligatorio de la jurisprudencia de la Corte IDH, paralelamente se haya producido un fenómeno que ha contribuido a una mayor protección de los derechos de las víctimas. Si, por una parte, la Corte IDH ha ido progresivamente ampliando tal protección, por otra, se ha producido *un desarrollo importante del “constitucionalismo regional” de los derechos humanos*, en el que la Corte IDH ha venido a desempeñar algunas funciones propias de un Tribunal constitucional con respecto a la CADH como la interpretación y aplicación de la CADH. Y en ese proceso, que no es unidireccional, el diálogo de los jueces interamericanos y los jueces internos, especialmente los constitucionales, han adquirido una enorme importancia. La jurisprudencia de la Corte Interamericana establece el sentido y el alcance de las disposiciones de la Convención y otros tratados bajo su competencia y determina el contenido de los derechos allí protegidos, de forma que los Estados conozcan sus obligaciones y garanticen su pleno cumplimiento y efecto útil en el plano interno. Aunque esta jurisprudencia actúa solo de forma complementaria, no existe una división en el sistema de protección de los derechos humanos; las dimensiones nacional e internacional son complementarias, de forma que los ordenamientos nacionales ya no se rigen



solo por las normas constitucionales, sino también por las del sistema interamericano de forma que todas sus normas y prácticas deben ser compatibles con la Convención. El control de esta compatibilidad no sólo corresponde al juez interamericano, sino también a los jueces nacionales, por medio del control de convencionalidad difuso, de forma que, además de ser fundamentales en el proceso de desarrollo del constitucionalismo regional, son igualmente actores centrales del sistema regional.

En efecto, la adopción del DIDH y de los mecanismos de garantía consagrados en las constituciones latinoamericanas han otorgado a la función judicial un protagonismo sin precedentes en la protección de los derechos humanos. Los jueces constitucionales se han convertido en los principales interlocutores, que no únicos, de la Corte IDH, y a través de la interpretación de sus propios catálogos de derechos, en mayor o en menor medida, han adoptado los criterios establecidos por ella, lo que ha cristalizado en un *ius commune* latinoamericano, en el que la jurisprudencia de la Corte Interamericana constituye un parámetro de constitucionalidad que garantiza la armonización del derecho interno con el internacional y de los diferentes ordenamientos parte del sistema interamericano. Esta aplicación del *ius commune* ha tenido importantes consecuencias en los ordenamientos internos, tales como, por ejemplo, la derogación de leyes que amparaban la impunidad, la modificación de normas constitucionales o la protección de los derechos colectivos de las comunidades indígenas.

La interpretación conforme hecha por los tribunales constitucionales muestra la importancia de la interacción y diálogo jurisdiccional entre la Corte IDH y los jueces internos para hacer compatibles la interpretación de la CADH

y de las constituciones nacionales, y, en consecuencia, la adecuación de los ordenamientos internos, lo que incluye, además, a las actuaciones de los poderes legislativo y ejecutivo, algo de importancia capital en el actual contexto latinoamericano. Es evidente que esta interacción es necesaria para el cumplimiento efectivo de las obligaciones adquiridas por los Estados Parte, en cuyas manos sigue estando primordialmente la protección de los derechos humanos.

Dado que los procedimientos contenciosos constituyen el único mecanismo existente en el sistema interamericano para verificar que los Estados llevan a cabo la adecuación de sus ordenamientos a la CADH y a la interpretación que de esta haga la Corte IDH, la Corte IDH, mediante el desarrollo del control de convencionalidad difuso, ha puesto en manos de los jueces internos, en función de sus competencias, dicha obligación de verificación y por esta vía ha encontrado una forma de incrementar la eficacia de sus decisiones, razón por la que es fundamental el fortalecimiento y aceptación de la doctrina del control de convencionalidad.

En cuanto a la eficacia de la Parte resolutive de las sentencias de la Corte, si bien es cierto que no se cuestiona su obligatoriedad, es un hecho que hay pocos casos cerrados por cumplimiento de todas las medidas ordenadas. Sin embargo, en los últimos años y en vista de la pasividad de la OEA como órgano político para impulsar el cumplimiento de las sentencias por parte de los Estados, la Corte ha creado mecanismos de supervisión, tales como audiencias públicas o privadas, que pueden llevarse a cabo en su sede de Costa Rica o en el país correspondiente, o visitas a las víctimas y territorios donde han tenido lugar los hechos violatorios de los derechos humanos para

verificar la información proporcionada por el Estado. Estas medidas, adicionales a las ya conocidas resoluciones de supervisión de cumplimiento, han resultado un mecanismo útil mediante el que la Corte incentiva la ejecución de las medidas que haya adoptado ya sea mediante el diálogo privado o la exposición pública, y es una muestra de la legitimidad que tiene la Corte en la región. Sin embargo, es cierto que el sistema sigue teniendo un déficit en el cumplimiento de las sentencias y que, dado que la Corte no es un Tribunal permanente, sus actuaciones de supervisión son limitadas.

3. La causa de la *excesiva judicialización de la protección de los derechos humanos* en el continente americano radica en un evidente déficit democrático de sus sociedades. Las crecientes desigualdades económicas existentes en muchas de las sociedades latinoamericanas, la tradicional impunidad de los victimarios, así como el triunfo de gobiernos que tienden a concentrar todos los poderes públicos no dejan a la ciudadanía otra opción que recurrir a los mecanismos judiciales como única vía para avanzar en la protección de sus derechos fundamentales. En efecto, la ciudadanía recurre con asiduidad tanto a las acciones de inconstitucionalidad como de amparo en busca de lo que simplemente debería ser parte de la función política del legislativo y el ejecutivo: la efectividad de los derechos fundamentales como valor de la democracia.

En este sentido, debe destacarse la *función clave que desempeñan las víctimas en el sistema de protección de derechos humanos*, al activar los mecanismos de control de convencionalidad. La utilización progresiva de la jurisprudencia de la Corte IDH en las demandas de inconstitucionalidad y las tutelas como parámetro de constitucionalidad ha tenido un efecto directo en la

incorporación de la normativa y jurisprudencia interamericana en el ámbito de los Estados, puesto que, al accionar los mecanismos de garantía y utilizar en sus demandas la jurisprudencia de la Corte Interamericana para interpretar la Constitución, alegando su obligatoriedad para el orden interno, obligan a la Corte Constitucional colombiana a tener en cuenta el parámetro interamericano, sea para aplicarlo, sea para justificar por qué no lo hace.

Por esta vía, las víctimas se convierten en sujetos activos de la construcción del sistema interamericano. Al invocar la CADH y otros tratados del sistema, así como la interpretación autorizada de la Corte IDH en asuntos concretos, pasan a ser actores de la deliberación democrática mediante la cual el derecho interamericano es adoptado por los ordenamientos internos, incrementando de esta forma la legitimidad del sistema. La incorporación por la ciudadanía de los estándares de protección interamericanos a través de las demandas judiciales impulsa el diálogo de las cortes internas e internacionales, y a su vez, refuerza el *ius commune* regional. Aunque a diferentes niveles, en función del Estado de que se trate, el continente se caracteriza por un fuerte activismo judicial de los actores sociales en el que el uso de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH crece progresivamente.

En este sentido, el activo papel de las víctimas redonda claramente en el fortalecimiento del sistema, frente a la resistencia de algunas cortes nacionales a introducir el estándar interamericano en su jurisprudencia en momentos de regresión política o cuando son presionadas por el poder ejecutivo. En este sentido, la insistencia de las víctimas en que las cortes internas deben tener en cuenta las obligaciones establecidas en la CADH constituye un elemento clave para el desarrollo y la efectividad del sistema, lo que es especialmente

relevante en el marco del control de convencionalidad difuso, pues puede tener el efecto de forzar a los jueces a aplicar la CADH de acuerdo con lo establecido por la Corte IDH.

4. La jurisprudencia de la Corte IDH tiene carácter vinculante para Colombia, que, de conformidad con el *principio de interpretación pro homine* contemplado en el artículo 29 CADH, sólo puede alejarse del precedente si su nivel de protección es más alto que el de la Corte IDH. Por tanto, el sistema interamericano debe considerarse como un todo en el que la dimensión interna e internacional de los derechos humanos tiene una identidad de objetivos. Los valores supremos de la protección del ser humano y el logro de la justicia forman parte del orden público internacional y, por tanto, no cabe que un Estado que se ha obligado mediante un tratado internacional que establece una garantía mínima pueda aplicar un estándar de protección inferior.

Esta obligatoriedad se deriva de la doctrina del *Bloque de Constitucionalidad* desarrollada por la Corte colombiana, en virtud de la cual tanto la Convención como la interpretación que de ella realizan los órganos internacionales autorizados forman parte del texto constitucional, de forma que el contenido material de los derechos humanos reconocidos en la Constitución colombiana es definido y concretado más allá de sus fronteras, lo que tiene como consecuencia la limitación de su soberanía, en beneficio del interés superior de la comunidad internacional en salvaguardar los derechos fundamentales.

5. Si bien es cierto que su posición sigue siendo muy ambigua al respecto, *la Corte colombiana nunca ha cuestionado la relevancia de la*

*jurisprudencia interamericana*. En las ocasiones en que se ha negado a aplicar los parámetros establecidos por la Corte IDH ha realizado una interpretación contraria a la que la propia Corte colombiana había hecho previamente del bloque de constitucionalidad, amparándose para ello en su derecho interno. Pese a ello, la reciente sentencia de la Corte IDH en el *caso Petro Urrego vs. Colombia* confirma, que, a pesar de la resistencia de la CCC, el Estado está obligado por el precedente fijado por la Corte Interamericana.

La práctica muestra una progresiva recepción de la jurisprudencia interamericana en el derecho colombiano, con consecuencias concretas en la protección de los derechos humanos. En este sentido, debe destacarse que el estándar interamericano de protección de los derechos de las víctimas ha logrado condicionar los *instrumentos negociados en el marco de los procesos de paz, en un contexto de transición política hacia la democracia*, al establecer mecanismos de verdad, justicia y reparación en favor de las víctimas, sus familiares, y garantías de no repetición. Aunque estos mecanismos no siempre han sido efectivos, lo cierto es que, en el debate político y jurídico sobre el objetivo de la paz y la democracia, los estándares de la Corte IDH sobre los derechos de las víctimas han ocupado un lugar central y han sido alegados por las propias víctimas en sede judicial, incorporándolos, además a sus luchas políticas.

6. Aunque el análisis de esta práctica de la Corte Constitucional colombiana pone de relieve la complejidad que conlleva la aplicación estricta de los criterios establecidos por la Corte Interamericana este hecho constituye una *excelente oportunidad para armonizar el derecho transicional con los criterios establecidos por esta* desde una perspectiva garantista. No se trata de

imponer el estándar interamericano, sino de hacerlo compatible con cada ordenamiento interno, respetando en todo caso la base que rige el sistema interamericano de protección de derechos humanos. La Corte IDH ha dado muestras de estar abierta a este diálogo.

En ciertos casos complejos, el Estado tiene la oportunidad de utilizar diversas formas de satisfacción del derecho mediante el recurso a mecanismos complementarios que pongan en el centro a las víctimas, cumpliendo los estándares interamericanos de protección y permitiendo al mismo tiempo que se alcancen otros objetivos de interés común de la sociedad. El diálogo judicial entre la Corte interamericana y las internas será fundamental a la hora de evaluar de forma adecuada los mecanismos de satisfacción de los derechos.

7. Por todo ello, y, pese a las resistencias mencionadas de la Corte Constitucional en cuestiones concretas, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es obligatoria para los Estados parte de la Convención, y, por supuesto, también para Colombia, lo que es especialmente evidente en el caso de determinados derechos, como los de las comunidades indígenas, la libertad de expresión o la discriminación por razón de género. Esta obligatoriedad se manifiesta de diferentes formas. En algunos casos, la CCC recurre a la jurisprudencia interamericana como *criterio de autoridad*, enfatizando que realiza una interpretación conforme y que aplica la garantía mínima. En estos casos hay una identidad en el contenido material de los derechos, y la Corte colombiana amplía incluso el nivel de protección de los derechos establecidos por la Corte IDH. En este sentido es elocuente la jurisprudencia colombiana en relación con la libertad de expresión, y el enfoque de género y la discriminación contra las mujeres. En otros, la CCC adopta el

criterio interamericano *para interpretar la Constitución o para modificar su propia jurisprudencia* y adaptarse a las decisiones de la Corte IDH. La obligación establecida por la Corte colombiana de que las comunidades indígenas den su consentimiento cuando se pretenda llevar a cabo proyectos de explotación de los recursos naturales de sus territorios, la prohibición de la censura previa, o los criterios establecidos por la Corte colombiana para determinar las limitaciones válidas a la libertad de expresión son ejemplos ilustrativos de la recepción de la jurisprudencia interamericana en el ordenamiento interno.



## **ANEXO DOCUMENTAL**



## 1. BIBLIOGRAFÍA

ABELLO-GALVIS R. y otros, *Procedimiento, litigio y representación ante tribunales internacionales*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2017

ABELLO-GALVIS, R. y AREVALO-RAMIREZ, W., “Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion OC-23/17: jurisdictional, procedural and substantive implications of human rights duties in the context of environmental protection”, *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, vol. 28, n° 2, 2019, pp. 217-22.

ABRAMOVICH, V. BOVINO, A. y COURTIS, C., *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el Ámbito Local: La Experiencia de una Década*, 5 eds., Corporación Gráfica, Buenos Aires, 2007.

ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (comp.), *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales, Ed. del Puerto/CELS*, Buenos Aires, 1997.

ACOSTA ESTÉVEZ, J. y ESPALIAT LARSON, A., *La Interpretación en el Derecho Internacional Público y Derecho Comunitario Europeo*, PPU, Barcelona, 1990.

ACOSTA, J. e IDÁRRAGA, A., “Alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar en transiciones de conflicto armado a una paz negociada: convergencias entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional”, *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, N.º 45, enero-abril de 2020.

ACOSTA, J. y BRAVO, D., “El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la corte interamericana de derechos humanos: énfasis en la experiencia colombiana”, en *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional* n° 13, nov. 2008.

ACOSTA, P.A. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: El caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado, 2015

ALARCÓN GARCÍA, G., “El soft law y nuestro sistema de fuentes”, *Tratado sobre la Ley General Tributaria: Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, Aranzadi, 2010.

AMBOS, K. y COTE, G., “Beneficios contemplados en la Ley de Amnistía y algunas dificultades en su aplicación”, *Policy Brief*, vol. 3, 2019.

AQUILA, R., *The Iroquois Restoration: Iroquois Diplomacy on the Colonial Frontier, 1701-1754*, Nebraska Press, 1997.

ARÉVALO, G. A. y CASTELLANOS, O. E. “El derecho a la salud de venezolanos en situación migratoria irregular en la jurisprudencia constitucional colombiana (2016-2019)”, *Estudios constitucionales* 18, n° 1, 2020, <https://doi.org/10.4067/S0718-52002020000100475>.

ARIAS RAMÍREZ, B., “Las medidas provisionales y cautelares en los sistemas universal y regionales de protección de los derechos humanos”, *Revista IIDH*, Vol. 43, 2006.

ARMAS, D.S. “La protección de las minorías: un desafío en clave de constitucionalismo multinivel”, *Revista de Derecho Político* 1, n.º 106, 2019.

AZÓCAR, G. “Del origen del Derecho Internacional Público a la discusión sobre su constitucionalización”, *Persona y Sociedad* 22, n° 1, 2016.

BAILLIET, C. “The Strategic Prudence of the Inter-American Court of Human Rights: Rejection of Requests for an Advisory Opinion”, *Brazilian Journal of International Law* 15, n° 1, 2018.

BARBERA, M. C. y WENCES, I., “Gender Discrimination” the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights”, *Andamios* 17, n° 42, Abril de 2020.

BAUTISTA, E. y JESSENIA, J., “Human Rights as a Protection Mechanism for the Environment: Is It Possible to Include IACHR’s Advisory Opinion 23/17 in the Ecuadorian Legal System?”, *USFQ Law Review*, vol. 6, 2019.

BAZÁN, V., “El Control de Convencionalidad”, BAZÁN, V. y NASH, C. (eds.) *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, El Control de*

*Convencionalidad*, Konrad Adenauer – Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Bogotá, 2011.

BAZÁN, V., “La Corte Suprema de Justicia argentina y su rol en la articulación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el derecho interno”, *Revista de Derecho Político*, Núm. 73.

BAZÁN, V., *Estado constitucional y convencional y protección de derechos humanos: Control de convencionalidad y diálogo jurisdiccional*, *Temas Socio-Jurídicos*, 2017, vol. 36, no 72.

BAZAN, Víctor y NASH, Claudio (eds), *Justicia constitucional y Derechos Fundamentales, Nº 4. Pluralismo jurídico*, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2014.

BERNAL CANO, N., “Convergencias y divergencias de las acciones y procedimientos constitucionales en el ordenamiento jurídico colombiano”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 77, año XVIII, 2012

BERNAL PULIDO, C., *El Neoconstitucionalismo y la Normatividad en el Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

BERTONI, E. y ZELADA, C.J., “Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión”. STEINER, C. y URIBE, P. (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Comentario, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2014.

BETANCOURTH, D.R., “Control de convencionalidad en Colombia. Entre el control de la Convención y su aplicación”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2015, 113. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2015.

BOTERO, C. y RESTREPO E., “Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia”, comp. RETTBERG A. *Entre el Perdón y el Paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2005.

BOTERO, C., GUZMÁN, F., JARAMILLO, S. y GÓMEZ, S., *El Derecho a la Libertad de Expresión. Curso avanzado para jueces y operadores jurídicos*

en las Américas, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, De justicia, Bogotá, 2017.

BOTERO, C., *Ley de Alternatividad Penal y Justicia Transicional, documento de recomendaciones*. Editorial Gente Nueva, Bogotá, 2003.

BRAVO, D., “El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana Caso Colombia”, en *Debate Interamericano nº 2*, Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, 2010.

BREWER-CARIAS, A.L., “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina”, *Revista IIDH*, 46, 2007

BRUNET, P. *Para un análisis del discurso jurídico*, Universidad Externado, Bogotá, 2020.

BURGORGUE-LARSEN, L. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional”, *Working Papers on European Law and Regional Integration*, vol. 22, 2014.

BURGORGUE-LARSEN, L., “The Right to the Truth”, BURGORGUE-LARSEN, L., y ÚBEDA DE TORRES, Amaya, *The Inter- American Court of Human Rights. Case Law and Commentary* Oxford, OUP, 2011.

BURGORGUE-LARSEN, L., *Les Trois Cours Régionales des Droits de l'Homme in Context: La justice qui n'allait pas de soi La justice qui n'allait pas de soi*, Éditions A. Pedone, 2020.

BURGORGUE-LARSEN, L., “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, vol. 12, núm. 1, 2014.

CAICEDO TAPIA, D., “Cosmovisiones, autodeterminación, pluralismos y justicia indígena”, *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, 2018, no 38.

CALDERÓN GAMBOA, J.F., en *La evolución de la “reparación integral” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2013.

CAMARGO, P. P., *Crítica a la Constitución Colombiana de 1886*, Bogotá, Temis, 1987.

CANÇADO TRINDADE, A. A., “El acceso directo de los individuos a los tribunales internacionales de derechos humanos”, [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones\\_digital\\_XXVII\\_curso\\_derecho\\_internacional\\_2000\\_Antonio\\_Augusto\\_Cancado\\_Trindade.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXVII_curso_derecho_internacional_2000_Antonio_Augusto_Cancado_Trindade.pdf)

CANÇADO TRINDADE, A. A., “La interpretación de tratados en el derecho internacional y la especificidad de los tratados de derechos humanos”, DRNAS DE CLÉMENT, Z., (coord.), *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Prof. E.J. Rey Caro*, Editora Córdoba, Córdoba, 2003, vol. 1.

CANÇADO TRINDADE, A. A., *The Construction of a Humanized International Law: A Collection of Individual Opinions (1991-2013)*, Volume 1, Brill Nijhoff, Boston, 2014.

CANÇADO TRINDADE, A.A., “Reflexiones sobre el instituto de las medidas cautelares o provisionales de protección: Desarrollos recientes en el plano internacional”, *Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2562/19.pdf>

CANÇADO TRINDADE, A.A., “The evolution of provisional measures of protection under the case-law of the Inter-American Court of Human Rights (1987-2002)”, *Human Rights Law Journal*, vol. 24, n 5-8, 2003.

CARBONELL SÁNCHEZ, M., *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003

CAROZZA, P. G., y GONZÁLEZ, P. “The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A Reply to Jorge Contesse”, *International Journal of Constitutional Law* 15, nº 2, 2017.

CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2001.

CASTILLO PRADA, R y HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, P., *Las Medidas cautelares y Provisionales de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998 -2003): Impacto, efectividad y*

*prevención en el marco del conflicto armado (Tesis de grado en Derecho)*,  
Universidad Industrial de Santander, 2009  
<http://tangara.uis.edu.co/biblioweb/tesis/2009/130364.pdf>

CASTRO-GÓMEZ, S. y GROSFOGUEL, R., *Reflexiones para una Diversidad Epistémica más allá Del Capitalismo Global*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007.

CAVAGNARO BURGOS, G.A. y JIJÓN VERA S.C., “¿Son vinculantes las opiniones consultivas que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos?” *Tesis para Optar el Grado de Abogados de los Tribunales, Ecuador. Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, 10 de febrero de 2020. <http://repositorio.ucsg.edu.ec/handle/3317/14488>

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Principio de irretroactividad de los tratados, hechos continuados y competencia *ratione temporis*. Debates pasados, presentes y futuros en el sistema internacional de protección de los derechos humanos”, TORRES BERNÁRDEZ, S., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C., QUEL LÓPEZ, J., y LÓPEZ MARTÍN, A.G. (coords.), *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra homenaje al Profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Iprolex, Madrid, 2013.

CIDH, *Derecho a la verdad en América*, 2014, en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/derecho-verdad-es.pdf> (consultado por última vez el 17/01/2021).

COMANDUCCI, P., “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, *Isonomía*, n.16, México, abr. 2002.

CONTESSE, J. “The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights”, *International Journal of Constitutional Law* 15, nº 2, Abril de 2017.

CONTESSE, J. “The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine”, *The International Journal of Human Rights* 22, nº 9, 2018.



CÓRDOBA TRIVIÑO, J., “Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al derecho constitucional colombiano”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, Fundación Konrad Adenauer, Uruguay, 2007.

CORSO SOSA, E.; CARMONA TINOCO, J.U. y SAACEDRI ALESSANDRI, P. (coord.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, México D.F., 2013.

COSSÍO VILLEGAS, J.R., “Los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Fundamentales y el Principio Pro Homine”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n° 247, 2007.

COTTERRELL, R., *Sociological Jurisprudence: Juristic Thought and Social Inquiry*, Routledge, 2017; COTTERRELL, R. “What is transnational law?”, *Law & Social Inquiry* 37, n° 2, 2012.

CRUZ, A. H. “La protección de los derechos humanos a través del constitucionalismo multinivel en México”, *Métodos, Revista Electrónica de Investigación Aplicada en Derechos Humanos de la CDHDF*, n.º 16 <http://revistametodhos.cd hdf.org.mx/>

CUBIDES-CÁRDENAS, J., NAVAS-CAMARGO, F., ORTIZ-TORRES, D., FAJARDO RICO, A., “La libertad de expresión en Colombia: parámetros constitucionales y reglas jurisprudenciales”, *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, 2020, <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/834>.

DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C., *El Orden público como límite al Ejercicio de los Derechos y Libertades*, CEC, Madrid, pp. 349 y ss., cit. por ALVAREZ ORTEGA, M., “Orden Público: Unidad axiológica, espacio europeo”, [http://institucional.us.es/revistas/derecho/3/art\\_1.pdf](http://institucional.us.es/revistas/derecho/3/art_1.pdf)

DEL POPOLO, F. y JASPERS, D., *Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos. Síntesis*. CEPAL, N. U., 2014.

DEL TORO HUERTA, M.I. “Retos de la Aplicación Judicial en México conforme a los Tratados de Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2481/7.pdf>.

DULITZKY, A. “El retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de Perú Análisis Jurídico”, *Pensamiento Constitucional*, Año VI, no.6, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3233/3061>.

DUQUE, C., “El control constitucional de la justicia transicional en Colombia, frente a los requerimientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Verba Iuris*, n.º 33, 2015.

DWORKING, R., *La Democracia Posible. Principios para un nuevo debate político*. Barcelona, Paidós, 2008.

ESPINO CORTÉS, H., *En torno a la ejecución de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Mayor de San Marcos, 2005, <http://www.alfonsozambrano.com/memorias/estudiantes/comision1/Ponencia12.doc>

ESQUIROL, J. L. “The Geopolitics of Constitutionalism in Latin America”, CRAWFORD, C y BONILLA, D., *Constitutionalism in the Americas*, Edward Elgar Publishing, Gloucestershire, 2018.

ESTEVE MOLTÓ, J.E., “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante las leyes de amnistía: un referente para la necesaria “fertilización” trasatlántica”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 9, octubre 2015 – marzo 2016.

ESTUPIÑAN SILVA R. y IBÁÑEZ RIVAS, J.M, “la jurisprudencia de la Corte Interamericana De Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales” MORLACHETTI, A., et al. *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014.

FABRA-ZAMORA J. L., *Jurisprudence in a Globalized World*. Edward Elgar Publishing, 2020, <http://ebookcentral.proquest.com/lib/unsw/detail.action?docID=6124243>

FAJARDO ARTURO, L. A., “Derecho Internacional de los Derechos Humanos como fuente principal del derecho colombiano”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 43, nº 118, enero-junio de 2013. [Dialnet-EIDerechoInternacionalDeLosDerechosHumanosComoFuen-4828851.pdf](http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4828851).

FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996.

FERIA-TINTA, M., “Primer caso internacional sobre violencia de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El caso del penal Miguel Castro Castro; un hito histórico para Latinoamérica”, *Revista CEJIL*, Año II, n 3, sept de 2007.

FERRER MAC-GREGOR, E. “El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional”, FIX-ZAMUDIO, H., y VALADÉS, D. (coords.), *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, El Colegio Nacional-UNAM, México, 2010.

FERRER MAC-GREGOR, E., “Eficacia de la Sentencia Interamericana y la Cosa Juzgada Internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (res interpretata)”, FERRER MAC-GREGOR, E. y HERRERA GARCÍA, A. (coord.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

FERRER MAC-GREGOR, E., “La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Nueva Revista*, mayo 2021, <https://www.nuevarevista.net/la-libertad-de-expresion-en-la-jurisprudencia-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos/>

FERRER MAC-GREGOR, E., y PELAYO MOLLER, C.M., “La obligación de “respetar” y “garantizar” los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana: Análisis del artículo 1º del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano”, *Estudios*

*constitucionales* 10, n.º 2, 2012, 141-92. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002012000200004>

FRANCO RODRÍGUEZ, M. J., *Los Derechos Humanos de las Mujeres en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Los derechos humanos, México, 2011.

GALINDO, B. "Transitional justice in Brazil and the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: a difficult dialogue with the Brazilian judiciary", *Sequência*, 2018.

GAMA NETO, R. B., y DE ALMEIDA LEITE, R., "O enfrentamento às decisões da corte interamericana de direitos humanos por cortes supremas nacionais", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 120, 2020, <https://doi.org/10.9732/rbep.v120i0.745>.

GARCÍA MORA, J. P.; MARTÍNEZ BARRERA, C. H. y ALFONSO CORREA, J., "Comunidades indígenas en Colombia. Para una comprensión en la historia constitucional. Caso: Constitución de 1991", *Revista Inclusiones*, 2021

GARCÍA ORJUELA, C. "Competencias del Congreso de la Republica, en materia de tratados internacionales. Procedimiento y características de la aprobación de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico colombiano", *Colombia Internacional*, nº 61, 2005.

GARCÍA RAMÍREZ, S., "Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tribunales Nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2008, vol. 41, no 122.

GARCÍA RAMÍREZ, S., "El control judicial interno de convencionalidad", *Revista IUS*, 2011, vol. 5, no 28.

GARCÍA RAMÍREZ, S., "Relación entre la Jurisdicción Interamericana y Los Estados (sistemas nacionales): algunas cuestiones relevantes", *El Futuro del Sistema Interamericana de los Derechos Humanos*, documento de trabajo no. 3, mayo 2014, UNAM, <http://humanrights.nd.edu/assets/134036/garciaramireziaspan.pdf>.

GARCÍA, H.A. “Control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia”. *Estudios Constitucionales* 4, nº 2, 2006.

GARGARELLA R., “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso *Gelman*”, [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Gargarella\\_CV\\_Sp\\_2012\\_0924.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_2012_0924.pdf)).

GARGARELLA, R., “Justicia Penal Internacional y Violaciones Masivas de Derechos Humanos”, GARGARELLA, R., *De la injusticia penal a la justicia social*, Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, Bogotá, 2008.

GIALDINO, R., “Incumplimiento de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un acto internacionalmente ilícito de la Corte Suprema argentina”, *Estudios Constitucionales*, vol. 15, núm. 2, 2017.

GIANNINO, D., “Are we looking up or are we looking out? The transnational constitutionalism of the Inter-American Court of Human Rights: conventionality control and the fight against impunity”, *Transnational Legal Theory* 10, nº 1, 2019.

GIL BLASCO, M., “Justicia transicional: conceptos clave y aspectos normativos”, *Res Pública. Revista de Historia de las Ideas Políticas*, vol. 21, nº 1, 2018.

GILL, S. y CUTLER, A., *New Constitutionalism and World Order*, Cambridge University Press, 2014, <https://doi.org/10.1017/CBO9781107284142>.

GIMENO PRESA, M.C., *Interpretación y Derecho: Análisis de la obra de Riccardo Guastini*, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, nº 21, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

GÓMEZ ISA, F., “La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: un hito en el proceso de reconocimiento de los derechos indígenas”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2019, vol. 71, no 1.

GÓMEZ ISA, F. “El derecho de las víctimas a la reparación integral. Balance y perspectivas”, *El Otro Derecho*, número 37, 2007.

GÓNGORA MERA, M.E. “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, VON BOGDANDY, A., FERRER MAC-GREGOR, E., MORALES ANTONIAZZI, M.(coord.), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D.F, 2010.

GÓNGORA MERA, M.E., *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José, IIDH, 2011.

GONZÁLEZ, G. “Límites del Congreso de Colombia en la aprobación de tratados internacionales”, Repositorio Institucional Universidad Santo Tomás, 2015. <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/278>

GOZAÍNI, J., “Incidencia de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Interno”, *Revista de Estudios Constitucionales*, año 4, Núm. 2.

GRANT, W., *Populista: The Rise of Latin America's 21st Century Strongman*, Head of Zeus, January 2021.

GRASA, R., “Colombia cuatro años después de los acuerdos de paz: un análisis prospectivo”, *Documentos de Trabajo*, 2020, vol. 39, 2ª; GONZÁLEZ SUÁREZ, A.M., et al., ESTRADA ÁLVAREZ, J., (Coord.) *El Acuerdo de paz en Colombia: entre la perfidia y la potencia transformadora*, 2019, en [http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20191108024211/El acuerdo de paz en Colombia.pdf](http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20191108024211/El_acuerdo_de_paz_en_Colombia.pdf)

GROS ESPIELL, H., “Los métodos de interpretación utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia contenciosa”, *La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994.

GROSSMAN, N., “Sex on the Bench: Do Women Judges Matter to the Legitimacy of International Courts?”, *Chicago Journal of International Law*, 2012, vol. 12, no 2.

GUEMBE, M.J., “La reapertura de los juicios por los crímenes de la dictadura militar Argentina”, en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol.2 no.3 São Paulo Dec. 2005.

GUTIÉRREZ RAMÍREZ, L., “La obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos en contextos de justicia transicional”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 16, no. 2, 2014.

GUZMÁN LOZANO, L., *Las Medidas Provisionales para Colombia: Entre el cumplimiento y la eficacia*, (Tesis de Maestría en Derecho del Estado), Universidad Externado de Colombia, 2020.

GUZMÁN, M. y MONTAÑO, S., *Políticas públicas e institucionalidad de género en América Latina (1985-2010)*, CEPAL: Serie: Mujer y Desarrollo No. 118, 2012.

HANSUNGULE, M. *African Courts and the African Commission on Human and Peoples' Rights*, 233–241, <http://citeseerx.ist.psu.edu/>

HAYNER, P. B. *Unspeakable Truths 2e: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, Routledge, 2010.

HERRERA, C. y HAECK, Y., “Letting states off the hook? The paradox of the legal consequences following state non-compliance with provisional measures in the Inter-American and European Human Rights Systems”, *Netherlands Quarterly of Human Rights* 28, nº 3, 2010, <https://doi.org/10.1177/016934411002800302>

HEYNS, C., “The African regional human rights system: the African Charter”, *Penn St. L. Rev.*, 2003, vol. 108

HITTERS J.C., “Un avance en el Control de Convencionalidad. El Efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana”, *Pensamiento Constitucional* N° 18, 2013.

HITTERS, J.C., “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Estudios constitucionales* 7, nº 2, 2009, pp. 109-28. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002009000200005>

HUNEEUS, A. "Introduction to Symposium on the Constitutionalization of International Law in Latin America", *AJIL Unbound*, 2015, vol. 109.

HUNEEUS. A., "Constitutional Lawyers and the Inter-American Court's Varied Authority", *Law and Contemporary Problems*, N.1, 2016, <http://lcp.law.duke.edu/>.

IVANSCHITZ BOUDEGUER, B., "Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile", *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 1, 2013.

JARAMILLO, L. G., *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción: una discusión en clave neoconstitucional*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.

JARDÓN, L. "The Interpretation of Jurisdictional Clauses in Human Rights Treaties", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 13, enero de 2013.

JOERGES, C., y PETERSMANN, E.U., *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and International Economic Law*, Series Studies in International Trade Law, v. 12. Hart Publishing, Oxford, 2011.

KENNEDY, D. y KLARE, K. E., "A bibliography of critical legal studies", *Yale Law Journal*, 1984.

KENNEDY, D., "Freedom and constraint in adjudication: A critical phenomenology", *J. Legal Educ.*, 1986, vol. 36.

KENNEDY, D., *A Critique of Adjudication. Fin de siècle*, Harvard University Press, 2009.

KEOHANE, R.O & NYE, J.S., *Poder e Interdependencia: la Política Mundial en Transición*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1986.

KROETZ, F. "Between Global Consensus and Local Deviation: A Critical Approach on the Universality of Human Rights, Regional Human Rights Systems, and Cultural Diversity", *Revista de Investigações Constitucionais* 3, n.º 1, 2016, <https://doi.org/10.5380/rinc.v3i1.45109>.



KUFUOR, K. O. "The Origin of the African Human Rights System", KUFUOR, K. O. (ed.), *The African Human Rights System: Origin and Evolution*, Palgrave Macmillan US, New York, 2010, [https://doi.org/10.1057/9780230106543\\_2](https://doi.org/10.1057/9780230106543_2).

KUO, P., "Prosecuting crimes of sexual violence in an International tribunal", *Case W. Res. J. Int'l L.*, 34, 2002, <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol34/iss3/8>

LA BARBERA, M. C., "Interseccionalidad, un "concepto viajero": orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea", *Interdisciplina* 4, No 8, 2016.

LANGTON, M., *Honour among Nations: Treaties and Agreements with Indigenous People*, Melbourne University Press, Melbourne, 2004.

LAPORTA, F.J., "El pacifismo jurídico y la teoría del Derecho Internacional", *Nuova serie Annali*, 6, 2016, <http://journals.openedition.org/tp/636>.

LAW, J. (ed.) *A Dictionary of Law*. Oxford University Press, 2018. <https://www.oxfordreference.com/>

LEITE, R. y BORGES R. "O enfrentamento às decisões da corte interamericana de direitos humanos por cortes supremas nacionais", *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 120, junio de 2020, <https://doi.org/10.9732/rbep.v120i0.745>.

LEIVA-RAMÍREZ, E., GUILLERMO-JIMÉNEZ, W., y MENESES-QUINTANA, O., "Los derechos fundamentales de la Constitución Política de 1991 como resultado de un proceso constituyente deliberativo", *Revista Derecho del Estado*, 2019, no 42.

LÓPEZ MEDINA, D., "El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* 13, n.º 26, 2015.

LÓPEZ MEDINA, D., *El Derecho de los Jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Legis, Bogotá, 2006.

LÓPEZ MEDINA, D. y SANCHEZ-MEJIA, A. L., “La Armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Derecho Penal colombiano”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2008, n° 12. [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1692-81562008000100012&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-81562008000100012&lng=en&nrm=iso)

LÓPEZ-MURCIA, J. D. y MALDONADO-COLMENARES, G. “La protección de la propiedad de la tierra en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación al caso de las comunidades campesinas en Colombia”. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 14, 2009.

LUCCHETTI, A. J., “Los Jueces y algunos Caminos del Control de Convencionalidad”, ALBANESE, S. (Coord.), *El control de convencionalidad*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008.

MALARINO, E., “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Vol. 1, Fundación Konrad Adenauer, Madrid, 2010.

MANGABEIRA UNGER, R., *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard University Press, 1986.

MARTÍNEZ ESPINOSA, L.; PELÁEZ LOZADA, K., “El estado actual del cumplimiento de las medidas de satisfacción ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias condenatorias contra el estado colombiano”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, v. 30, n. 1, jun. 2019.

MAUÉS, A. M. y otros. “Judicial dialogue between national courts and the Inter-American Court of Human Rights: A Comparative Study of Argentina, Brazil, Colombia and Mexico”, *Human Rights Law Review*, n° 7, enero de 2021, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngaa047>.

MEJÍA GUERRERO, L. P., “La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém do Pará. Impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Revista IIDH*, 56, 2012.

MIJANGOS Y GONZÁLEZ, J. “Breves notas sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por los tribunales federales mexicanos”, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24496.pdf>

MOLANO, A. *A Lomo de Mula: viajes al corazón de las FARC*, Penguin Random House Grupo Editorial, Bogotá, 2016.

MOLINA THEISSEN, L. *La Desaparición Forzada de Personas en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Serie Estudios Básicos de Derechos Humanos Tomo VII, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996.

MORGENTHAU, H. J., & THOMPSON, K. W., *Política entre las Naciones: la lucha por el poder y la paz*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1986.

MÚNERA RUIZ, L., “Procesos de paz con actores armados ilegales y pro-sistémicos (los paramilitares y las políticas de reconciliación en Colombia)”, *Pensamiento Jurídico*, n 17, 2006.

NASH ROJAS, C., et al. *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: (1988-2007)*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, Santiago, 2009.

NIKKEN, P., “Base de la Progresividad en el Régimen Internacional de Protección a los Derechos Humanos”, en *Derechos Humanos en las Américas*, Washington: OAS, 1985.

NIKKEN, P., “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, núm. 72, 1989.

NOGUEIRA ALCALÁ, H., “El Control de Convencionalidad y el Diálogo Interjurisdiccional entre Tribunales Nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *REDCE*, Año 10, núm. 19, enero-junio/2013.

NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Los Desafíos del Control de Convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales”, FERRER MAC-GREGOR, E. y HERRERA GARCÍA, A. (coord.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

O'DONNELL, D., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina en Colombia del alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004.

OBERLEITNER, G., *International Human Rights Institutions, Tribunals, and Courts*, Singapore, Springer, 2018.

ORTIZ, P., “Autodeterminación de los pueblos indígenas. Implicancias epistemológicas y políticas de su propuesta”, WALSH, C., Coord., *Pensamiento Crítico y Matriz (de) Colonial. Reflexiones latinoamericanas*, Editorial Abya Yala, Quito, 2005.

OXFAM, *Derecho a la Consulta y al Consentimiento Previo, Libre e Informado en América Latina: Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú*, Due Process of Law Foundation, Washington, 2015.

PADILLA, C.M. y JIMÉNEZ ALEMÁN, A., “Avances hacia el *locus standi in judicio* del particular en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos: reformas reglamentarias de la comisión y de la corte”, *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 7, 2014.

PAGLIARINI, A. C., “O papel do estado no tratado de lisboa e a intensificação do constitucionalismo supranacional europeu”, *Revista Argumentum-Argumentum Journal of Law*, 2019, vol. 10.

PARRA, O., “La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 13, Número 1, diciembre de 2012.

PASCUAL VIVES, F., "Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos", *Revista Española de Derecho Internacional*, julio-diciembre 2014.

PASQUALUCCI, J. M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Second edition, University Press, Cambridge, 2013.

PASQUALUCCI, Jo M., "Provisional measures in the Inter-American Human Rights System: An innovative development in International Law", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 26, nº 4, 1993.

PAÚL DÍAZ, A., "La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia", *Derecho Público Iberoamericano*, n 2, 2013.

PAZ, J. y CEPEDA, M. El nuevo rol de la OEA: ¿el regreso del "americanismo"?, *Nueva Sociedad*, 28 de julio de 2016. <https://nuso.org/articulo/el-nuevo-rol-de-la-oea-regreso-del-americanismo/>

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., "La universalidad de los derechos humanos", *Doxa*. N. 15-16, 1994.

PELAYO MOLLER, C. M., "González-Domínguez, Pablo, the doctrine of conventionality control. Between uniformity and legal pluralism in the Inter-American Human Rights System", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 19, 2019.

PETERSMANN, E.U. *Multilevel Constitutionalism for Multilevel Governance of Public Goods: Methodology Problems in International Law*, Hart Publishing, London, 2017.

PINTO BASTO, A. L. y DE AZEVEDO MARQUES, J.M., "Las órdenes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el poder judicial de los Estados", en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* Vol. 39, nº 111, Medellín, Julio-diciembre de 2009.

PINTO M., "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", ABREGÚ, M. y COURTIS, C.

(comp.), *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Ed. del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997.

PIOVESAN, F. "Fuerza integradora y catalizadora del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: desafíos para la formación de un constitucionalismo regional", VON BOGDANDY, A., FERRER MAC-GREGOR, E., MORALES ANTONIAZZI, M.(coord.), *La Justicia Constitucional y su Inter Nacionalización. ¿Hacia un Jus Constitutionale Commune en América Latina?*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D.F., 2010.

POLO ELMIR, F., *El proceso constitucional de aprobación de tratados internacionales: estudio comparado de las constituciones de Colombia, Ecuador y México*, Tesis de máster, Universidad Andina Simón Bolívar, 2009.

PRANDINI ASSIS, M., "Violence against Women as a Translocal Category in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights". *Revista Direito e Práxis* 8, n.º junio de 2017, <https://doi.org/10.12957/dep.2017.28032>

PRIETO SANCHÍS, L., "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", *Filosofía jurídica y siglo XXI: ocho panoramas temáticos*, Universidad de Málaga (UMA), 2005.

QUINCHE RAMÍREZ "El control de convencionalidad y el sistema colombiano", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Núm. 12.

RÁBAGO, E. Y CAMARILLO L. "El papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Parlamento y Constitución*, Anuario, n.º 19, 2018.

RÁBAGO, E. N. y CAMARILLO L. A. "El papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Parlamento y Constitución*, Anuario, n.º 19, 2018.

RAMELLI, A. "Sistema de fuentes del derecho internacional público y Bloque de constitucionalidad en Colombia", *Cuestiones Constitucionales* nº 11, julio - diciembre de 2004.

REY CANTOR, E. y REY ANAYA, A.M., "Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", Bogotá, Temis, 2008.

RIETER, E. "Autonomy of Provisional Measures" en *Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals*, PALOMBINO, F.M., VIRZO, R., y ZARRA, G., (eds), The Hague: T.M.C. Asser Press, 2021, [https://doi.org/10.1007/978-94-6265-411-2\\_4](https://doi.org/10.1007/978-94-6265-411-2_4)

ROA, J., *La Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2015.

ROBERTS, D., *Las Guerras apaches: Cochise, Jerónimo y los últimos indios libres*, Edhasa, 2005.

RODRIGUEZ RESCIA, V., *La Ejecución de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Ed. Investigaciones Jurídicas, San José de Costa Rica, 1997.

RODRÍGUEZ, G. A., *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*, Universidad del Rosario - GIZ, Bogotá, 2014.

RODRÍGUEZ, J.J. y ESCOBAR, N.B.E., "Movimientos de mujeres para luchar contra la impunidad y el olvido: paralelismos y diferencias entre Ciudad Juárez (México) y Medellín (Colombia)", *Comunicación y Género*, 2018, vol. 1, no 1.

RONZONI, M. y VALENTINI, L., "Global Justice and the Role of the State: A Critical Survey", *The Oxford Handbook of Global Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2020, <https://philarchive.org/archive/VALGJA-3>.

ROSAS CASTAÑEDA, J.A. "Hacia el jus standi del individuo en el procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista CEJIL*, 2007, vol. 2, no 3.

ROUGHAN, N. *Authorities: Conflicts, Cooperation and Transnational Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

RUIZ CHIRIBOGA O. y DONOSO, G., *Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana: Fondos y Reparaciones*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Bélgica, 2012, p. 17.

RUIZ, A.L, y ARÉVALO G. A. “Revictimización de la movilidad humana en la prensa boyacense”, *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, n.º 51, 2019.

SAFFÓN, M.P., en “La sentencia de la masacre de la Rochela contra Colombia: consolidación de un precedente e hito jurisprudencial”, *Revista Cejil*, 4, 2008.

SAGÜÉS, N., “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1, 2010.

SAIZ ARNAIZ, A., “El Convenio de Roma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la cultura común de los derechos fundamentales en Europa”, *Revista Jurídica de UCES*, 2009. [http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/708/El\\_conv\\_enio\\_de\\_Roma.pdf?sequence=1](http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/708/El_conv_enio_de_Roma.pdf?sequence=1)

SAIZ ARNAIZ, A., *La Apertura Constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

SALAZAR y otros, “La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador”, *Foro, Revista de Derecho*, n.º 32, noviembre de 2019. <https://doi.org/10.32719/26312484.2019.32.7>.

SALAZAR, M., y otros “La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador”. *Foro, Revista de Derecho*, n.º 32, 11 de noviembre de 2019, <https://doi.org/10.32719/26312484.2019.32.7>.

SALVIOLI, F., “La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos marco legal y desarrollo jurisprudencial”, en *Homenaje y*



*Reconocimiento a Antônio Cançado Trindade*, T. III, Ed. Sergio Fabris, Brasilia, 2004.

SALVIOLI, F., "Postulados emergentes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al Derecho Internacional Público", 1997 <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/1798>

SALVIOLI, F., *El derecho internacional de la persona humana frente a la impunidad de hecho o de derecho: criterios a considerar en procesos de justicia transicional*, Fundación Social, Bogotá, 2004.

SÁNCHEZ BOTERO, E., "Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 2005, vol. 41.

SANDOVAL MANTILLA, A., *Estándares de las medidas provisionales en la Corte Interamericana de derechos Humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2015.

SANDOVAL, C. "The Inter-American System of Human Rights and approach", SHEERAN S. y RODLEY, N., eds., *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, Routledge, 2014.

SANTAMARIA ORTIZ, A., "La consulta previa desde la perspectiva de la negociación deliberativa", *Revista Derecho del Estado*, No. 36, June 2016.

SANTOSCOY, B., *La Comisión Interaméricaine des Droits de l'Homme et le développement de sa compétence par le systeme des pétitions individuelles*, LGDJ, París, 1995.

SCARFI, J.P., "Denaturalizing the Monroe Doctrine: The Rise of Latin American Legal Anti-Imperialism in the Face of the Modern US and Hemispheric Redefinition of the Monroe Doctrine", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 33, n 3, 2020.

SCHNEIDER, J. *Reparation and Enforcement of Judgments: a comparative analysis of the European and Inter-American human rights systems*, epubli GmbH, Berlín, 2015.

SEMPER, F., *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Colombia*, Editorial Temis SA, 2018.

SIERRA PORTO, H., “La función de la Corte Constitucional en la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación en Colombia”, *Anuario De Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XV, Montevideo, 2009.

SILVA GARCÍA, F., “El control judicial de las leyes con base en tratados internacionales de derechos humanos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N.º. 5, 2006.

SIRVENT, GUTIERREZ, C., *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Editorial Porrúa, México, D.F, 2007.

SOLEY, X. y STEININGER S. “Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights”, *International Journal of Law in Context* 14, n.º 2, <https://doi.org/10.1017/S1744552318000058>

SPEES, P., “Women’s Advocacy in the Creation of the International Criminal Court: Changing the Landscapes of Justice and Power”, *Signs*, 28(4), 2003, <https://doi.org/10.1086/375498>.

TARELLO, G. *La Interpretación de La Ley*, Palestra Editores, Lima, 2018.

TEIXEIRA, M. M., PEREIRA R. y BIEGER, A. L. “Criteria for reception of decisions on the crimes of contempt of the Inter-American Human Rights System in the Superior Court of Justice in light of the external conventionality control”, *Sequência (Florianópolis)*, n.º 80, 2018.

TOLÉ MARTINEZ, J., “La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación”, *Cuestiones Constitucionales*, n.º 15, julio-diciembre, 2006, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88501510>  
[http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&ved=0CHI QFjAH&url=http%3A%2F%2Fwww.uned.es%2Fdpto-derecho-politico%2Faspectos4.doc&ei=l4qcU8WRGMub0AW46YDgBA&usg=AFQjCNFPyxOcvCZmV0qfzA0ZLPHk8bAleg&sig2=gs8fVAJiLgq4mE9wfy\\_gGQ&bvm=bv.68911936,d.bGQ](http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&ved=0CHI QFjAH&url=http%3A%2F%2Fwww.uned.es%2Fdpto-derecho-politico%2Faspectos4.doc&ei=l4qcU8WRGMub0AW46YDgBA&usg=AFQjCNFPyxOcvCZmV0qfzA0ZLPHk8bAleg&sig2=gs8fVAJiLgq4mE9wfy_gGQ&bvm=bv.68911936,d.bGQ).

UPRIMNY, R. "El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal", *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, Oficina Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2001.

UPRIMNY, R., "The recent transformation of constitutional law in Latin America: trends and challenges", *Texas Law Review*, 89, 2010.

UPRIMNY, R., "Estado de sitio y Tratados Internacionales: una crítica a la jurisprudencia constitucional de la Corte", en GALLÓN, G. (Comp.), *Guerra y Constituyente*, Bogotá, Comisión Andina de Juristas, 1991.

UPRIMNY, R. y SAFFON, M. P., "¿Al fin Ley de Justicia y Paz? La Ley 975 de 2005 tras el fallo de la Corte Constitucional", en UPRIMNY, R., et. al., *Justicia Transicional sin Transición*, 2006.

UPRIMNY, R. y SAFFON, M.P., "Verdad judicial y verdades extrajudiciales: la búsqueda de una complementariedad dinámica", *Pensamiento Jurídico*, N. 17, 2006.

UPRIMNY, R., SÁNCHEZ, L.M., SÁNCHEZ, N., *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá, 2014.

URUENA, R. "Double or Nothing: The Inter-American Court of Human Rights in an Increasingly Adverse Context", *Wisconsin International Law Journal* 35, nº 2 (2018 de 2017).

VAS, L., "Constitucionalismo multinivel, transconstitucionalismo e interconstitucionalismo, una crítica de tres modelos posibles para la comprensión de los fenómenos de integración e intercambio constitucional en Iberoamérica", *VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Bogotá. 2015

VERDUGO, S. y GARCÍA, J., "Radiografía al Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *Revista Actualidad Jurídica*, nº 25, enero, 2012.

VON BOGDANDY, A., FERRER MAC-GREGOR, E., MORALES ANTONIAZZI, M.(coord.), *La Justicia Constitucional y su Inter Nacionalización*.

*¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D.F., 2010.

WALTZ, K. N., *Teoría de la Política Internacional*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1988.

ZAGREBELSKY, G., “El juez constitucional siglo XXI”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 2008, vol. 10.

ZALAUQUETT DAHER, J., “El Caso Almonacid. La noción de una obligación imperativa de derecho internacional de enjuiciar ciertos crímenes y la jurisprudencia interamericana sobre leyes de impunidad”, En *Anuario de Derechos Humanos*. Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2007, <https://revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13481/13749> última visita 25/10/2020.

ZANOTTI L., y ROBERTS, K.M., “(Aún) la excepción y no la regla: la derecha populista radical en América Latina”, *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, vol. 30, no 1, 2021.

ZULOAGA, P., “Judging Inter-American Human Rights: The Riddle of Compliance with the Inter-American Court of Human Rights”. *Human Rights Quarterly* 42, nº 2, 2020.

ZANOTTI L., y ROBERTS, K.M., “(Aún) la excepción y no la regla: la derecha populista radical en América Latina”, *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, vol. 30, no 1, 2021.

ZELADA, C. J., *¿Son Vinculantes las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?: Una propuesta de reforma para un problema de antaño*, Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex), Lima, 2020.

ZOTA-BERNAL, A., “Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. No 9, octubre 2015 – marzo 2016.

ZUMBANSEN P., “Transnational private regulatory governance: ambiguities of public authority and private power”, *Law and Contemporary*

*Problems* 76, 1, 2013, pp. 17–38; CALLIESS, G. P. "The Making of Transnational Contract Law", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 14, 2007.

## 2. JURISPRUDENCIA

### 2.1. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

#### *Opiniones consultivas*

- Corte IDH. *"Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1
- Corte IDH, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2.
- Corte IDH. *Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3.
- Corte IDH, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC- 4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4
- *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.
- Corte IDH, *El Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A N 8.
- Corte IDH. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14.
- Corte IDH. *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*.

- Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 15.
- Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.
  - Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.
  - Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.
  - Corte IDH. *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23.
  - Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

#### Casos contenciosos

- Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Excepciones Preliminares, Sentencia del 26 de junio de 1987. Serie C No. 1.
- Corte IDH, *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2.
- Corte IDH, *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No 3.

- Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de Fondo. 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.
- Corte IDH, *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5.
- Corte IDH, *Caso Cayara Vs. Perú*. Excepciones Preliminares. Sentencia del 3 de febrero de 1993. Serie C, núm. 14.
- Corte IDH, *Caso Castillo Páez Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34.
- Corte IDH, *Caso Blake Vs. Guatemala*. Fondo, Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C. No. 36.
- Corte IDH, *Caso Castillo Páez Vs. Perú*. Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43.
- Corte IDH, *Caso Blake Vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C No. 48.
- Corte IDH, *Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71
- Corte IDH, *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.
- Corte IDH, *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75
- Corte IDH, *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77.
- Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.
- Corte IDH, *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2001, Serie C No. 87.
- Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88.
- Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú*. Reparaciones, Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 89.

- Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de febrero 22 de 2002. Serie C No. 91.
- Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C No. 94.
- Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.
- Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No 104.
- Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.
- Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.
- Corte IDH, *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.
- Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116.
- Corte IDH, *Caso Lori Berenson Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119
- Corte IDH, *Comunidad Moiwana Vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.
- Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- Corte IDH, *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.
- Corte IDH, *Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132.



- Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.
- Corte IDH, *Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No 138.
- Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.
- Corte IDH, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.
- Corte IDH, *Caso de la comunidad indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.
- Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Fondo, reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de julio de 2006. Serie C No. 149
- Corte IDH, *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 150.
- Corte IDH, *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.
- Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154
- Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158
- Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.
- Corte IDH, *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.
- Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

- Corte IDH, *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*, Sentencia de 4 de julio de 2007. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No.165.
- Corte IDH, *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169
- Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.
- Corte IDH, *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.
- Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.
- Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184.
- Corte IDH, *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190.
- Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192.
- *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193.
- *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.
- *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.
- Corte IDH, *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196.

- Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198.
- Corte IDH, *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202.
- Corte IDH, *Caso González y otras Vs. México (“Campo Algodonero”)*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 noviembre de 2009. Serie C No. 205.
- Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs Estado Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209
- Corte IDH, *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.
- Corte IDH, *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C No. 213.
- Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.
- Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.
- Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.
- Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.
- Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

- Corte IDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.
- Corte IDH, *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 219
- Corte IDH, *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No 233.
- Corte IDH, *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.
- Corte IDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.
- Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248
- Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250.
- Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252.
- Corte IDH, *Caso Gudiel Álvarez ("Diario Militar") Vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No 253.
- Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 275.
- Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259.
- Corte IDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución del 20 de marzo de 2013.

- Corte IDH, *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270.
- Corte IDH, *Caso J. Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.
- Corte IDH, *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277.
- Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.
- Corte IDH, *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284.
- Corte IDH, *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287.
- Corte IDH, *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293.
- Corte IDH, *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.
- Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015. Serie C No. 304.
- Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015. Serie C No. 305.

- Corte IDH, *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2015. Serie C No 302.
- Corte IDH, *Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309.
- Corte IDH, *Caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314.
- Corte IDH, *Caso Yarce y otras Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325
- Corte IDH. *Caso Vásquez Durand y Otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 332.
- Corte IDH, *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340
- Corte IDH, *Caso Vereda La Esperanza Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341.
- Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus Miembros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346.
- Corte IDH, *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348.
- Corte IDH. *Caso Carvajal Carvajal y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C No. 352
- Corte IDH, *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 362.

- Corte IDH, *Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350.

#### *Medidas provisionales*

- Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de enero de 1988.
- Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 2001.
- Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de noviembre de 2000.
- Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal, Caso Molina Theissen y otros 12 Casos Guatemaltecos Vs. Guatemala*. Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de marzo de 2019.

#### *Resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencia*

- Corte IDH, *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*, Resolución de Supervisión de cumplimiento de sentencia de 30 de noviembre de 2011.
- Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 23 de noviembre de 2012.
- Corte IDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución del 20 de marzo de 2013

#### *Otras resoluciones*

- Corte IDH, resolución de la Corte Interamericana de 24 de junio de 2005 sobre *Solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*.

## **2.2. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**

### *Autos*

- Corte Constitucional de Colombia, Auto 092 – 2008.

### *Sentencias de constitucionalidad*

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 403 – 1992.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 083 – 1993.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 295 – 1993.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 380 – 1993.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 488 – 1993.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 225 – 1995.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 344 – 1995
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 033 – 1996.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 093 – 1996.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 408 - 1996.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 358 – 1997.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 087 – 1998
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 191 – 1998.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 481 – 1998.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 652 – 1998.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 710 – 1998.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 010 – 2000.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 363 – 2000.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 251 – 2002.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 228 – 2002.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 578 – 2002.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 891 – 2002.



- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 067 – 2003.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 650 – 2003
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 872 – 2003
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 962 – 2003
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 533 – 2004.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 863 – 2004.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 1001 – 2005.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 1154 – 2005
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 731 – 2005.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 187 – 2006
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 355 – 2006.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 370 – 2006.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 442 – 2011.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 127 – 2013.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 335 – 2013
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 579 – 2013
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 500 – 2014.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 792 – 2014
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 795 – 2014
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 951 – 2014
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 327 – 2016
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 469 – 2016.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 091 – 2017
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 674 – 2017.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 007 – 2018.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 102 – 2018
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 086 – 2019.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 111 – 2019.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 135 – 2021.

#### *Sentencias de Tutela*

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 403 – 1992.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 609 – 1992.

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 081 – 1993.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 188 – 1993.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 380 – 1993.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 275 – 1994.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 293 – 1994.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 039 – 1997
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 066 – 1998.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 426 - 1998.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 652 – 1998.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 568 – 1999.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 1211 – 2000.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 1319 – 2001.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 036 – 2002.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 1319 – 2002.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 558 – 2003.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 603 – 2003.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 025 – 2004.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 1148 – 2004.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 385 – 2005.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 679 – 2005.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 848 – 2005.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 704 – 2006.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 391 – 2007.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 1037 – 2008.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 298 – 2009.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 769 – 2009.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 367 – 2010.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 584<sup>a</sup> – 2011.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 376 – 2012.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 563 – 2012.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 653 – 2012.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 256 – 2013.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 904 – 2013
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 836 – 2014.

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 934 – 2014
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 015 – 2015.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 063 – 2015
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 312 – 2015
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 012 – 2016.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 241 – 2016.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 546 – 2016.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 564 – 2016.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 184 – 2017.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 628 – 2017.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 43 – 2017.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 027 – 2017.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 718 – 2017.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 735 – 2017.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 239 – 2018.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 267 – 2018.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 338 - 2018.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 462 - 2018.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 145 – 2019.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 006 – 2020.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 387 - 2020.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 438 – 2020.

#### *Sentencias de Unificación*

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU – 039 – 1997.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU – 510 – 1998.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU – 1184 – 2001.

### **2.3. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

- TEDH, *Kurt v. Turkey*. Sentencia de mayo 25 de 1998
- TEDH, *Çakici v. Turkey*. Sentencia de julio 8 de 1999

- TEDH, *Timurtas v. Turkey*. Sentencia de junio 13 de 2000
- TEDH, *Cyprus v. Turkey*. Sentencia de mayo 10 de 2001

## 2.4. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

- CIJ, *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1995.
- PCIJ, *Factory At Chorzów, Germany v. Poland*, merits, judgment No 13, 1928, series A No 17, ICGJ 255, 13th September 1928,

## 3. DOCUMENTOS OFICIALES

### 3.1. SISTEMA INTERNACIONAL

- ONU, *Carta de las Naciones Unidas*, 24 de octubre de 1945, New York, 1 UNTS XVI.
- ONU, Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 de diciembre 1948, París, 217 A (III).
- ONU, Asamblea General, *Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa Humanidad*, Resolución 2583 (XXIV) de 15 de diciembre de 1969.
- ONU, *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.
- OIT, *Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989.
- ONU, *Convención Internacional sobre La Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, adoptada por la Asamblea General el 21 de diciembre de 1965. Resolución 2106 A (XX).

- ONU, *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, aprobados por la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU), Resolución sobre impunidad, número 2005/81 Doc. ONU E/CN.4/RES/2005/81.
- ONU, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Resolución 61/295 aprobada por la Asamblea General del 13 de septiembre de 2007.
- ONU, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, aprobados por la Asamblea General de la ONU, AG Res. 60/147 del 16 de diciembre de 2005.
- *Documento final de Alta*, Conferencia preparatoria global indígena para la reunión plenaria de alto nivel de la “conferencia mundial sobre los Pueblos Indígenas”. 10-12 de junio de 2013, Alta, Noruega.

### **3.2. SISTEMA INTERAMERICANO**

- CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986*, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev. 1, 26 septiembre 1986, Capítulo V.
- OEA, *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém Do Pará”*, aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos el 9 de junio de 1994.
- Declaración de Santiago. Segunda Cumbre de las Américas. 18-19 de abril de 1998. Santiago, Chile.
- CIDH, *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, adoptada por la CIDH en su 108° período ordinario de sesiones celebrado del 2 al 20 octubre del 2000*, 20 octubre 2000.

- CIDH, Resolución No 2 “Sobre las Medidas Cautelares sobre los detenidos en Guantánamo.” 28 de Julio de 2006, <https://www.oas.org/es/cidh/ppi/decisiones/Guantanamo.asp>
- CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión.* OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 2/09 de 30 de diciembre de 2009.
- CIDH, *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, 2013, OEA/Ser.L/V/II.
- CIDH, *Derecho a la Verdad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.152 Doc.2, 13 de agosto de 2014, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>
- CIDH, Comunicado de prensa 082/16 del 22 de junio de 2016, <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/082.asp>