



## **FORMACION Y LIMITES DEL CONSTITUCIONALISMO GLOBAL: INFLUENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS**

Gabriela Carrasco Urquieta  
Felipe Gordillo Corvalán  
Claudio Rivera Saavedra  
Kamila Santelices Skorin\*

### **Resumen**

El presente trabajo examina tres ámbitos en los que la Corte Interamericana de DD.HH. ha influido en el Tribunal Europeo de DD.HH., siendo estos las desapariciones forzadas, las medidas provisionales y el agotamiento de recursos internos. Se propone que a raíz de dicha influencia se podría sostener la existencia de un sistema occidental de protección de los Derechos humanos. La perspectiva general se basa en la revisión de las sentencias emitidas por ambas Cortes, y su evolución jurisprudencial.

### **Abstract**

This paper examines three scopes in which the Inter-American Court of Human Rights has influenced the European Court of Human Rights, these being: forced disappearances, provisional measures, and the exhaustion of internal remedies. We propose that, due to this influence, an occidental system of Human Rights protection might be suggested. The general perspective is based on the revision of the decisions brought by both Courts, and it's jurisprudential evolution.

### **Introducción**

En la apertura del año judicial 2004 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “TEDH”), el en ese entonces, presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) Antônio Cançado Trindade<sup>1</sup>, sostuvo la interacción existente entre ambos sistemas, al señalar que a pesar de las diversas realidades de los dos continentes en las cuales actúan, las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos, han tenido éxito al llevar adelante aproximaciones y convergencias en sus respectivos precedentes.

---

\* Universidad Católica del Norte, Antofagasta, Chile. Investigación guiada por el profesor Cristián Delpiano Lira. Ponencia presentada en las VI Jornadas Interuniversitarias de Derecho Constitucional y Derechos Humanos, y en X Seminario Internacional sobre Derecho Constitucional y Derechos Humanos, realizada los días 3, 4, 5 y 6 de septiembre de 2008, en la Universidad Católica de Uruguay, Montevideo.

<sup>1</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: Solemn Hearings of the European Court of Human Rights on the Occasion of the Opening of the Judicial Year, Thursday, (22 January 2004), disponible en <[http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/29AC6DBD-C3F8-411C-9B97B42BE466EE7A/0/2004\\_Wildhaber\\_Cancado\\_BIL\\_opening\\_legal\\_year.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/29AC6DBD-C3F8-411C-9B97B42BE466EE7A/0/2004_Wildhaber_Cancado_BIL_opening_legal_year.pdf)> [fecha de consulta: 14 de agosto de 2008], p. 10



Un claro ejemplo de dicha convergencia de enfoques, agregó, puede ser percibido al enfrentar cuestiones fundamentales de interpretación y aplicación de las dos convenciones regionales de Derechos Humanos (en adelante DD.HH.). Consideró la rica jurisprudencia en materia de métodos de interpretación de la Convención Europea, como una de las grandes contribuciones de la Corte Europea al derecho internacional de los DD.HH. como un todo. Su hermana menor, la Corte IDH, en la resolución de casos que reflejan las realidades de los DD.HH. en el continente, también ha tenido la ocasión de construir su propia jurisprudencia sobre métodos de interpretación de la Convención Americana, revelando una reafirmación de la convergencia que existe con la Corte Europea.

En este sentido, se puede sostener que ha sido el sistema europeo el que ha influido en sistema interamericano y no al revés. Ello debido, entre otras cosas, a la vasta experiencia previa del primero<sup>2</sup>, hecho que no puede desconocerse. Sin embargo, en esta misma línea de análisis, intentaremos demostrar que el fenómeno de influencia es, en cierto sentido, recíproco. A partir de este punto, se puede sostener la existencia de una Constitución Global, a raíz de la presencia de uno de los elementos necesarios para dicha constitución, que es la protección a los DD.HH.

Esto, a través del estudio de ciertos aspectos en los cuales creemos ha existido una influencia de parte de la Corte IDH hacia el TEDH. Esta investigación se centrará especialmente en tres materias: desapariciones forzadas, agotamiento de la vía interna, y medidas provisionales o precautorias.

Estos temas parecen poseer un punto en común, que es la relación directa que presentan con el deber del Estado de proporcionar las garantías necesarias para el ejercicio efectivo de los derechos de sus ciudadanos, ya sea en una dimensión negativa, como lo es en el caso de las desapariciones forzadas, o positiva, como en el de las medidas provisionales y el agotamiento de los recursos internos.

El primer capítulo versará sobre la problemática del postmodernismo como tendencia constitucional que nos permite aducir la existencia de un constitucionalismo global basado en la influencia recíproca de las Cortes, y que no se condiga necesariamente con los elementos del constitucionalismo moderno, ni tenga que condicionarse a los postulados de la teoría constitucional clásica. A su vez, esta tendencia hacia un constitucionalismo global se ha constituido en un límite a la soberanía estatal.

Por su parte, el segundo capítulo tratará acerca de la evolución jurisprudencial en materia de desapariciones forzadas de la Corte IDH y cómo ésta influye en la jurisprudencia del Tribunal Europeo.

En el tercer capítulo abordaremos la forma como el estado ha debido garantizar diversos derechos mediante la implementación de medidas provisionales ordenadas por la Corte IDH, y cómo esta práctica ha influenciado el actuar de su par Europeo.

Finalmente, el cuarto capítulo se encargará del requisito de admisibilidad de las

<sup>2</sup>BUERGENTHAL, THOMAS, *Recordando los Inicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* 39 (2004), p. 26 y

VIANA, ANDRÉ, *Sistemas Europeo y Americano de protección de Derechos Humanos. Coincidencias, fraccionamientos temporales y mutuas influencias*, ahora, en Revenga, M-Viana, A. (editores), *Tendencias Jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos Derecho a la vida, Libertad Personal, Libertad de Expresión, Participación Política* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008),p. 25



demandas relativo al agotamiento de recursos internos y cómo éste ha sido desarrollado, interpretado y aplicado por la Corte IDH en aras a la efectiva protección de los DD.HH., y como estos criterios han sido recogidos por el TEDH.

## **I.- El Constitucionalismo Global como Límite de la Soberanía Estatal.**

### **1. El postmodernismo como Tendencia Constitucional.**

El postmodernismo, entendido como el resultado de una serie de procesos históricos, políticos, sociales y culturales ocurridos con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial<sup>3</sup>, ha tenido como resultado una negación de los principios establecidos por el modernismo<sup>4</sup>, en cuanto no posee una estructura como tal, sino que reúne en su seno principios como la complejidad extrema, ambigüedad, diversidad e interconectividad<sup>5</sup>.

Se puede sostener que el postmodernismo, como fenómeno cultural, ha sucedido al modernismo en cuanto a su objeto. Así, se ha señalado que "...la era postmoderna es una era de prácticas industriales, de organización y producción en masa, aplicada no a objetos materiales como automóviles, sino que a la producción de la mente - arte y música, conocimiento e información, contabilidad y otras industrias de servicios"<sup>6</sup>.

Si todo esto se encuentra indisolublemente ligado a las áreas del pensamiento y comportamiento humano, es fácil entender que su ámbito de influencia alcance al Derecho en general, y al constitucionalismo en particular, tanto en su dimensión científica como de aplicación. Se trata, en definitiva, de la influencia del postmodernismo en el ordenamiento de una sociedad política.

---

<sup>3</sup> "First, the literary historians see it temporally, postmodernism begins in 1945, at the end of World War II, or in this country (the United States) in 1963, at the death of Kennedy, depending on whom you read." JOYNER, NANCY CAROL, *Postprandial Postmodernism*, en *South Atlantic Review*, 61, (1996) 2, p 1

<sup>4</sup> Así, RODRÍGUEZ indica que: "Gráficamente, se ha dicho que si el modernismo es la cultura de la modernidad, el posmodernismo es la cultura de la posmodernidad. Ahora bien: el binomio modernismo/posmodernismo tiene que ver fundamentalmente con posturas y concepciones filosóficas de la realidad y la historia. Mientras que el modernismo se identifica con las ideas de la Ilustración y había (o al menos eso pretendía), alcanzado una comprensión acabada del mundo a través de la Razón y el conocimiento científico, el segundo se caracteriza por la subversión total de dichas ideas, su abandono, y posterior reemplazo por nuevos paradigmas. El modernismo (o conjunto de ideas de la modernidad) se caracterizaba por el culto a la Razón, o mejor, por la construcción de complejos sistemas filosóficos mediante la utilización de la Razón, y el estricto apego al método científico para la obtención de conocimiento. Los modernos tenían la convicción - que Häbermas llamó extravagante - que la Razón liberaría al hombre y eliminaría todos los problemas de la humanidad. Las corrientes posmodernas, por el contrario, parten justamente del punto de partida que el proyecto de la Razón ha fracasado, debido a la impotencia de la Edad Moderna para dar respuesta a los problemas centrales del hombre, por lo que sus ideas centrales deben ser abandonadas o superadas. Bajo el rótulo de posmodernismo se agrupan entonces un conjunto de ideas filosóficas, políticas, sociológicas, etc., que suponen un quiebre directo con las ideas centrales de la modernidad, mientras que la posmodernidad es el mundo en el que se plasman los valores del posmodernismo". RODRÍGUEZ, ROBERTO, *Perfiles del Contrato en la posmodernidad*, disponible en: <[http://www.uca.edu.py/revista\\_juridica/articulos.php?id=170](http://www.uca.edu.py/revista_juridica/articulos.php?id=170)>, [fecha de consulta: 25 de julio de 2008]

<sup>5</sup> IRVINE J.M., *On Postmodernism and Postmodernity in contrast to Modernism and Modernity*, disponible en: <<http://www.georgetown.edu/faculty/irvinem/technoculture/pomo.html>>, [fecha de consulta: 10 de Junio de 2008]. También puede verse;

GELLNER, ERNEST, *Posmodernismo, Razón y Religión* (Barcelona, Paidós, 1994), p. 1 y ss.



## 2. Una Constitución sin un Estado.

Aún cuando no fuere aceptada la existencia del postmodernismo como negación del estado anterior de las cosas, los requisitos del constitucionalismo moderno<sup>7</sup>, remanentes del desarrollo de la idea de Estado-Nación postwestfaliana, ya no serían necesarios, en su totalidad, para asegurar la existencia de un germen de constitución global<sup>8</sup>.

La idea de una constitución que no cumpla con los presupuestos de la teoría constitucional moderna, ha sido rechazada por algunos autores<sup>9</sup>, criticándose el uso del término “postmoderno”, ya sea por su ambigüedad terminológica, o porque, como toda teoría que comporte un nivel de innovación, tiende a producir un cierto grado de reticencia en su recepción. Desde esta perspectiva, se ha postulado que no puede existir constitución de ningún tipo mientras no exista un Estado. Ello se ha visto con mayor intensidad en relación con el debate surgido en torno a la existencia de una Constitución de la Unión Europea<sup>10</sup>.

Si bien es cierto que no existe consenso al respecto, no podemos negar que en la actualidad concurren factores que indican un quiebre con la idea clásica de constitución.

En efecto, la noción, en principio inalterable, de Estado, ha evolucionado con el paso del tiempo, encontrando ciertos límites derivados de las concesiones que se han hecho en pos de la libertad individual y de los derechos humanos, tanto a nivel interno

<sup>7</sup> Al respecto y en relación con dichos requisitos, CRUZ VILLALÓN señala que: “La Constitución, desde su configuración moderna hace ya más de dos siglos a ambos lados del Atlántico, se postula ante la respectiva comunidad política como la regla de su gobierno, regla por tanto básica, decidida soberanamente por esa comunidad en forma de un gobierno articulado en una pluralidad formalizada de instancias de poder, surgidas de esa misma comunidad, y limitado por una esfera de autonomía del individuo en forma de derechos fundamentales. CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *La Constitución Inédita. Estudios ante la Constitucionalización de Europa* (Madrid, Trotta, 2004), p. 25

<sup>8</sup> Hace poco, por ejemplo, el filósofo de Tübingen, Otfried HOFFE, esbozó en su libro *Democracia en la época de la globalización (Demokratie im Zeitalter der Globalisierung)* el proyecto de una «república federal mundial» basada en los derechos humanos, la soberanía popular y la subsidiariedad con una verdadera legislación, un ejecutivo y una jurisdicción globales. BIAGGINI, GIOVANNI, *La Idea de Constitución: ¿Nueva orientación en la época de la Globalización?*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 7 (2003), p. 51

<sup>9</sup> Para un autor “...las fuerzas materiales de la sociedad contemporánea, corresponden al desarrollo continuo de la era moderna, y que el pensamiento postmoderno, es un giro de la época que intenta lidiar con la modernidad en términos radicalmente diferentes de aquellos propuestos por el pensamiento ilustrado. En consecuencia, un constitucionalismo postmoderno debería permanecer unido a las perspectivas críticas del postmodernismo” MOOTZ III, FRANCIS J, *Postmodern Constitutionalism as Materialism*, en *Michigan Law Review*, 91 (1992), pp. 515-525 (la traducción es propia).

<sup>10</sup> “...la respuesta al interrogante sobre si existe hoy una verdadera Constitución de la Unión / Comunidad Europea, ha de ser necesariamente negativa, nos sumamos, de esta suerte, a la opinión de, por ejemplo, Peter Häberle. Esto es, sin duda resulta hoy posible hablar de un “Derecho Constitucional común europeo”, en tanto en cuanto que son los mismos o similares, principios y valores los que inspiran todos los Códigos Jurídico-Político Fundamentales de los Estados de la Unión Europea. Sin embargo, no es correcto afirmar la existencia de un Derecho Constitucional europeo. Y no puede hablarse de una Constitución europea, señala el autor, siguiendo a Häberle, “toda vez que Europa como tal no forma un único Estado constitucional”. RUIPÉREZ, JAVIER, *La Constitución Europea y la Teoría del Poder Constituyente* (Madrid, Biblioteca Nueva, 2000), p. 100



como internacional<sup>11</sup>. Ello ha derivado en la debilitación de la soberanía como “poder absoluto y perpetuo”<sup>12</sup>.

En este sentido, se podría afirmar la existencia de una constitución global de carácter postmoderno, que no necesite de un Estado como tal para existir, y que, sin embargo, contenga el presupuesto básico constitucional de limitación al poder estatal frente al individuo. Ello, a través de una influencia mutua de los sistemas de protección de los Derechos Humanos (en adelante, “DD.HH”).

Sin embargo, a pesar de las similitudes que pudiéramos encontrar entre los sistemas de protección europeo e interamericano, una comparación entre ellos mostraría diferencias en principio irreconciliables, que podrían influenciar también sus aspectos jurisprudenciales, impidiendo una fluida interacción entre éstos<sup>13</sup>.

Con todo, también puede sostenerse lo contrario. El postmodernismo es consecuencia, a su vez, del fenómeno de globalización<sup>14</sup>, que “...supone un permanente y creciente proceso de “fertilización cruzada” entre los diversos ordenamientos –bien a nivel legislativo, bien a nivel jurisprudencial lo que, a su turno, ha determinado una suerte de renacimiento, en una amplia gama de disciplinas, de un derecho común transestatal”<sup>15</sup>.

En virtud de lo señalado anteriormente, nos proponemos demostrar la existencia

---

<sup>11</sup> Nos referimos aquí a la propia Constitución de cada país en la medida que señala ciertos derechos esenciales que no pueden ser vulnerados por el Estado o particulares, de los diversos tratados internacionales que tienen por objeto la protección de los DD.HH, y de forma más extrema, a la existencia de comunidades como la Unión Europea, y la transferencia de soberanía por parte de los estados miembros, que implicó su creación. En este sentido, “La adhesión a la Unión Europea, entraña una atribución del ejercicio de competencias soberanas de los diferentes poderes de un Estado (legislativo, ejecutivo, judicial, regiones) a favor de las instituciones comunitarias. Por ello, todo Estado miembro debe disponer del poder jurídico, regulado en su sistema constitucional, para consentir una atribución así”. MANGAS, ARACELI – LIÑÁN DIEGO, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea* (4<sup>a</sup> edición, Madrid, Tecnos, 2004), p. 491 Véase también al respecto, DE LA QUADRA-SALCEDO, TOMÁS, *El Sistema Europeo de distribución de Competencias* (Madrid, Thomson Civitas, 2006), pp.62-69 e HINOJOSA, LUIS MIGUEL, *El Reparto de Competencias entre la Unión Europea y sus Estados Miembros* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006), p. 172-177

<sup>12</sup> BODIN, JEAN, *Los seis libros de la República*, (3<sup>a</sup> edición, traducción castellana de Pedro Bravo Gala, Madrid, Tecnos, 2000), p. 47

<sup>13</sup> Al respecto, Andreé VIANA señala que, de realizarse una suerte de superposición de planos, donde cada sistema se encuentre impreso en una trasparencia, encontraríamos puntos coincidentes, y muchos que no lo son, por lo que no permitirían hacer un mapa común del desarrollo alcanzado por el Sistema Europeo de Derechos Humanos, ni el que se espera en un futuro para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y que si bien en un principio ambos se iniciaron de forma coincidente con una Comisión y un Tribunal, el quiebre entre ambos es manifiesto desde este momento, puesto que ya en su génesis, las competencias y facultades otorgadas a los órganos de cada sistema de protección, eran diferentes y no correspondientes entre sí. VIANA, ANDRÉS, cit. (n.8) pp. 35-36

<sup>14</sup> “...La creciente influencia recíproca entre los diferentes ordenamientos jurídicos, así como entre los postulados teóricos del derecho constitucional comparado, tejen una amplia red de ideas y valores compartidos que se manifiesta en una concepción común de ciertos principios considerados como esenciales a todo régimen democrático. Por esto, el derecho constitucional no puede ignorar el proceso de globalización en el que se encuentra inmerso...”. DEL TORO HUERTA M. *La apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial*, disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/112/art/art9.htm>> [fecha de consulta: 24 de Julio de 2008]

<sup>15</sup> NÚÑEZ, MANUEL, *Una introducción al Constitucionalismo Post-moderno, y al Pluralismo Constitucional*, en *Revista Chilena de Derecho*, 31 (2004) 1, pp. 115-136



de influencias entre los sistemas de protección de DD.HH, específicamente, desde la Corte IDH hacia el TEDH. Ello, en relación con uno de los elementos necesarios para la existencia del constitucionalismo, cual es el reconocimiento de los derechos y libertades que emanan de la naturaleza humana, y su protección a través de diversas vías<sup>16</sup>, garantías que pueden verse mejor desarrolladas en el contexto de una democracia representativa<sup>17</sup>.

## **II.- La Influencia del Sistema Interamericano en materia de Desapariciones Forzadas**

### **1. Las Desapariciones Forzadas en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.**

Hasta la ya clásica sentencia *Velásquez Rodríguez*, no existía un tratado específico que regulara la desaparición forzada de personas en el sistema interamericano, lo que obligó tanto a la Comisión como la Corte IDH a estructurar su doctrina en la materia sobre la base de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, específicamente en los artículos 4, 5 y 7, esto es, derecho a la vida, integridad personal y libertad personal respectivamente<sup>18 19</sup>.

---

<sup>16</sup> Al respecto véase MARTÍNEZ, JOSÉ IGNACIO, *Introducción al Derecho y a las Instituciones de la Unión Europea* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2007), p 122 s.

<sup>17</sup> "...en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos, la democracia representativa es determinante porque no es posible lograr esa protección sino dentro de ese contexto. En efecto, los derechos humanos tal como están contemplados en la Declaración y la Convención americanas, no son comprensibles sino en un Estado democrático, que implica, por definición, la existencia de un estado de derecho. Es posible que en un Estado totalitario se consagren varios de los derechos individuales contemplados en los pactos internacionales. Pero es el estado de derecho el que pone un límite al poder de las autoridades y representa una garantía del respeto a la dignidad del ser humano y a sus derechos esenciales, límite y garantía que no existen en el Estado totalitario." NIETO, RAFAEL, *El Estado Democrático en el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos*, ahora, en Fix-Zamudio, Héctor, (editor), *Liber Amicorum* (San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998), p. 138 s.

<sup>18</sup> El primer tratado que reguló específicamente el derecho humano a no ser sometido a desaparición forzada en el ámbito universal fue la "Convención Internacional Para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas", firmada en París el año 2007. La regulación de las desapariciones forzadas se adoptó por primera vez en la "Declaración Sobre la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas" de la Asamblea General de Naciones Unidas, de fecha 18 de diciembre del año 1992, que no contemplaba un esquema sancionatorio en contra de los Estados. De esta Convención, así como del Estatuto de Roma sobre el Tribunal Penal Internacional, se pueden desprender los elementos para una definición de desapariciones forzadas, siendo ésta, el arresto, detención o secuestro de uno o más individuos, por parte de agentes estatales, o por personas o grupos de personas bajo la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, seguido por la negativa a reconocer los hechos, o a no informar debidamente sobre la suerte o paradero de las personas desaparecidas, con la intención de dejarlas sin protección legal. Véase artículo 2 de la Convención Internacional Para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas, y artículo 7 nº2 letra i) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En el sistema interamericano, se firmó el año 1994 la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que reitera el mismo concepto.

<sup>19</sup> "[E]l método como tal, se configuro en Guatemala entre los años 1963 y 1966, y, desde entonces se delinearon los que hubieran sido sus caracteres distintivos; un panorama de total sumisión psicológica de la comunidad en su conjunto, un clima de terror difuso y la impunidad absoluta de los transgresores de las leyes mas básicas de convivencia humana.



Para la Corte IDH, la figura de las desapariciones forzadas supone la violación de una serie de derechos fundamentales<sup>20</sup>, según señalaremos más adelante. Si las desapariciones forzadas se cometan bajo ciertas circunstancias especiales, podría llegar a constituir un crimen de lesa humanidad<sup>21</sup>.

Así, los primeros indicios que denotan un interés hacia esta figura, se pueden encontrar en los Informes Anuales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los cuales anteceden a la jurisprudencia de la Corte IDH.

En el año 1972, con la comunicación N° 1716, “se denuncia que el ciudadano haitiano señor Joseph Nicolas Gaetjens, arrestado arbitrariamente el 8 de julio de 1964, en la ciudad de Puerto Príncipe, ha desaparecido sin que se [tuviera] noticias de que hubiese sido presentado ante ninguna autoridad judicial de ese país”<sup>22</sup>.

En otro informe, emitido el año siguiente, se dan a conocer denuncias del 5 de febrero de 1971, sobre varios hechos presuntamente violatorios de los derechos humanos en Guatemala y, en particular, la muerte de numerosas personas pertenecientes a las clases trabajadoras del país, durante el estado de sitio declarado por el gobierno a partir del 12 de noviembre de 1970. El 28 de julio de 1972, se denuncia también la situación general de los derechos humanos en la República de Guatemala y se mencionan los nombres de 296 personas muertas o desaparecidas en ese país entre 1971 y primeros meses de 1972<sup>23</sup>.

En este informe, la Comisión de Derechos Humanos desarrolló diversas indicaciones o pautas para los respectivos Estados, haciendo recomendaciones en cuanto a su (falta de) proceder, presionando a los Estados con el propósito de dar debido cumplimiento a las garantías y recursos para que sean efectivos, y con la mayor prontitud<sup>24</sup>.

Así también, en el informe anual del año 1974, encontramos un caso de Bolivia, en

---

En el curso de dos décadas el método se difundió en El Salvador, Chile, Uruguay, Argentina, Brasil, Colombia, Perú, Honduras, Bolivia, Haití y México.” CITRONI, GABRIELLA, *Desaparición Forzada de Personas: Desarrollo del fenómeno y respuestas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *Anuario de Derecho Internacional de la Universidad de Navarra* 19 (2003), p. 373

<sup>20</sup> “La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar... La práctica de desapariciones, a más de violar directamente numerosas disposiciones de la Convención, como las señaladas, significa una ruptura radical de este tratado, en cuanto implica el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención”. *Velásquez Rodríguez*, párrafos 155 y 158 *Godínez Cruz*, párrafos 163 y 166.

<sup>21</sup> Tal como lo señala el Estatuto de Roma en su artículo 7 n° 1 letra i).

<sup>22</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe Anual* (1971) disponible en <<http://www.cidh.org/annualrep/72sp/sec.2c.htm>> [fecha de consulta: 09 de agosto de 2008]

<sup>23</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe Anual*, (1973) disponible en <<http://www.cidh.org/annualrep/73sp/sec.2c.htm>> [fecha de consulta: 09 de agosto de 2008]

<sup>24</sup> Encontramos un ejemplo de esto en el Informe Anual de la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS del año 1973, caso Guatemala, “...‘en vista de la gravedad de las denuncias, del elevado número de casos individuales que ellas comprenden y de la actitud claramente negativa del Gobierno de Guatemala, expresado en su última comunicación’. ...Proponía que se solicitara anuencia de dicho gobierno para que una subcomisión llevara a cabo una observación *in loco* de los hechos, de conformidad con las facultades que asisten a la Comisión según los Artículos 11, c) del su Estatuto y 50 de su reglamento”.



que se hace referencia a una denuncia realizada en 1972, la cual indicaba “que tan pronto se retiró la comisión investigadora las referidas mujeres fueron sacadas de Achocalla y no se había vuelto a saber nada de ellas, temiéndose que estuvieran sufriendo torturas en otro lugar o que hubieran sido asesinadas.”<sup>25</sup>; y un caso Chileno, el cual indica que la Comisión, ya en el año anterior (1973), “...solicitó del Gobierno de Chile, de conformidad con los Artículos 42 y 44 de su Reglamento, la información correspondiente”<sup>26</sup>, sobre las múltiples denuncias por las medidas represivas que el Gobierno Chileno impusiera a los miembros de la oposición y refugiados políticos, solicitándole, además, información concreta sobre los casos de presunta desaparición.

En el sistema europeo, al menos hasta el año 1972, no se aprecian datos sobre desapariciones forzadas, dándonos pie para deducir que es aquí, en el sistema interamericano, donde se comienzan a comunicar las primeras denuncias de detenciones forzosas.

## 2. El TEDH y las Garantías en el Sistema Interamericano.

La Corte IDH ha tenido que resolver sobre esta materia en innumerables ocasiones, desarrollando abundante jurisprudencia que el TEDH ha tenido en cuenta al momento de resolver situaciones ocurridas en Europa. En este sentido, cabe señalar que el TEDH ha hecho alusiones, tanto a sentencias de la Corte IDH, como a instrumentos de origen americano<sup>27</sup>, considerando su jurisprudencia al momento de resolver<sup>28</sup>.

Dentro de las sentencias más importantes en cuanto a desapariciones forzadas emanadas del TEDH, podemos señalar, entre otros, el caso *Ertak v. Turquía*, en que se hace expresa referencia a la Corte IDH<sup>29</sup>, y el caso *Kurt v. Turquía*<sup>30</sup>, en que también podemos notar la alusión mencionada a la Corte IDH.

---

<sup>25</sup>COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS Humanos, *Informe Anual*, (1974) disponible en <<http://www.cidh.org/annualrep/74sp/sec.2a.htm>> [fecha de consulta: 09 de agosto de 2008]

<sup>26</sup>COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS Humanos, cit.(n. 25)

<sup>27</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace referencia a instrumentos como la Convención Americana de Derechos Humanos, Convención Interamericana de Desapariciones Forzadas de Personas. *Kurt v. Turquía*, párr. 67

<sup>28</sup> “Los precedentes establecidos por la Corte Interamericana en materia de desapariciones, estados de sitio, el significado del estado de derecho, y otros, que en algún momento parecían carecer de importancia para el sistema europeo, bien podrían ser de interés para este nuevo sistema europeo de derechos humanos, ampliado y transformado”. BUERGENTHAL, THOMAS, cit. (n. 2) p. 27

<sup>29</sup> En el considerando 106, la sentencia explica la solicitud de los demandantes respecto de la aplicación de una serie de instrumentos jurídicos, entre ellos “(c) the case-law of the Inter-American Court of Human Rights, in particular the Velásquez Rodríguez v. Honduras judgment of 29 July 1988 (Inter-Am. Ct. HR (Ser. C) no. 4 (1988); the Godínez Cruz v. Honduras judgment of 20 January 1989 (Inter-Am. Ct. HR (Ser. C) no. 5 (1989)); and the Cabellero-Delgado and Santana v. Colombia judgment of 8 December 1995 (Inter-Am. Ct. HR)”. *Ertak v. Turquía*, sentencia de fondo.

<sup>30</sup> En el considerando 67, encontramos referencia a casos del sistema interamericano, al indicarse que, “The Inter-American Court of Human Rights had considered the question of enforced disappearances in a number of cases under the provisions of the American Convention on Human Rights and prior to the adoption of the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons: *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, fondo del asunto; *Godínez Cruz v. Honduras*, Sentencia sobre el fondo; *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. *Kurt v. Turquía*.



Por otra parte, los casos más relevantes resueltos por la Corte IDH en la materia son, entre otros, la sentencia Velásquez Rodríguez v. Honduras, 1988, Godínez Cruz v. Honduras, 1989, y Caballero Delgado y Santana vs. Colombia, 1995. Han sido estos casos, de hecho, a los que el TEDH ha hecho mención.

En la parte resolutiva de estas sentencias interamericanas, encontramos elementos que pudieran llevarnos a creer que la Corte IDH ejerce una influencia en cuanto a las garantías que permiten asegurar el ejercicio efectivo de los Derechos.

Por ejemplo, en el caso Velásquez Rodríguez, se consideran vulnerados los deberes de respeto y de garantía del derecho a la libertad personal, de garantía del derecho a la integridad personal, y garantía del derecho a la vida<sup>31</sup>.

Luego, en el caso Godínez Cruz, se determinó que Honduras habría violado también los deberes de respeto y de garantía del derecho a la libertad personal, garantía del derecho a la integridad personal, y garantía del derecho a la vida<sup>32</sup>.

Al revisar las sentencias del TEDH, especialmente Kurt y Ertak, ambos versus Turquía, posteriores a los casos interamericanos ya mencionados, podemos ver que en sus fallos no se señalan expresamente las garantías, ya que más bien se refieren a los derechos directamente.

Sin embargo, sí se mencionan al señalar que se ha violado el artículo 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el cual indica que se requiere que las autoridades entreguen medidas efectivas para evitar las desapariciones, y que faciliten información a tiempo, para reclamar que cierto individuo no ha sido visto desde que fue puesto bajo custodia<sup>33</sup>.

Otro ejemplo lo podemos encontrar en el fallo del caso Ertak v. Turquía, al resolver que existió violación del artículo 2 del Convenio, el cual protege el Derecho a la vida de manera directa, pero dentro de la explicación del porqué se considera vulnerado este derecho, es donde encontramos mención a las garantías que lo protegen, al indicar que la víctima murió en manos de agentes estatales, y que además no hubo una adecuada ni efectiva investigación de las circunstancias que rodearon la desaparición<sup>34</sup>.

Por último, otra posible forma de influencia en cuanto a las garantías, la podemos encontrar en los informes anuales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, según se ha señalado *supra*. En ellos, se hace patente la preocupación por parte de un organismo internacional –como lo es la Comisión- para que se apliquen de manera efectiva las garantías respecto de esta materia, para las cuales el recurso adecuado es el *habeas corpus*, debido a que supone una urgente actuación por parte de las autoridades, para averiguar la legalidad de la acción, y eventualmente alcanzar la pronta libertad del o los individuos<sup>35</sup>.

En este sentido, la práctica de desapariciones forzadas supone una dimensión negativa respecto del deber por parte del Estado, ya que éstas implican una negación de las

<sup>31</sup> *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de fondo, parte resolutiva.

<sup>32</sup> *Godínez Cruz vs. Honduras*, sentencia de fondo, parte resolutiva.

<sup>33</sup> *Kurt v. Turquía*, parte resolutiva.

<sup>34</sup> *Ertak v. Turquía*, parte resolutiva.

<sup>35</sup> *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, *Excepciones Preliminares*, párr. 64; en sentido parecido, *Godínez Cruz vs. Honduras*, párrafo 68; y *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia sobre el fondo, párrafo 65.



garantías que al Estado corresponde resguardar<sup>36</sup>.

De esta manera, se puede sostener que el deber del Estado radica en adoptar medidas efectivas para evitar que se produzcan desapariciones de individuos, y entregar todas las facilidades procedimentales para la investigación de los casos<sup>37</sup>.

Podemos inferir que unas de las contribuciones mediáticas de la influencia que la Corte IDH ha tenido sobre las sentencias del TEDH, es permitir una mejor protección de los DDHH en ámbitos no explorados anteriormente por el sistema europeo como lo son las desapariciones forzadas, protección que en su óptica de garantías específicas son determinantes a la hora de indicar el respeto a los DDHH como premisa básica de un orden constitucional postmoderno de características transnacionales.

En este orden de ideas, debemos ser capaces de encontrar mecanismos jurisdiccionales de tutela de los derechos fundamentales, que en relación con su regulación, sean capaces de cautelar de la forma más adecuada posible los DDHH. En el siguiente capítulo se procederá a revisar la influencia que ha ejercido la Corte IDH en el TEDH con respecto a las medidas provisionales como instrumento jurisdiccional de protección.

### **III.- Influencia de la Corte IDH en materia la aplicación de medidas provisionales como medio efectivo de protección y restitución.**

#### **1. Las Medidas provisionales en el Sistema Interamericano**

En el contexto de otorgar una amplia protección a los derechos fundamentales y de buscar una apropiada reparación para las víctimas de supuestos atropellos<sup>38</sup>, la Corte IDH ha formulado un eficiente mecanismo de resguardo mediante el ejercicio de una “tercera competencia”<sup>39</sup> de carácter preventivo<sup>40</sup>.

Este sistema general de tutela se encuentra establecido en el artículo 63.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en el artículo 25 del Reglamento de la Corte IDH, que las denomina “medidas provisionales”<sup>41</sup> <sup>42</sup>.

<sup>36</sup> *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de fondo, párrafo. 158.

<sup>37</sup> *Kurt v. Turquía*, sentencia que además hace referencia a *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, párrafo 69.

<sup>38</sup> Incluso en casos en que las eventuales víctimas aún no hayan sido debidamente individualizadas. Ver caso *Comunidad de Paz de San José de Apartadó vs. Colombia*, considerando 5, *Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó, vs. Colombia*, considerando 9.

<sup>39</sup> Además de las competencias contenciosa y consultiva.

<sup>40</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005), p. 6

<sup>41</sup> El artículo 25 del Reglamento señala que, “En caso 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 no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”. A su vez, el artículo 63.2 de la Convención señala que “En cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio o a instancia de parte, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención”. Cabe mencionar, sin embargo, que en el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la denominación varía por la de “Medidas Cautelares”.

<sup>42</sup> Medidas provisionales relevantes en casos *Cesti Hurtado vs. Perú*, *Tribunal Constitucional vs. Perú*, *Instituto de Reeducación del Menor, Masacre Plan Sánchez vs. Guatemala*, *Suárez Rosero vs. Ecuador*, *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, *Hermanos Gómez Paquiyauri vs Perú*, *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, *Hilaire, Constantine, Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*.



Ante la existencia de casos que presenten una seriedad tal que sea razonable temer que la o las víctimas puedan sufrir un daño permanente e irreparable, e incluso no existiendo aún un procedimiento contencioso propiamente tal, tanto la Comisión como la Corte IDH<sup>43</sup> están facultadas para ordenar medidas legalmente vinculantes dirigidas al gobierno del país en que se encuentre la víctima.

Estas medidas tienen por objeto detener momentáneamente un hecho de características lesivas, de modo tal que permita que la Corte pueda analizar adecuadamente el caso que ha sido puesto en su conocimiento, así como también evitar una situación que impida que la víctima no pueda ser restituida íntegramente en sus derechos<sup>44</sup>.

La Corte IDH ha dictado medidas provisionales en más de sesenta casos, principalmente en asuntos relativos a la violación de los derechos a la vida y la integridad física, aunque su aplicación ha podido verse extendida a situaciones que conculcan otro tipo de derechos<sup>45</sup>. La aplicación de medidas provisionales se ha configurado como una efectiva herramienta de protección del sistema interamericano en los siguientes sentidos:

- a) En primer término, al solicitar al Estado que no ejecute una determinada acción, esta abstención tendría por objeto preservar la materia específica en la que recae la disputa ante la amenaza que pueda ser destruida o dañada irreparablemente, situación que trae como consecuencia que la Corte no pueda tomar una decisión efectiva respecto al caso concreto.
- b) En segundo término se solicita al Estado que proporcione medidas adecuadas de seguridad a la o las víctimas de supuestas amenazas<sup>46</sup>.
- c) En tercer lugar, estas medidas evitan que la víctima pueda llegar a una situación de daño permanente e irreversible, que impidiera una debida

<sup>43</sup> La Corte, en la práctica, no ha exigido de la Comisión una demostración sustancial de que los hechos son verdaderos, sino que ha procedido con base en la presunción razonable. Vid. ABREU, ALIRIO, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979 – 2004* (2005), p. 133, disponible en <<http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/cuarto%20de%20siglo.pdf>> [fecha de consulta: 13 de agosto de 2008]

<sup>44</sup> En la casi totalidad de los casos, las medidas de protección fueron ordenadas por la Corte a solicitud de la Comisión. Pero en una ocasión (*Casos Velásquez Rodríguez, Fairen Garbi, y Solís Corrales* relativos a Honduras), la Corte las ordenó *motu proprio*. En otras dos ocasiones (*Tribunal Constitucional y Loayza Tamayo* relativos a Perú) su Presidente dictó medidas urgentes *ex officio* (por no encontrarse la Corte en sesión), por tratarse de casos de extrema gravedad y urgencia y para evitar daños irreparables a las personas. Palabras del Juez CANÇADO TRINDADE, citado en ABREU, ALIRIO, cit. (n. 43), p. 133

<sup>45</sup> Ver casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, párrafo 1, letra a), *Luisiana Ríos y otros vs. Venezuela*, párrafo 1, letra a) y b), *Diarios “El Nacional” y “Así es la Noticia” vs. Venezuela*, considerandos 10 y 11, “*Globorvisión*” v. *Venezuela*, considerandos 7 y 8 (casos de libertad de expresión).

<sup>46</sup> “En efecto, el actual sistema internacional de protección de los Derechos Humanos, coadyuvante o complementaria de la protección interna, se basa en la responsabilidad de los Estados por la violación de sus deberes de respetar estos derechos y de imponer y asegurar las condiciones que hagan posible ese respeto”. GROSS ESPIELL, HÉCTOR, *Responsabilidad del Estado y Responsabilidad Penal Internacional en la Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Fix- Zamudio, Héctor (editor), *Liber Amicorum* (San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derecho Humanos, 1998) p. 11



subsanación, o el retorno al estado anterior al mal permanente que pudiera acaecer<sup>47</sup>.

Aunque estas medidas aparecen claramente establecidas en los instrumentos del sistema regional americano, se ha discutido si éstas poseen un carácter jurídicamente vinculante para los miembros que han adoptado dichos instrumentos. En este sentido la Corte IDH, en el Caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, se pronunció de forma explícita respecto al carácter generalmente obligatorio de la aplicación de medidas precautorias:

En efecto, el considerando 14 señaló “*Que la disposición establecida en el artículo 63.2 de la Convención confiere un carácter obligatorio a la adopción, por parte del Estado, de las medidas provisionales que le ordene este Tribunal, ya que el principio básico del derecho de la responsabilidad del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, [ha señalado que] los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales de buena fe (pacta sunt servanda)...*”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también se ha manifestado en este sentido, estableciendo que las medidas provisionales que se ordenan a los Estados poseen un carácter vinculante<sup>48</sup>. Además, en aquellos casos en que los Estados no han dado cumplimiento a las medidas precautorias ordenadas por la Comisión, esta misma ha recurrido a la Corte para que dicte las medidas pertinentes.

## 2. El Sistema Europeo en el ámbito de las Medidas Precautorias.

Aunque en apariencia pueda parecer distinto, la utilización de medidas precautorias como medio efectivo para poner atajo a hechos, que de continuar su curso normal podrían constituir una amenaza para determinados derechos del solicitante, fue producto de la necesidad y consecuencia de la experiencia misma del actuar de las Cortes, más que la manifestación procesal de una facultad expresamente señalada en sus respectivos

---

<sup>47</sup> Puede ser discutible que las medidas precautorias y la *restitutio in integrum* vayan realmente por un mismo camino. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005), p. 40

<sup>48</sup> “*Con respecto a las afirmaciones del Estado respecto del carácter no obligatorio de las medidas cautelares de la Comisión, ésta previamente expresó en este informe su profunda preocupación en relación con el hecho de que su capacidad para investigar efectivamente y dictaminar en torno a casos de pena capital se ha visto frecuentemente socavada cuando los Estados han fijado y llevan adelante la ejecución de los condenados, pese a tener actuaciones pendientes ante la Comisión. Es por esta razón que en los casos de pena capital la Comisión solicita medidas cautelares de los Estados para suspender la ejecución del recluso condenado hasta tener oportunidad de investigar sus reivindicaciones. Además, a juicio de la Comisión, los Estados miembros de la OEA, al crear la Comisión y encomendarle, a través de la Carta de la OEA y del Estatuto de la Comisión, la promoción de la observancia y protección de los derechos humanos de los pueblos americanos, se han comprometido implícitamente a implementar medidas de esta naturaleza en los casos en que ello es esencial para preservar el mandato de la Comisión. En los casos de pena capital en particular, el hecho de que el Estado miembro no preserve la vida del recluso condenado estando pendiente de examen por la Comisión su denuncia, sustrae toda eficacia al proceso ante la Comisión, priva a los condenados del derecho de petición ante el sistema interamericano de derechos humanos y determina un daño grave e irreparable para esas personas, y por lo tanto es falto de correspondencia con las obligaciones del Estado*”. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Reporte No. 52/01, Caso N°. 12.243, *Juan Raúl Garza v. Estados Unidos*, de 4 de Abril de 2001, (Reporte Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Año 2000), p. 117 Disponible en <<http://www.cidh.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/EEUU12.243a.htm>> [fecha de consulta: 14 de agosto 2008]



instrumentos<sup>49</sup>.

No puede encontrarse en la Convención Europea de Derechos Humanos, ninguna disposición que explícitamente le haya otorgado facultades al Tribunal Europeo (ni en su momento tampoco a la antigua Comisión<sup>50</sup>), ya sea para solicitar u ordenar medidas precautorias o provisionales.

No obstante lo anterior, esta práctica surgió producto de la necesidad imperativa de otorgar una tutela efectiva y fue consagrada en las reglas de procedimiento de ambos órganos para preservar el objeto que debía ser sometido a su conocimiento. Desde la perspectiva europea la utilización de medidas precautorias sería procedente si:

- a) Existe una situación urgente y excepcional, y que además se hayan agotado todos los recursos internos para prevenir la ocurrencia de esta situación.
- b) Dicha situación de amenaza debe importar una violación a la Convención Europea de Derechos Humanos.
- c) Debe existir un riesgo de daño irreparable<sup>51</sup>.

### 3. Postura Inicial.

Tradicionalmente el TEDH no consideró que las medidas precautorias consagradas en sus Reglas de Procedimiento tuvieran un carácter generalmente obligatorio<sup>52</sup>, debido a que tales medidas se encuentran establecidas en las normas procedimentales del tribunal, y no en el texto de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Esta situación resultaría determinante, ya que según la estimación del Tribunal, los Estados Parte no estarían obligados jurídicamente a cumplir u obedecer un mandato de aplicación de medidas precautorias, ya que el Tribunal no posee facultades expresas para dictarlas, mucho menos para “ordenarlas”<sup>53</sup>. Éste planteamiento queda plasmado en la decisión adoptada en el caso *Cruz Varas versus Suecia*<sup>54</sup>.

<sup>49</sup> FIX – ZAMUDIO, HECTOR, *Prólogo a la Publicación sobre Medidas Provisionales*, en *Serie Compendio: 1989 a 1996, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1 (1996). Disponible en <<http://www.law.wits.ac.za/humanrts/iachr/E/1-esp-pro.html>> [fecha de consulta: 25 de julio de 2008]

<sup>50</sup> La Comisión Europea de Derechos Humanos fue derogada en virtud del Protocolo N° 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que entró en vigor el 1 de Octubre de 1998.

<sup>51</sup> HAECK, YVES et. al., *Non-Compliance with a Provisional Measure Automatically Leads To a Violation of the Right of Individual Application ... or Doesn't It?*, en *European Constitutional Law Review*, 4 (2008), p. 43

<sup>52</sup> Rule 39: (Interim measures)

1. *The Chamber or, where appropriate, its President may, at the request of a party or of any other person concerned, or of its own motion, indicate to the parties any interim measure which it considers should be adopted in the interests of the parties or of the proper conduct of the proceedings before it.*

2. *Notice of these measures shall be given to the Committee of Ministers.*

3. *The Chamber may request information from the parties on any matter connected with the implementation of any interim measure it has indicated.*

<sup>53</sup> HAECK, YVES, cit. (n. 51), p. 41

<sup>54</sup> *Cruz Varas y otros v. Suecia*



En el caso en cuestión Héctor Cruz Varas, ciudadano chileno, arribó a Suecia en 1987, lugar en el que solicitó asilo político. Cruz Varas declaró a la policía sueca haber sido miembro activo de agrupaciones de corte socialista, lo cual le habría significado detenciones y maltratos durante el gobierno del General Augusto Pinochet. En 1988 la Oficina Nacional de Inmigración sueca rechazó otorgarle a Cruz Varas el estatuto de refugiado (estatus que también le fue negado a su esposa e hijo) y optó por expulsarlos y prohibirles regresar a Suecia, aduciendo que no existían razones políticas lo suficientemente graves para considerarlos refugiados, a pesar que Cruz Varas declaró que el regreso a Chile podría significarle ser sometido a detención, tortura o muerte.

Mediante la dictación de una medida precautoria, la derogada Comisión Europea de Derechos Humanos sugirió al gobierno sueco no expulsar al peticionario hasta haber obtenido un adecuado examen de los hechos descritos en la demanda. Sin embargo, Cruz Varas fue devuelto a Chile.

En diciembre de 1989, la Comisión declaró admisible la demanda en lo que se refería a la violación de los artículos 3 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. En su informe, se señaló que no existía violación de los artículos mencionados. Sin embargo, se estableció que el gobierno sueco había quebrantado las obligaciones que le correspondían en virtud del antiguo artículo 25.1, al no evitar la expulsión de Cruz Varas tal y como la propia Comisión le había pedido sobre la base del artículo 36 (actual artículo 39) de su reglamento interno.

El Tribunal Europeo citó en su decisión el caso *Soering*<sup>55</sup>, en el que se determinó que la decisión de un Estado de extraditar a un fugitivo podía representar una inobservancia al artículo 3 de la Convención, comprometiendo la responsabilidad del Estado, siempre que se demuestre que el interesado, en caso de ser extraditado al país requirente, corriese el riesgo real de ser sujeto de tortura, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

En apariencia este análisis podría conducir a sostener que la antigua Comisión y el Tribunal estarían dotados de las facultades necesarias para ordenar medidas provisionales con el fin de preservar los derechos de las partes, pese a que el Convenio nada diga explícitamente sobre el particular.

Sin embargo, el Tribunal señala que una indicación de la Comisión realizada sobre la base del artículo 36 (actual 39) de su Reglamento de procedimiento no es susceptible de crear una obligación jurídica, y que se forzaría el sentido del antiguo artículo 25.1 del Convenio en caso de extraer de su tenor tal obligación. Esta obligatoriedad tampoco podría extraerse de los principios generales del Derecho Internacional, dado que la fuerza vinculante de las medidas provisionales emanadas de los tribunales internacionales es una cuestión controvertida, y no existe una regla jurídica uniforme al respecto. Son los Estados parte los que deben tener la oportunidad de resolver esta situación adoptando una disposiciones explícitas sobre la materia. Esta visión se confirma con posterioridad en el caso *Conka y otros v. Bélgica*.

#### **4. Postura Actual.**

<sup>55</sup> *Soering v. Reino Unido*.



El cambio respecto al carácter jurídicamente vinculante de las medidas precautorias ordenadas por el Tribunal de Estrasburgo, provino de lo resuelto en el caso *Mamatkulov y Askarov v. Turquía*.

Los demandantes, miembros de un partido de oposición, fueron arrestados en Turquía a requerimiento del gobierno de Uzbekistán, país que los buscaba por cargos de terrorismo.

Ante el Tribunal, los demandantes alegaron que su extradición a Uzbekistán constituyía una clara violación a sus derechos, debido a que existía una alta probabilidad que fueran sometidos a torturas y toda clase de apremios ilegítimos. La Cámara, compuesta por siete jueces, conociendo del asunto indicó que bajo el artículo 39 del Reglamento de la Corte, los solicitantes no deberían ser extraditados hasta que se pudiera revisar adecuadamente el fondo la demanda. A pesar de esto, Turquía entregó a Mamatkulov y a Askarov<sup>56</sup> a las autoridades de Uzbekistán.

En su presentación, los demandantes citaron la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>57</sup> como material relevante a la hora de considerar la obligatoriedad de las medidas provisionales.

Entre otros casos citados, cabe destacar lo que se sostuvo sobre la materia en el caso *Loayza Tamayo v. Perú*. En efecto, en el párrafo 80, la Corte IDH señaló: “*Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena [Sobre el Derecho de los Tratados de 1969], si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función ‘promover la observancia y la defensa de los derechos humanos’ en el hemisferio*”.

También se destacó lo expresado en las medidas provisionales del caso *James y otros vs. Trinidad y Tobago*<sup>58</sup>, en las que se señala que: “*Que los Estados Partes en la Convención Americana deben cumplir, de buena fe, (pacta sunt servanda) con todas las disposiciones de la Convención, incluyendo aquellas provisiones relativas a la operación de los dos órganos supervisores de Sistema Interamericano; y, de acuerdo con el objetivo fundamental de la Convención, que es garantizar la protección efectiva de los derechos humanos (artículo 1.1, 2, 51, 63.2), los Estados Parte deben abstenerse de incurrir en acciones que vayan en contra del restitutio in integrum de los derechos de las supuestas víctimas*”.

Turquía, el Estado demandado, argumentó que el caso *Cruz Vargas v. Suecia* era un precedente suficiente para sostener que los Estados contratantes de la Convención no se encuentran bajo ninguna obligación jurídica de cumplir con las medidas precautorias ordenadas por el TEDH bajo el artículo 39 dado que en ausencia de una norma expresa en la Convención Europea, no se podría sostener que dicha institución tuviera facultades para ordenar medidas vinculantes, ni mucho menos considerar que el hecho que un Estado no observe el cumplimiento de estos mecanismos de protección podría implicar una

<sup>56</sup> *Mamatkulov y Askarov v. Turquía*.

<sup>57</sup> *Affaire Genie Lacayo v. Nicaragua, James y otros vs. Trinidad y Tobago, Caballero Delgado y Santana v. Colombia, Chunimá v. Guatemala, Hilaire, Constantine, Benjamin y Otros v. Trinidad y Tobago, Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana*

<sup>58</sup> *James y otros vs. Trinidad y Tobago*, Considerando 9.



responsabilidad equiparable a quebrantar el derecho sustantivo de la Convención.

Para efectos de resolver esta situación, el TEDH tomó en consideración las prácticas recientes del Comité de Derechos Humanos de la ONU, del Comité contra la Tortura de la ONU, de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Internacional de Justicia, así como también su propia jurisprudencia anterior en el caso *Cruz Varas*<sup>59</sup>.

El Tribunal consideró que en el caso antes mencionado, sólo se examinaron las atribuciones de la Comisión Europea de Derechos Humanos para ordenar medidas precautorias, pero que en ningún caso se consideró la procedencia de los poderes propios del TEDH para requerir dichas medidas. Por lo tanto, en atención a sus facultades, el TEDH señaló que los Estados Parte no deben entorpecer o impedir que el Tribunal realice una evaluación efectiva de la demanda, y que precisamente el mecanismo de las medidas precautorias permite llevar a cabo un examen efectivo de la demanda, y asegurar que la protección establecida por la Convención sea efectiva<sup>60</sup>.

En consecuencia, el Tribunal concluyó que “*cualquier Estado Parte de la Convención al cual se le haya ordenado aplicar medidas precautorias con el objeto de evitar daños irreparables a la víctima como consecuencia de una supuesta violación, debe cumplir con esas medidas y abstenerse de cualquier acción u omisión que socave la autoridad y efectividad de la sentencia final*”<sup>61</sup>.

El TEDH determinó que la inobservancia en el cumplimiento de las medidas provisionales consagradas en el artículo 39 de sus Reglas de Procedimiento, constituyen una infracción a las obligaciones del Estado bajo el artículo 34 de la Convención Europea<sup>62</sup>.

Dado que la Convención Europea no contiene una norma comparable al artículo 63.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, es de particular interés notar que el Tribunal Europeo seleccionó el artículo 34 de la Convención, que establece la posibilidad que los individuos puedan presentar sus reclamos ante el Tribunal, y que dicho organismo razona que el incumplimiento de una medida precautoria (establecidas para salvaguardar la materia del caso que debe conocerse) implica violar la integridad del procedimiento de petición individual.

Posteriormente, en el caso *Aoulmi v. Francia*, por vez primera el TEDH utiliza el término “*obligatorio*” para referirse al carácter que poseen las medidas precautorias respecto de los Estados parte<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> Sobre el particular ver la presentación de la Comisión Internacional de Juristas disponible en <[http://www.ici.org//news.php3?id\\_article=3227&lang=es](http://www.ici.org//news.php3?id_article=3227&lang=es)> [fecha de consulta: 24 de julio de 2008].

<sup>60</sup> El lenguaje utilizado en la sentencia ha permitido a la doctrina elaborar dos interpretaciones: a) La inobservancia de una medida provisional puede (y a la vez no puede) constituir un atentado automático al derecho de petición individual. b) Aunque una medida provisional sea en efecto obligatoria, su incumplimiento no significa una lesión al derecho de petición individual. HAECK, YVES, cit. (n. 51), p. 48

<sup>61</sup> *Mamatkulov y Abdursulovic v. Turquía*, Considerando 110 y 111.

<sup>62</sup> Article 34 of the Convention provides: *The Court may receive applications from any person, non-governmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the protocols thereto. The High Contracting Parties undertake not to binder in any way the effective exercise of this right.*

<sup>63</sup> *Aoulmi v. Francia*, sentencia de fondo, Párrafo 111: “*The Court reiterates that by virtue of Article 34 of the Convention Contracting States undertake to refrain from any act or omission that may hinder the effective exercise of an individual applicant's right of application. It stresses that, in the present case, even though the binding nature of measures*



Dentro de este mismo tema es relevante mencionar el caso *Olaechea Cahuas*<sup>64</sup>, en el que el TEDH solicitó a España que no siguiera adelante con la extradición hacia Perú del demandante para ser juzgado por terrorismo. La Audiencia Nacional tuvo en cuenta, para pronunciarse a favor de la extradición, la nota verbal remitida por la Embajada del Perú en la que se garantizaba que el demandante no sería sometido a tratos inhumanos o degradantes, y que no se le condenaría a cadena perpetua, pena aplicable al delito por el que se reclamaba la extradición.

El TEDH requirió a España que suspendiera temporalmente la extradición hasta que no decidiera sobre el fondo del asunto. No obstante, el demandante fue extraditado al día siguiente.

A juicio del Tribunal, la suspensión cautelar de la extradición vulneró el compromiso adquirido por parte del Estado al ratificar el Convenio de no poner trabas al ejercicio eficaz del derecho de todo demandante a presentar su demanda ante la Corte.

Este proceder del Tribunal de Estrasburgo reafirma el principio de *Ius Cogens* de *Non-refoulement* (no devolución), consagrado en la Convención de Ginebra<sup>65</sup> y en su Protocolo, que contiene normas relativas al trato a refugiados, la protección de éstos y la prohibición de enviarlos de vuelta a sus países de origen cuando sus libertades o derechos puedan ser puestos en potencial peligro.

El alcance de este principio se ha visto ampliamente reforzado por la decisión del Tribunal Europeo en el caso *Saadi versus Italia*<sup>66</sup>, sentencia en la que de forma unánime se modifica la jurisprudencia pasada y se opta por una postura progresista en concordancia al actuar de otras cortes internacionales de derechos humanos. El envío de individuos de vuelta a países en los que existiera una seria presunción que podrían enfrentar amenazas de tortura u otro tipo de apremio ilegítimo, está totalmente prohibida y no es admisible que la ley contemple excepciones a esta situación.

Para concluir, se puede señalar que la inobservancia de una medida prejudicial, aunque no constituye en su esencia una trasgresión a un derecho sustantivo específico, sí puede ser considerada como un agravante de la responsabilidad del Estado, en el caso que aquellos hechos que se busca contener por medio de una medida provisional, puedan en lo sucesivo provocar un daño permanente al beneficiario de éstas.

---

*adopted under Rule 39 had not yet been expressly asserted at the time of the applicant's expulsion, Contracting States were nevertheless already required to comply with Article 34 and fulfill their ensuing obligations".*

<sup>64</sup> *Olaechea Cahuas v. España.*

<sup>65</sup> Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43 Serie Tratados de Naciones Unidas, N° 2545, Vol. 189, p. 137.

<sup>66</sup> *Saadi v. Italia.* La decisión también se refiere al asunto de los "aseguramientos diplomáticos" y si es que el deber de un Estado de no deportar, puede ser relativizado por las promesas que hace el Estado que solicita la extradición de no someter a la supuesta víctima a ningún trato vejatorio. El Tribunal estimó en el párrafo 147 que: "*In that connection, the Court observes that the existence of domestic laws and accession to international treaties guaranteeing respect for fundamental rights in principle are not in themselves sufficient to ensure adequate protection against the risk of ill-treatment where, as in the present case, reliable sources have reported practices resorted to or tolerated by the authorities which are manifestly contrary to the principles of the Convention*". Se sostiene en consecuencia que estos aseguramientos diplomáticos no son inherentemente confiables y susceptibles de reforzarse de manera práctica, por lo que no constituyen un remedio efectivo contra posibles maltratos.



La tendencia jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo ha evolucionado por una evidente influencia de visiones más progresistas que se han ido desarrollando en otros tribunales de derechos humanos, y en particular en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esta beneficiosa influencia de la experiencia americana hacia el quehacer de su par europeo, tiene una especial significación, no sólo en el sentido de asociar un incumplimiento determinado a la violación de un instrumento internacional, sino en cuanto a que la debida cooperación del Estado fortalece su rol de garante en la creación de las condiciones idóneas de acceso a una tutela eficaz de los derechos fundamentales.

Hemos mencionado reiteradamente este deber del Estado en tanto garante, para con sus ciudadanos, respecto a los instrumentos que los sistemas regionales les otorgan para dicho fin, y que le confieren el estatus de tal.

En este orden de ideas, la siguiente sección de nuestro trabajo pretende poner en relieve la interacción entre ambos tribunales, en relación con el agotamiento de los recursos internos y la influencia que nuestra Corte IDH ha tenido sobre los dictámenes del TEDH en esta materia.

#### **IV.- La influencia de la Corte IDH en el ámbito del agotamiento de los recursos internos**

Uno de los cambios más trascendentales que se ha llevado a cabo en la sociedad internacional, consiste en la reorientación<sup>67</sup> de la visión de la subsidiariedad del Derecho Internacional, que fundándose en el respeto a la soberanía<sup>68</sup> nacional busca evitar la vulneración que conllevaría la intervención de la Sociedad Internacional a través de la acción de las Cortes Internacionales, en asuntos internos inconclusos o derechamente no iniciados.

Así la subsidiariedad y la soberanía<sup>69</sup> se erigen como características y principios estructurales<sup>70</sup> del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es por esto que la serie de cambios en la aplicación que ellas importa consecuencias fundamentales.

El principio de subsidiariedad del Derecho Internacional se traduce, entre otras cosas, en la necesidad de agotar todos los mecanismos del ordenamiento jurídico interno para la protección de los derechos humanos, antes de poder buscar el amparo del Derecho

<sup>67</sup> Véase también al respecto, FERNÁNDEZ, PABLO, *La Soberanía Poliédrica*, ahora, en AAVV: *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carillo Salcedo* (2005), pp. 589-592

<sup>68</sup> Ya al comienzo de este estudio veíamos como la soberanía, en cuanto a poder absoluto y perpetuo, se ha ido debilitando. Hablamos por supuesto de la soberanía de los Estados, que han ido cediendo parte de ella en pos del robustecimiento de organismos supranacionales (como lo son las Cortes Internacionales). Lo que es crucial remarcar es que no se trata que la soberanía pierda importancia, sino que podría estar siendo delegada o cedida, lo que implica el ejercicio de la facultad más potente del dominio del Estado, la disposición sobre la soberanía, además que exista una suerte de cesión o delegación a favor de organismos internacionales no hace otra cosa que demostrar su importancia.

<sup>69</sup> Por motivos de extensión y foco de esta investigación no ahondaremos en los demás cambios derivados de la evolución del concepto de soberanía y subsidiariedad. Refiriéndonos a ellas sólo en lo relativo al agotamiento de recursos internos.

<sup>70</sup> Véase CAROZZA, PAOLO, *Subsidiarity as a structural principle of International human rights law* (2003), disponible en: <<http://www.asil.org/ajilcarozza>> [fecha de consulta: 5 de Julio de 2008]



Internacional como último garante y protector de los derechos fundamentales. Ello redunda en el establecimiento de un requisito de admisibilidad adicional en comparación con los sistemas internos<sup>71</sup>.

### **1. El agotamiento de recursos internos como garantía dual**

Tanto en el Sistema Europeo como en el Interamericano se contempló como requisito de admisibilidad el agotamiento de recursos internos, como una garantía a favor del Estado<sup>72</sup>, al permitirle solucionar por la vía interna las dificultades del modo que parezca más conveniente, mientras la solución se ajuste a derecho, y sin la necesidad de responder ante órganos internacionales, lo que acarrea una serie de desventajas tanto monetarias como políticas.

Además, la subsidiariedad tiene una utilidad procesal, que consiste en evitar el aumento explosivo de las causas llevadas ante Cortes Internacionales, lo que lejos de colaborar con la debida protección de los derechos humanos supondría un retardo innecesario en la tramitación de las causas y la ineffectividad de los recursos internacionales, afectando, de esta manera, la última forma o medio de protección.

Pero esta obligación de los demandantes conlleva, a su vez, una para sus Estados, dada por la necesidad de contar con recursos internos que agotar. Ello equivale a la obligación para el Estado de proveerlos<sup>73</sup>, lo que constituye una garantía a favor de los particulares que les permite, en principio, contar con recursos efectivos para la protección de sus derechos.

### **2. La realidad como condicionante y orientador de las garantías.**

A pesar que en los sistemas Interamericano y Europeo se encuentra contemplado el requisito de agotamiento de recursos en sus dos dimensiones (como garantía a favor del estado y de los particulares), y de su aparente similitud, debemos precisar que, según se ha señalado, aquél sufre una suerte de “esquizofrenia”<sup>74</sup>, que lleva a que se declaren derechos mediante fórmulas jurídicas que permiten incumplir impunemente los compromisos.

<sup>71</sup> Requisito prescrito en el artículo 35 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, mientras que en el sistema Interamericano encontramos que el Pacto de San José de Costa Rica establece en su artículo 46 este mismo requisito, pero orientado a la admisibilidad por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que es quién presenta los casos a la Corte (a diferencia del sistema europeo, en nuestro sistema aún no existe un reconocimiento de *ius standi* a los particulares). De modo que, para estos efectos, la Comisión constituye un filtro de los casos que posteriormente podrán ser presentados a la Corte. Es así que podemos considerar que el artículo 46 del Pacto de San José es equivalente al artículo 35 de su homólogo Europeo.

<sup>72</sup> La jurisprudencia internacional ha reconocido esta garantía a favor del Estado en múltiples ocasiones lo que queda demostrado con resoluciones de la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos, como la sentencia de excepciones preliminares, Caso *Godínez Cruz*, párrafo, 89; Corte Inter-Americana de Derechos Humanos, sentencia de excepciones preliminares, Caso *Fairén Garbi y Solís Corrales*, párr. 86; y Corte Inter-Americana de Derechos Humanos, sentencia de excepciones preliminares, Caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, párr. 87.

<sup>73</sup> Esta necesidad-obligación se encuentra consagrada tanto por la Convención Europea de Derechos Humanos en su artículo 13, como por su análoga Inter-Americana en el artículo número 25.

<sup>74</sup> VIANA, ANDRÉS, cit. (n. 2), p. 24-26



Esta declaración meramente programática tiene su raíz en las malas prácticas<sup>75</sup> heredadas desde los años sesenta y setenta en los que las dictaduras y gobiernos militares promovieron el desconocimiento de derechos fundamentales y violaciones sistemáticas a los mismos, a la vez que ratificaban tratados internacionales de protección de derechos humanos entendiendo el contenido de la Convención sólo como declaraciones de buenos propósitos sin real operatividad<sup>76</sup>.

Por esta razón, la Corte IDH ha desarrollado una desconfianza natural hacia los Gobiernos<sup>77</sup>; pero diferimos de la visión de Viana Garcés por cuanto creemos que esa desconfianza, no sólo ha servido como fuente del rigor Corte, sino que también la ha obligado a desplegar múltiples razonamientos e interpretaciones que han desembocado en diversas garantías a favor de las víctimas para hacer efectiva la responsabilidad estatal, así como una mayor precisión a la hora de positivar las obligaciones estatales. Esto se hace patente al ver la extensión y detalle de las normas relativas a la materia en las convenciones de ambos sistemas<sup>78</sup>.

Por contraparte, el sistema Europeo contó con un mayor nivel de compromiso a la hora de suscribir y ratificar su convención, dado por el alto consenso de la necesidad de proteger los derechos humanos. Podría sostenerse que este consenso fue logrado luego de las dos guerras mundiales, que implicaron grandes atropellos de los derechos humanos de la población Europea.

Una vez realizadas estas precisiones, nos corresponde abarcar la efectiva influencia de la Corte IDH en el Sistema Europeo, pero por la cantidad de interrelaciones entre las sentencias de ambas Cortes, y por una cuestión metodológica, hemos optado por plantear primeramente cuales son estos puntos de influencia, y su interpretación y aplicación por la Corte IDH<sup>79</sup>. Luego, analizaremos cómo, cuándo, y porqué la Corte IDH ha influido en el TEDH.

Los puntos de influencia mencionados dicen relación principalmente con la no aplicación de la obligación de agotar los recursos internos por ser estos existentes, pero inadecuados o ineficaces; con la carga probatoria de la existencia, idoneidad y efectividad de tales recursos; y la renunciabilidad (por parte del Estado) del derecho a que se agoten previamente los recursos internos.

<sup>75</sup> Estas malas prácticas dicen relación con la escasa cooperación de los Gobiernos con las investigaciones, incumplimiento de plazos, interposición sistemática de excepciones dilatorias, retardo en la ejecución de las sentencias, etc.

<sup>76</sup> GONZÁLEZ, FELIPE, *La OEA y los Derechos Humanos después del advenimiento de los gobiernos civiles: Expectativas (in)satisfechas* en *Revista de Derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte* 16 (2001), p. 54

<sup>77</sup> Vid. VIANA, ANDRÉS, cit. (n.2), p. 59

<sup>78</sup> VIANA GARCÉS plantea que la superioridad de la Convención Interamericana que se demuestra en el mayor desarrollo de los derechos protegidos tal vez se deban a “que es posterior en el tiempo y ha podido beber de las fuentes de un Derecho Internacional de los Derechos Humanos más desarrollado y con menos quiebres conceptuales”. A ello se puede agregar la desconfianza de la Corte en los Estados, y la falta de consenso en la necesidad de proteger los Derechos Humanos, podríamos advertir que no es sólo el mayor desarrollo doctrinal lo que llevó a la corte a positivar las normas con mayor detalle, sino que también se buscaba limitar la capacidad de los Estados de incumplir impunemente las normas a través de resquicios o silencios legales. VIANA, ANDRÉS, cit. (n.2) p. 42 y s.

<sup>79</sup> Por el propósito de esta investigación y la limitación de extensión prescindiremos de realizar un análisis completo de la normativa y aplicación de la misma relativa al agotamiento de recursos internos, y sólo nos centraremos en aquellos puntos en los que hay influencia desde la Corte IDH al Tribunal Europeo.



### **3. Necesidad que los recursos sean adecuados y eficaces en el sistema Interamericano**

La Convención Interamericana, en su artículo primero, consagra el compromiso de los Estados de respetar los derechos, lo que en conjunto con el artículo 25<sup>80</sup> conlleva necesariamente la obligación del Estado de proveer a los particulares de recursos internos que protejan sus derechos.

Del análisis de estos artículos es posible extraer que tales recursos internos deben ser adecuados, y efectivos<sup>81</sup>. Que sean adecuados significa que el recurso dentro del sistema de Derecho Interno debe ser idóneo<sup>82</sup> para proteger el derecho o situación jurídica que se vulnera; mientras que su efectividad estará dada por la capacidad de producir el resultado para el cual el recurso fue creado<sup>83</sup>. Esto ha sido corroborado por la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>84</sup>.

Basándose en la precisión de estos conceptos, la misma Corte IDH ha establecido que “Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable”<sup>85</sup>.

Esta interpretación, junto con ser bastante acertada, es muy útil porque permite complementar las exenciones al agotamiento de recursos internos del artículo 46 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, puesto que esta última sólo permite eximir del agotamiento cuando 1) no exista legislación interna acorde al debido proceso legal respecto de los derechos presuntamente violado; 2) que no se haya permitido al lesionado el acceso a los recursos internos, o que habiéndosele permitido se le haya imposibilitado de agotarlos; y 3) que haya un retardo injustificado en la decisión de los recursos.

### **4. La carga probatoria relativa a los recursos internos en el Sistema Interamericano**

<sup>80</sup> El Artículo 25 del Pacto de San José, se refiere a la protección judicial, y el derecho de los particulares a contar con un recurso que los proteja de las violaciones a sus derechos fundamentales

<sup>81</sup> Decimos extraer, porque la norma establece expresamente que los recursos deben ser sencillos, rápidos y efectivos, sin explicitar el sentido y alcance de estas expresiones, por lo que la Corte (y la Comisión) han debido interpretarlos, y es esa interpretación y su consecuente aplicación la que es lo central de este apartado.

<sup>82</sup> Esto se encuentra recogido en el párr. 64 de la sentencia de fondo de *Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Otra sentencia interesante es la *Ivcher Bronstein vs. Perú*, al señalar que “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”.

<sup>83</sup> Esto se encuentra recogido (en términos análogos) por el párr. 66 de la Sentencia de fondo de *Velásquez Rodríguez v. Honduras*.

<sup>84</sup> Caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia, Excepciones Preliminares*, párr. 63; Caso *Fairén Garbi y Solís Corrales*, párrafos 87-88; Caso *Godínez Cruz v. Honduras*, párrafos 66-67; *Velásquez Rodríguez*, párrafo 63 y siguientes. Además destaca que en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, la Corte IDH ha señalado que “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”.

<sup>85</sup> *Velásquez Rodríguez*, sentencia de fondo, párr. 64.



Del requisito de agotamiento de los recursos internos para recurrir a las Cortes Internacionales, surge la cuestión de la carga probatoria.

Debemos recordar que es la parte afectada quien solicita a la Corte su intervención (a través de la Comisión) y es obligación de ésta cumplir con los requisitos de admisibilidad. El requirente le está señalando a la Corte que el Estado ha violado o es inminente la violación de éstos, y que ya agotó todos los recursos internos (por ser un presupuesto básico de admisibilidad), lo que conlleva que es esta parte quien debe probar sus aseveraciones.

Sin embargo, la Corte IDH ha establecido una nueva garantía a favor del particular al invertir la carga probatoria. Dicho de otro modo, es el Estado quien debe probar que existen recursos adecuados y efectivos que no han sido utilizados<sup>86</sup>.

Lo anterior ha quedado de manifiesto en la sentencia *Velasquez Rodriguez* (párrafo 88) al indicar que “(el Estado) tiene a su cargo el señalamiento de los recursos internos que deben agotarse y de su efectividad”.

Esta “inversión del onus probandi” surge de la necesidad de proteger al particular que se encuentra en posición de indefensión<sup>87</sup>. Además, en más de una ocasión la defensa Estatal se ha limitado a alegar que no se han agotado los recursos y que es deber de la contraparte probar que los ha agotado (que son inadecuados e ineficaces o que se le ha impedido acceder a ellos, o que existe un retardo injustificado en la resolución de los mismos, etc.)<sup>88</sup>.

## 5. Renuncia al agotamiento de recursos internos por parte del Estado

Hoy en día se considera que “el agotamiento de los recursos internos está establecido a favor del Estado, porque el Derecho Internacional Público siempre le permite al Estado la posibilidad de reparar, y no le parece justo recurrir a un órgano internacional si no se ha reclamado primero internamente. De modo que el que puede interponer la excepción de agotamiento de los recursos internos es el Estado”<sup>89</sup>.

Sin embargo, esta visión ha tomado tiempo en desarrollarse. En el año 1971, el

---

<sup>86</sup> Aseveramos esto con la salvedad que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realiza investigaciones al respecto, pero que para las mismas es indispensable la colaboración y disposición del Estado que es objeto de la investigación.

<sup>87</sup> Particular al que ya se le han violado sus derechos o es inminente que esto ocurra, que señala la inoperatividad material de recursos internos que lo protejan, y que normalmente no tendrá los medios para realizar las investigaciones necesarias para cumplir con una carga probatoria que recaiga sobre él. Asimismo, la Comisión tampoco los tiene, porque es el Estado quien se encuentra en posición de esclarecer los hechos acaecidos en el país.

<sup>88</sup> Al respecto puede consultarse ACEVEDO, DOMINGO, *La Decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Enjuiciamiento Penal Múltiple (Non Bis in Idem) en el Caso Loayza Tamayo*, ahora, en, Fix-Zamudio, Héctor (editor), *Liber Amicorum* (San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998) pp. 293-296

<sup>89</sup> MEDINA, CECILIA, *El agotamiento de los recursos* (1999), p. 6, disponible en:  
<<http://www.fgr.cu/Biblioteca%20Juridica/FAMILIA%20Y%20MENORES/FAMILIA/Mujer/CD%20-%20Los%20DH%20de%20las%20mujeres.%20IIDH%20-%202006/4.pdf>> [fecha de consulta: 20 de julio de 2008]



TEDH, en el marco de los llamados “Vagrancy Cases”, desarrolló de forma tangencial, sucinta y dispersa el hecho que la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado.

Dos décadas más tarde, la Corte IDH, en su opinión consultiva de 13 de noviembre de 1981<sup>90</sup>, plantea que el agotamiento de recursos es una garantía a favor del estado, o más precisamente, un medio de defensa. Por lo tanto, concluye la Corte, es renunciable por parte del Estado, incluso en forma tácita<sup>91</sup>, además de ser una decisión irrevocable.

La doctrina sostenida en el asunto Viviana Gallardo fue utilizada en las excepciones preliminares de Velásquez Rodríguez, oportunidad en la que se aúna todo lo planteado en las sentencias anteriormente mencionadas y se profundiza respecto a la oportunidad que tiene el Estado para interponer la excepción dilatoria de no agotamiento de recursos internos<sup>92</sup>.

## **6. Influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Sistema Europeo, respecto del agotamiento de recursos internos.**

El carácter unificador de la sentencia Velásquez Rodríguez se ha visto plasmado en numerosos casos del Tribunal de Estrasburgo, aunque de manera indirecta.

En efecto, en los párrafos 68 y 69 de la sentencia del caso Akdivar y otros v. Turquía se hace referencia directa al párrafo 88 de la sentencia del caso Velásquez Rodríguez, pero luego 20 sentencias posteriores<sup>93</sup> de la Corte Europea hacen referencia a los párrafos 68 y 69 de Akdivar et al v. Turquía, y, como hemos visto, esos párrafos no conllevan nada nuevo a lo planteado en el caso Velásquez Rodríguez. Este, a su vez, no hace más que resumir la evolución del razonamiento respecto del agotamiento de recursos internos, en específico en lo referente a: 1) la necesidad que los recursos sean adecuados y efectivos, 2) el onus probandi; y 3) la renuncia al medio de defensa que importa la excepción por no agotamiento de recursos internos por parte del Estado.

En cuanto a la necesidad que los recursos sean adecuados y efectivos, no sólo ha sido generado y aplicado en el Sistema Interamericano, sino que también en el Europeo, específicamente en las sentencias como Adali v. Turquía, Assanidze v. Georgia, Baysayeva

<sup>90</sup> Asunto *Viviana Gallardo v. Costa Rica*, considerando 26. En este considerando se hace referencia a la sentencia del Caso *De Wilde, Ooms and Versyp (Vagrancy Cases)*, pero no puede realizarse una referencia específica, pues como ya se ha mencionado lo relativo al tema se encuentra disperso.

<sup>91</sup> Habrá renuncia tácita cuando la excepción de no agotamiento de recursos internos no sea impetrada por el Estado en las primeras etapas del procedimiento. Así ha sido señalado, aunque en términos análogos, en el considerando 88 de las excepciones preliminares del caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*.

<sup>92</sup> Esto se encuentra recogido y sistematizado en el párrafo 87 y siguientes de la sentencia del Caso *Velásquez Rodríguez*.

<sup>93</sup> Por motivos de extensión no nos referiremos a cada una de las sentencias, pero en orden a demostrar lo afirmado y para permitir la profundización de su estudio, señalaremos las partes. 1) *Adali v. Turquía*; 2) *Assanidze v. Georgia*; 3) *Ayder y otros v. Turquía*; 4) *Baysayeva v. Rusia*; 5) *Bistrovic v. Croacia*; 6) *Burden v. Reino Unido*; 7) *Elci y otros v. Turquía*; 8) *Galstyan v. Armenia*; 9) *Gündem v. Turquía*; 10) *Henaf v. Francia*; 11) *Hummator v. Azerbaijan*; 12) *Isayeva v. Rusia*; 13) *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Rusia*; 14) *Kakoulli v. Turquía*; 15) *Khashiyev and Akayeva v. Rusia*; 16) *Kuchernik v. Ucrania*; 17) *Kukayev v. Rusia*; 18) *Kurt v. Turquía*; 19) *Sejdic v. Italia*; 20) *Tam v. Eslovaquia*.



v. Rusia, Sejdovic v. Italia, Kucheruk v. Ucrania, entre otras.

Respecto a la carga de la prueba, ésta se ha radicado en el Estado, debiendo acreditar la existencia, efectividad e idoneidad del recurso. Esta doctrina se ha recogido a lo largo de diversas sentencias, entre ellas destaca Kukayev v. Rusia, Khashiyev y Akayeva v. Rusia, y especialmente Hummatov v. Azerbaijan.

Respecto de la renuncia que supone la no interposición de la excepción por no agotamiento de recursos internos por parte del Estado, el TEDH ha llegado a la conclusión que es posible, por cuanto importa un medio de defensa a favor del Estado. Esto además se ha visto reforzado con la figura de la renuncia tácita, que se aplica cuando el estado no interpone la excepción en las primeras etapas del procedimiento.

Todo lo anterior, ha sido concretado en la sentencia de Velásquez Rodríguez, y posteriormente recogido en Akdivar y otros v. Turquía, para subsiguientemente ser utilizado de forma categórica en Galstyan v. Armenia, y en otras como Adali v. Turquía, Baysayeva v. Rusia, Elci y otros v. Turquía, entre otras.

Como refuerzo a la influencia que sostenemos, es importante señalar que estos criterios se han ido adoptando a lo largo de los años, lo que demostraría una influencia real de la Corte IDH en el TEDH, quedando de manifiesto por las mismas sentencias en que han sido utilizado los criterios de la Corte IDH, la más antigua en el sistema Europeo que hace referencia a la Corte IDH es de 1996 (Akdivar v. Turquía), mientras que la más moderna es de abril de este año (Gündem v. Turquía). A mayor abundamiento, la mayor parte de las sentencias que siguen a la Corte IDH se han dictado con posterioridad al año 2005.

Además, las sentencias del TEDH que siguen a las de la Corte IDH se refieren a materias tan disímiles como el derecho a la no-discriminación, prohibición de tortura y el derecho a la vida. Por otra parte la composición de las comisiones del TEDH ha variado con el paso del tiempo por lo que no es posible sostener una postura contraria basándose en que son determinados jueces quienes se han visto influenciados por la Corte IDH, sino que es el Tribunal como ente autónomo, quien ha reconocido la utilidad práctica de esta garantía y la ha aplicado en beneficio de la protección de los derechos de particulares.

## Conclusiones

La Sociedad Internacional se encuentra atravesando por un interesante período de cambios, en el que aún predominan los postulados y principios del constitucionalismo moderno, pero a la vez, comienzan a surgir características propias del postmodernismo. Esto conlleva no sólo la creación de nuevos principios, sino también la reorientación de algunos tan antiguos, como fundamentales en esta sociedad internacional. Este cambio de dirección puede rastrearse, dentro de un amplio espectro de factores, al quehacer de las Cortes internacionales como artífices de la implementación de un sistema que se retroalimenta de influencias nacidas de la necesidad de proteger los derechos de las personas.

La Corte IDH ha sentado un precedente en materia de desapariciones forzadas, particularmente en cuanto a las garantías para la protección de los DD.HH., lo que ha ejercido una importante influencia en el sistema europeo. Esto es dado, principalmente, por los hechos ocurridos en América, la que forzó a la Corte IDH a darle un trato especial



a esta figura, adquiriendo gran relevancia al respecto el *habeas corpus*, que entrega un sentido armónico en cuanto a la protección del conjunto de derechos que son vulnerados con esta práctica.

Con respecto a las medidas provisionales hemos señalado que este mecanismo de resguardo ha producido el establecimiento de una tercera competencia en el sistema interamericano, además de las contenciosa y consultiva. La jurisprudencia de la Corte IDH al respecto, ha influido en su par Europeo, de manera tal que éste ha obligado a los Estados a cumplir las medidas provisionales decretadas en sus resoluciones, a pesar de no encontrarse éstas expresamente establecidas en el Convenio Europeo.

De esto podemos concluir que la influencia de la Corte IDH va más allá de las meras garantías establecidas a favor de los DD.HH. llegando a influenciar incluso la esfera de las facultades o competencias del TEDH.

Otra área de influencia patente se da respecto de la interpretación y aplicación de la exigencia de admisibilidad de demandas que está dada por el agotamiento de la vía interna. En esta materia la Corte IDH ha definido y desarrollado los conceptos de recurso eficaz e idoneidad de los recursos internos, que permite eximir del agotamiento cuando éste se transforma en un obstáculo a la protección de los particulares. Ello, como se ha expuesto en esta investigación, ha sido reconocido ya adoptado por el TEDH en sus propias resoluciones.

Además, la influencia de la Corte IDH en esta área también resulta evidente al analizar el desarrollo de la inversión de la carga probatoria, de manera que es el Estado quien debe probar que los recursos internos existen, son adecuados y efectivos, lo que supone una garantía adicional en favor de los particulares. Asimismo, es el Estado quien puede renunciar, incluso tácitamente, a la exigencia de agotamiento de recursos internos. Con todo esto, y teniendo en cuenta que la jurisprudencia europea ha adoptado estos criterios en causas relativas a diversas materias, tan disímiles como la discriminación y prohibición de la tortura, manifiesta su influencia en el carácter y desarrollo como garantías de la protección de los derechos fundamentales.

Para concluir, este trabajo ha tenido como objetivo demostrar, primeramente, la existencia de influencia desde la Corte IDH hacia el TEDH, principalmente en el ámbito de las garantías, y como ésta da pie a sostener que nos encontramos, acorde a los postulados del constitucionalismo postmoderno, frente a uno de los elementos mínimos que condicionan la existencia de una constitución, en este caso, de carácter transnacional o global.

### **Bibliografía citada**

1. ABREU, ALIRIO, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979 – 2004* (2005), p. 133, disponible en <<http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/cuarto%20de%20siglo.pdf>> [fecha de consulta: 13 de agosto de 2008].
2. ACEVEDO, DOMINGO, *La Decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Enjuiciamiento Penal Múltiple (Non Bis in Idem) en el Caso Loayza Tamayo* ahora en, FIX-ZAMUDIO, Héctor (editor), *Liber Amicorum* (San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998) pp. 293-296.



3. BALKIN, J.M., *What is a Postmodern Constitutionalism*, en *Michigan Law Review* 90 (1992) 7, p. 1966.
4. BIAGGINI, GIOVANNI, *La Idea de Constitución: ¿Nueva orientación en la época de la Globalización?*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 7 (2003), p. 51
5. BODIN, JEAN, *Los seis libros de la República*, (3<sup>a</sup> edición, traducción castellana de Pedro Bravo Gala, Madrid, Tecnos, 2000), p. 47.
6. BUERGENTHAL, THOMAS, *Recordando los Inicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* 39 (2004) p. 27
7. CAROZZA, PAOLO, *Subsidiarity as a structural principle of International human rights law* (2003), Disponible en: <<http://www.asil.org/ajlcarozza>> [Fecha de consulta: 5 de Julio de 2008].
8. CITRONI, GABRIELLA, *Desaparición Forzada de Personas. Desarrollo del fenómeno y respuestas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *Anuario de Derecho Internacional de la Universidad de Navarra* 19 (2003), p. 337.
9. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Informe Anual*, (1971) disponible en <<http://www.cidh.org/annualrep/72sp/sec.2c.htm>> [fecha de consulta: 09 de agosto de 2008].
10. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Informe Anual*, (1973) disponible en <<http://www.cidh.org/annualrep/73sp/sec.2c.htm>> [fecha de consulta: 09 de agosto de 2008].
11. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS Humanos: *Informe Anual*, (1974) disponible en <<http://www.cidh.org/annualrep/74sp/sec.2a.htm>> [fecha de consulta: 09 de agosto de 2008].
12. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Reporte No. 52/01, Caso N°. 12.243, *Juan Raul Garza* vs. Estados Unidos, de 4 de Abril de 2001, (Reporte Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Año 2000). Disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/EEUU12.243a.htm> [fecha consulta: 14 de agosto 2008].
13. CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *La Constitución Inédita. Estudios ante la Constitucionalización de Europa* (Madrid, ed. Trotta, 2004), p. 25.
14. DE LA QUADRA-SALCEDO, TOMÁS, *El Sistema Europeo de distribución de Competencias* (Madrid, Thomson Civitas, 2006), pp.62-69.
15. DEL TORO HUERTA M. *La apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial*, disponible en <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/112/art/art9.htm>> [fecha de consulta: 24 de Julio de 2008].
16. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: *Solemn Hearings of the European Court of Human Rights on the Occasion of the Opening of the Judicial Year*, Thursday, (22 January 2004), disponible en <[http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/29AC6DBD-C3F8-411C-9B97-B42BE466EE7A/0/2004\\_Wildhaber\\_Cancado\\_Trindade\\_BIL\\_opening\\_legal\\_y\\_eur.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/29AC6DBD-C3F8-411C-9B97-B42BE466EE7A/0/2004_Wildhaber_Cancado_Trindade_BIL_opening_legal_y_eur.pdf)> [fecha de consulta: 14 de agosto de 2008].
17. FERNÁNDEZ, PABLO, *La Soberanía Poliédrica*, en *AAVV: Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carillo Salcedo* (2005), pp. 589-592



18. FIX – ZAMUDIO, HECTOR, *Prólogo a la Publicación sobre Medidas Provisionales*, en *Serie Compendio: 1989 a 1996, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1 (1996). disponible en <<http://www.law.wits.ac.za/humanrts/iachr/E/1-esp-pro.html>> [fecha de consulta: 25 de julio de 2008].
19. GELLNER, ERNEST, *Posmodernismo, Razón y Religión* (Barcelona, Paidós, 1994), p. 1 y ss.
20. GONZÁLEZ, FELIPE, *La OEA y los Derechos Humanos después del advenimiento de los gobiernos civiles: Expectativas (in)satisfechas* en *Revista de Derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte* 16 (2001), p. 54.
21. GROSS ESPIELL, HÉCTOR, *Responsabilidad del Estado y Responsabilidad Penal Internacional en la Protección Internacional de los Derecho Humanos*, FIX- ZAMUDIO, Héctor (editor), *Liber Amicorum* (San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derecho Humanos, 1998) p. 113.
22. HAECK, YVES et. al., *Non-Compliance with a Provisional Measure Automatically Leads To a Violation of the Right of Individual Application... or Doesn't It?*, en *European Constitutional Law Review*, 4 (2008), p 43 .
23. HINOJOSA, LUIS MIGUEL, *El Reparto de Competencias entre la Unión Europea y sus Estados Miembros* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006), p. 172-177
24. IRVINE J.M., *On Postmodernism and Postmodernity in contrast to Modernism and Modernity*, disponible en <<http://www.georgetown.edu/faculty/irvinem/technoculture/pomo.html>> [fecha de consulta: 10 de Junio de 2008].
25. JOYNER, NANCY CAROL, *Postprandial Postmodernism*, en *South Atlantic Review*, 61, (1996) 2, p. 1.
26. MANGAS, ARACELI – LIÑÁN DIEGO, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea* ( 4ª edición, Madrid, Tecnos, 2004),p. 491.
27. MARTÍNEZ, JOSÉ IGNACIO, *Introducción al Derecho y a las Instituciones de la Unión Europea* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2007), p.122 s.
28. MEDINA, CECILIA, *El agotamiento de los recursos* (1999), p. 6, Disponible en <<http://www.fgr.cu/Biblioteca%20Jurídica/FAMILIA%20Y%20MENORES/FA MILIA/Mujer/CD%20-%20Los%20DH%20de%20las%20mujeres.%20IIDH%20-%202006/4.pdf>> [fecha de consulta: 20 de julio de 2008].
29. MOOTZ III, FRANCIS J, *Postmodern Constitutionalism as Materialism*, en *Michigan Law Review*, 91 (1992), pp. 515-525.
30. NIETO, RAFAEL, *El Estado Democrático en el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos*, ahora, en Fix-Samudio, HÉCTOR, (editor), *Liber Amicorum* (San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998), p. 138 s.
31. NUÑEZ, MANUEL, *Una introducción al Constitucionalismo Post-moderno, y al Pluralismo Constitucional*, en *Revista Chilena de Derecho*, 31 (2004) 1, pp. 115-136.
32. RODRÍGUEZ, ROBERTO, *Perfiles del Contrato en la posmodernidad*, Disponible en: <[http://www.uca.edu.py/revista\\_jurídica/articulos.php?id=170](http://www.uca.edu.py/revista_jurídica/articulos.php?id=170)> [fecha de consulta: 25 de julio de 2008].
33. RUIPÉREZ, JAVIER, *La Constitución Europea, y la Teoría del Poder Constituyente* (Madrid, Biblioteca Nueva, 2000), p. 100.



34. VIANA, ANDRÉE, *Sistemas Europeo y Americano de protección de Derechos Humanos. Coincidencias, fraccionamientos temporales y mutuas influencias* en REVENGA, M.-VIANA, A. (editores), *Tendencias Jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos* Derecho a la vida, Libertad Personal, Libertad de Expresión, Participación Política (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008), pp. 35 s.

### **Jurisprudencia citada**

35. *Wilde, Ooms and Versyp ("vagrancy") v. Belgium*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (18 junio de 1971, Sentencia de fondo).
36. *Viviana Gallardo vs. Costa Rica*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, (13 de noviembre de 1981, Decisión).
37. *Godínez Cruz vs. Honduras* (1987), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de junio de 1987 (Excepciones preliminares).
38. *Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras* (1987), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de junio de 1987 (Excepciones preliminares).
39. *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1987), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de junio de 1987 (Excepciones preliminares).
40. *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de enero de 1988 (Medidas Provisionales).
41. *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de julio de 1988 (Sentencia de fondo).
42. *Godínez Cruz vs. Honduras* (1989), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de enero de 1989 (Sentencia de fondo).
43. *Soering v. Reino Unido* (1989), Corte Europea de Derechos Humanos, 7 de Julio de 1989 (Sentencia de fondo).
44. *Cruz Varas y otros v. Suecia* (1991), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 20 de Marzo de 1991 (Sentencia de fondo).
45. *Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia* (1994), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 21 enero de 1994 (Excepciones Preliminares).
46. *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia* (1995), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 8 de diciembre de 1995 (Sentencia de fondo).
47. *Loayza Tamayo vs. Perú* (1997), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de Septiembre de 1997, (Sentencia de fondo).
48. *Hummatov v. Azerbaijan* (1998), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 29 de febrero de 1998 (Sentencia de fondo).
49. *Gündem v. Turquía* (1998), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 de mayo de 1998 (Sentencia de fondo).
50. *Kurt v. Turquía* (1998), Corte Europea de Derechos Humanos, 25 de mayo de 1998, (Sentencia de fondo).
51. *James y otros vs. Trinidad y Tobago* (1999), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de mayo de 1999 (Resolución medidas provisionales).
52. *Tribunal Constitucional vs. Perú* (2000), Corte Interamericana de Derecho Humanos, 7 de abril de 2000 (Resolución medidas provisionales).
53. *Ertak v. Turquía* (2000), Corte Europea de Derechos Humanos, 9 de mayo de 2000 (Sentencia de fondo).



54. *Tribunal Constitucional vs. Perú* (2000), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14 de agosto de 2000 (Resolución medidas provisionales).
55. *Ivcher Bronstein vs. Perú* (2001), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de febrero de 2001 (Sentencia de fondo).
56. *Conka v. Bélgica* (2001), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 13 de Marzo de 2001 (admisibilidad).
57. *Tribunal Constitucional vs. Perú* (2001), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14 de marzo de 2001 (Resolución medidas provisionales).
58. *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2001), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23 de mayo de 2001 (Resolución medidas provisionales).
59. *Conka v. Bélgica* (2002), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 5 de febrero de 2002 (Sentencia de fondo).
60. *Luisiana Ríos y otros vs. Venezuela* (2002), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de noviembre de 2002 (Resolución medidas provisionales)
61. *Mamatkulov y Abdurasulovic v. Turquía* (2003), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 6 de Febrero de 2003. Enviada a la Gran Cámara que pronunció sentencia el 4 de Febrero de 2005 (Sentencia de fondo).
62. *Henaf v. Francia* (2004), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 27 de febrero de 2004 (Sentencia de fondo).
63. *Elci y otros v. Turquía* (2004), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 24 de marzo de 2004, (Sentencia de fondo).
64. *Ayder y otros v. Turquía* (2004), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 8 de abril de 2004, (Sentencia de fondo).
65. *Assanidze v. Georgia* (2004), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 8 de abril de 2004, (Sentencia de fondo).
66. *Diarios "El Nacional" y "Así es la Noticia" vs. Venezuela* (2004), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de julio de 2004, (Resolución medidas provisionales)
67. *Emisora de Televisión "Globovisión" vs. Venezuela* (2004), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 4 de septiembre de 2004. (Resolución medidas provisionales)
68. *Mamatkulov y Askarov v. Turquía* (2005), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 4 de febrero de 2005 (Sentencia de fondo).
69. *Adali v. Turquía* (2005), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 31 de marzo de 2005 (Sentencia de fondo).
70. *Isayeva v. Rusia* (2005), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 06 de julio de 2005 (Sentencia de fondo).
71. *Isayeva, Yusupova y Bağışyeva v. Rusia* (2005), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 06 de julio de 2005 (Sentencia de fondo).
72. *Khashiyev y Akayeva v. Rusia* (2005), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 06 de julio de 2005 (Sentencia de fondo).
73. *Tam v. Eslovaquia* (2005), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 10 de noviembre de 2005 (Sentencia de fondo).
74. *Aoulmi v. Francia* (2006), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 17 de Enero de 2006 (Sentencia de fondo).
75. *Kakoulli v. Turquía* (2006), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 22 de febrero de 2006 (Sentencia de fondo).



76. *Sejdoric v. Italia* (2006), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 01 de marzo de 2006 (Sentencia de fondo).
77. *Olaechea Cabuas v. España* (2006), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 10 de Agosto de 2006 (Sentencia de fondo).
78. *Bistrovic v. Croacia* (2007), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2007 (Sentencia de fondo).
79. *Baysayeva v. Rusia* (2007), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 24 de septiembre de 2007 (Sentencia de fondo).
80. *Kucheruk v. Ucrania* (2007), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 06 de diciembre de 2007 (Sentencia de fondo).
81. *Comunidad de la Paz de San José de Apartadó vs. Colombia* (2007), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de diciembre de 2007 (Resolución del Presidente de la Corte).
82. *Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó vs. Colombia* (2007), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de diciembre de 2007 (Resolución del Presidente de la Corte).
83. *Galstyan v. Armenia* (2008), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 15 de Febrero de 2008 (Sentencia de fondo).
84. *Saadi v. Italia* (2008), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 28 de Febrero de 2008 (Sentencia de fondo).
85. *Burden v. Reino Unido* (2008), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 29 de abril de 2008 (Sentencia de fondo).
86. *Kukayev v. Rusia* (2008), Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 02 de junio de 2008 (Sentencia de fondo).