

---

## V. CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA IBEROAMERICANA

Harold Bertot Triana

*Escuela Diplomática de Madrid*

### Índice

#### 1. Introducción

2. La “discriminación estructural”, en su dimensión histórica, de las personas LGBTI como víctimas. Corte IDH. Caso *Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402.*

3. Una “medida de reparación de carácter estructural” para “beneficiar a personas más allá de la víctima del caso” -como “garantía de no repetición”-, en la base de la ordenación de medidas urgentes para el aseguramiento de derechos humanos de personas migrantes retenidas en el marco de la pandemia. Corte IDH. Caso *Vélez Loor Vs. Panamá. Medidas Provisionales. Adopción de Medidas Urgentes. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de mayo de 2020 y Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Medidas Provisionales. Adopción de Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de julio de 2020.*

4. Un caso en el entorno del “lawfare” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana aunque sólo se reconozca en los votos individuales de algunos de sus jueces; una interpretación literalista vs interpretación dinámica y evolutiva de la reglamentación de los derechos políticos; la figura del juez penal como única autoridad judicial en el marco del artículo 23.2 de la Convención; un control de convencionalidad abstracto que abre interrogantes. Corte IDH. Caso *Petro Urrego Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406.*

## 1. Introducción

El 26 de mayo de 2020 se agotaba el plazo de 18 meses establecido por la Sala Constitucional de Costa Rica para que la Asamblea Legislativa de Costa Rica, en uso de su función legislativa, “adecue(ra) el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo”. Ante la inactividad del legislativo para actuar conforme a lo instado por la sala en el plazo mencionado -se trataba de “remediar un estado de cosas inconstitucionales”-, perdían vigencia los artículos que impedían el matrimonio de personas del mismo sexo. La Corte Suprema de Costa Rica había sostenido por Resolución N° 12782 de 8 de Agosto del 2018:

“El impedimento estatuido en el inciso 6) del numeral 14 del Código de Familia, impugnado en esta acción, resulta inconstitucional por violación al derecho a la igualdad, cobijado en los artículos 33 de la Constitución Política y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por un lado, la norma cuestionada se traduce por sí misma en una prohibición para el matrimonio entre personas del mismo sexo, negándoseles con base en su orientación sexual el acceso a tal instituto; por otro, de manera refleja afecta la posibilidad de que las parejas del mismo sexo accedan a la figura de la unión de hecho, toda vez que el ordinal 242 del Código de Familia se refiere a la «...aptitud legal para contraer matrimonio...», con lo que remite a las imposibilidades legales del numeral 14, entre ellas la que es objeto del *sub examine*. Es decir, la norma cuestionada impide tanto la formalización de un matrimonio como el reconocimiento de una unión de hecho entre personas del mismo sexo por la sola razón de la orientación sexual, lo que contraría la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la medida que esta ha venido a expandir la cobertura de protección en esta materia.”<sup>1</sup>

Entre los argumentos utilizados por la Sala para fundamentar su decisión estuvo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Atala Riffo y niñas vs. Chile* y *Duque vs. Colombia* y, de modo especial también, la Opinión Consultiva *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo*

---

<sup>1</sup> Ver: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 12782-2018.

*sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2017<sup>2</sup>, instada por Costa Rica y notificada oficialmente a ésta el 9 de enero de 2018. Se trataba de una Opinión Consultiva de importancia capital que reafirmó el principio de igualdad y no discriminación en relación con la orientación sexual, identidad de género y/o su expresión de género, además del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho al nombre y el derecho a la identidad de género, entre otras, aunque fue polémica por el impacto que tuvo en la política interna de Costa Rica en medio de una campaña electoral.<sup>3</sup> En igual medida hubo posiciones encontradas en el seno de los magistrados de la propia Sala sobre el alcance y los efectos de esta opinión a lo interno del ordenamiento jurídico de Costa Rica.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

<sup>3</sup> Sobre el impacto directo en la política de Costa Rica ha expresado Marie-Christine Fuchs: “La OC se publicó en plena campaña presidencial en el país centroamericano. Para entonces el candidato Fabricio Alvarado, cantante evangélico, que el día antes de la publicación de la OC tenía una intención de voto de 3%, subió a a 24,9% el día después. Su único tema de campaña era la oposición contra el matrimonio igualitario y la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). No debe sorprender que estos efectos políticos directos de algunas de las decisiones de la Corte IDH no siempre encuentren plena aceptación, y que además pueda servir de “munición” a movimientos populistas, que ponen en duda la legitimación democrática de los jueces en San José y piden un mejor respecto del principio de subsidiariedad.” Ver: FUCHS, M. C., “¿Politización de la justicia o judicialización de la política?— Una breve reflexión sobre la «línea roja» entre justicia y política en América Latina”, *Diálogo Derechos Humanos*, 12 Abril 2020. Disponible en: <https://dialogoderechoshumanos.com/blog/630-politizacion-de-la-justicia-o-judicializacion-de-la-politica-una-breve-reflexion-sobre-la-linea-roja-entre-justicia-y-politica-en-america-latina>

<sup>4</sup> En el *voto salvado parcial y razones separadas*, la magistrada Hernández López sostendría que “la opinión consultiva de la Corte Interamericana y el derecho convencional obligan al Estado costarricense al reconocimiento del derecho de igual acceso al matrimonio, en forma inmediata, desde la notificación de la citada opinión consultiva para lo cual las parejas del mismo sexo que deseen contraer matrimonio deberán tener acceso al mismo trato frente a la ley, en la regulación de esta figura jurídica, es decir con los mismos efectos que para las parejas heterosexuales que contraen matrimonio civil.” En este sentido, tomando como base un aspecto particular del derecho nacional de Costa Rica, acotó la magistrada que “no existe discusión de que las consultas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial las formuladas por el Estado costarricense, tienen fuerza vinculante. En efecto, el texto del Convenio sede (Convenio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vigente en nuestro país, con la promulgación de la Ley 6889 del nueve de septiembre de 1983), en su artículo 27 señala que las resoluciones (en general, no dice que sólo sentencias) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que la dictada por los tribunales costarricenses.” Del mismo modo sostendría respecto de la Corte Interamericana que “la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá -de principio- el mismo valor de la norma interpretada. No solamente valor ético o científico, como algunos han entendido.” En igual sentido, haría

Esto mismo había ocurrido cuando la Corte Constitucional de Ecuador tuvo que analizar el valor jurídico de la Opinión Consultiva OC24/17 ante una consulta por medio de una acción de protección de derechos del Tribunal de la Sala penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha, en la que se planteaba la conformidad o no de esta Opinión Consultiva con el artículo 67 de la Constitución, que sólo reconocía el matrimonio entre un hombre y una mujer. En la *Sentencia No. 11-18-CN/19* de la Corte Constitucional de Ecuador, cuyo juez ponente fue Ramiro Avila Santamaría, y aprobada por un ajustado margen de 5 a 4 votos<sup>5</sup>, se determinó que la mencionada Opinión Consultiva “es una interpretación auténtica y vinculante de las normas de la CADH, que forma parte del bloque de constitucionalidad para reconocer derechos o determinar el alcance de derechos en Ecuador.”<sup>6</sup> Entre sus razonamientos apeló a que había que entender a la Opinión Consultiva entre aquellos “otros instrumentos internacionales” de los artículos 417 y 426 de la Constitución que, junto a los tratados, implicaba aplicar “los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de *aplicabilidad directa* y

---

mención a la Opinión Consultiva OC-25/18 del 30 de mayo del año 2018, cuando se expresó que el control de convencionalidad también abarcaba otros pronunciamientos, además de lo que emanaran de su competencia contenciosa. En su Escrito de *Razones diferentes de los magistrados Salazar Alvarado y Hernández Gutiérrez, con redacción del primero*, por su parte, se expresa que: “Si bien la mayoría no afirma, expresamente, que dicha opinión consultiva sea de acatamiento obligatorio para nuestro país, al recurrir a dicho pronunciamiento para fundamentar su tesis, entendemos que sí lo hace implícitamente, lo cual nos obliga a dar consideraciones adicionales al respecto.” Y en tal sentido expondrían, entre otras razones que: “Contrario a lo que parece entender la mayoría de la Sala, las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) no tienen, en principio, carácter vinculante con respecto al orden jurídico interno. Y esto es así, por la propia naturaleza de lo que es una opinión consultiva, sea, un criterio jurídico de la Corte sobre el contenido de la Convención hecha a instancias de un país consultante. Lo que diga la CIDH en este tipo de procesos, ciertamente tiene un valor de guía, orientación o derrotero para el Estado consultante sobre un tema en particular, en este caso, sobre el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, a la luz de la Convención. Pero esto no obliga a acatar, necesariamente, el criterio allí vertido.” En la Nota del Magistrado Hernández Gutiérrez se deja claro, en relación con las opiniones consultivas, que: “(...) se trata de recibir las orientaciones emitidas, precisamente como orientaciones de actuación, y no disposiciones judiciales de inmediato y directo acatamiento, pues aún siendo pronunciamientos judiciales interamericanos, su finalidad, funcionalidad y efectos, distan de ser equivalentes entre una y otra función de la Corte IDH –contenciosa y consultiva-.” En su *voto salvado* el magistrado Castillo Víquez sostuvo también, además de otras razones, que “(e)n lo que atañe a la vinculatoriedad de las opiniones consultivas, queda claro de la jurisprudencia internacional y de la doctrina que no se aplica; su finalidad es preventiva, tendente a fortalecer los distintos sistemas que se crean en los diversos regímenes jurídicos internacionales.”

<sup>5</sup> Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario), Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría, Quito, D.M. 12 de junio de 2019, Corte Constitucional del Ecuador. “*RAZÓN*: Siento por tal que la sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, con cinco votos a favor de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez, Alí Lozada Prado (voto concurrente), Daniela Salazar Marín; y, cuatro votos salvados de los Jueces Constitucionales Carmen Corral Ponce, Enrique Herrería Bonnet, Teresa Nuques Martínez y Hernán Salgado Pesantes, en sesión ordinaria del miércoles 12 de junio de 2019.- Lo certifico.”

<sup>6</sup> Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario), Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría, Quito, D.M. 12 de junio de 2019, Corte Constitucional del Ecuador, párr. 300.1.

de cláusula abierta establecidos en la Constitución”<sup>7</sup> y de “inmediato cumplimiento y aplicación”<sup>8</sup>. De tal posición se derivaba obligaciones específicas para las autoridades de Ecuador, entre las cuales estaban: “el deber de adecuar el sistema jurídico a los derechos reconocidos en instrumentos internacionales”; “el control de convencionalidad de las autoridades estatales, en particular de quienes ejercen jurisdicción”; “las relaciones entre el control de constitucionalidad y convencionalidad”; “la responsabilidad internacional si se inobserva la Opinión Consultiva OC24/17”.<sup>9</sup> En este sentido también consideró que “(p)or la interpretación más favorable de los derechos, el derecho al matrimonio reconocido a parejas heterosexuales se complementa con el derecho de parejas del mismo sexo a contraer matrimonio”<sup>10</sup>. Dispuso la Corte, finalmente, que “el Tribunal consultante interprete el sistema normativo a la luz de esta sentencia y ordene que el Registro Civil registre el matrimonio de los accionantes, toda vez que no es necesaria una reforma constitucional al artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador. Tampoco son necesarias reformas previas, para el caso concreto, a los artículos 52 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles, y 81 del Código Civil.”<sup>11</sup>

En cualquier caso se trató de una Opinión Consultiva de gran impacto en el continente, aunque aún falta mucho para consolidar en varios Estados de la región normativas internas que permitan la posibilidad de matrimonio entre personas del mismo sexo.<sup>12</sup> Ello a pesar de que en la propia opinión se reafirma la idea de lo

---

<sup>7</sup> Ibid., párr.26.

<sup>8</sup> Ibid., párr.27.

<sup>9</sup> Ibid., párr. 212 y ss.

<sup>10</sup> Ibid., párr. 300.2.

<sup>11</sup> Ibid., párr. 300.4. No obstante, como en el caso costarricense, hubo posiciones no coincidentes sobre el alcance de la Opinión Consultiva. En el Voto Salvado del Juez Hernán Salgado Pesantes, a los que se adhirieron los jueces Carmen Corral Ponce, Enrique Herrería Bonnet y Teresa Nuques Martínez, se consideró que “es indispensable hacer una clara distinción entre lo que el Derecho Internacional Público considera como «instrumento», de aquello que vendrían a ser opiniones consultivas. De allí que las OC, al ser un pronunciamiento de la Corte IDH dentro de procedimientos no contenciosos, *no pueden ser consideradas como «instrumentos»* según los artículos 424 y 425 de la Constitución del Ecuador. Esto por cuanto las OC carecen del elemento consensual (*negotium*), en razón de que no nacen de la voluntad de los Estados, sino de la declaración unilateral (y, por añadidura, no vinculante) de un Tribunal internacional.” Ibid., párr.75. En este sentido sería tajante en sostener que “el objeto de la OC no es ordenar a los Estados medidas concretas para cumplir con sus obligaciones sino establecer una guía para que ellos tomen decisiones en esta materia que sean respetuosas de los derechos humanos.” Ibid., párr.79.

<sup>12</sup> Ver en este sentido: Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (ILGA): Lucas Ramón Mendos, Homofobia de Estado 2019, Ginebra, Marzo de 2019, pp.285 y ss. No han faltado estudios que señalan los enormes desafíos al reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI, entre los que cabe, al decir de la *Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI*, “la persistencia de la violencia en contra de las personas LGBTI en el continente; la existencia de la criminalización de

“necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva”, que desde la Opinión Consultiva 21 había supuesto una mejor clarificación en el debatido tema del alcance jurídico de las opiniones consultivas.<sup>13</sup> En este sentido, aunque pareciera que ya no podría hablarse en términos tan ambiguos sobre el carácter vinculante de las Opiniones Consultivas al incorporarse sus estándares al mecanismo de *control de convencionalidad*, lo cierto es que no se ha diluido del todo una cierta confusión sobre el verdadero alcance de sus efectos jurídicos para los operadores jurídicos (ya hemos visto dos ejemplos en los que a lo interno de órganos nacionales no existe unanimidad sobre este asunto) a lo que se suma los inconvenientes propios de una figura de *control de convencionalidad* a la que se le han identificado con varios contenidos.<sup>14</sup>

De cualquier modo, es cierto que en el espacio interamericano cada día más se asiste a un proceso de *interamericanización* de sus estándares a escala regional y a una voluntad de los Estados mucho más proactiva en incorporar sus estándares al ordenamiento jurídico interno (pese a todos los inconvenientes, ya conocidos), así como una mayor interrelación y diálogo entre la jurisprudencia de la Corte Interamericana y los órganos judiciales nacionales, y un despliegue creciente en el desarrollo de políticas públicas, reformas constitucionales y legales y la asunción de posiciones jurisprudenciales a tono con las líneas fijadas por la Corte Interamericana.<sup>15</sup> El ejemplo

---

orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género no normativas en varios Estados del continente; la reciente adopción de leyes y otras medidas estatales contrarias al principio de igualdad y no discriminación; campañas e iniciativas de desinformación que proliferan estigmas y estereotipos contra las personas LGBTI, como por ejemplo aquellas autodenominadas en contra de la «ideología de género»; y el avance de grupos y movimientos contrarios al reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI, en la sociedad y a nivel de los Poderes estatales.”Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas”, 2018, párr.240. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>

<sup>13</sup> Puede verse en este sentido a ROA, J. E., *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2015, pp.136-141

<sup>14</sup> Ver sobre la “edificación gradual” de la figura del control de convencionalidad a: HENRÍQUEZ VIÑAS, M., “Cimientos, auge y progresivo desuso del control de convencionalidad interno: veinte interrogantes”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45 N° 2, 2018, pp. 337-361.

<sup>15</sup> Puede verse en este sentido a: MORALES ANTONIAZZI, M., “Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina”, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi, Eduardo Ferrer MacGregor (Coordinadores), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck institute for Comparative Public and International Law, México, 2017, p.418. pp. 417-456; GARCÍA RAMÍREZ, S., “La navegación americana de los derechos humanos:

de Costa Rica y Ecuador en el tema del matrimonio de personas del mismo sexo, en consonancia con la opinión consultiva mencionada, son muestras de lo que afirmamos.

El primer caso que reseñaremos en esta crónica se relaciona con la línea jurisprudencial anterior en un procedimiento contencioso, el *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú* con sentencia sobre Excepciones Preliminares y de Fondo de 12 de marzo de 2020. Se trata de una sentencia en la que el concepto de “discriminación estructural”, en su dimensión histórica, se aplica como víctimas a personas LGBTI. Ya en el *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile* con Sentencia de 24 de febrero de 2012, la Corte en relación a la orientación sexual como “categoría prohibida de discriminación”, había considerado que “la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido.”<sup>16</sup> En la jurisprudencia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos el concepto de “discriminación estructural” tiene un impacto determinante en el alcance de las reparaciones. En el *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México* con Sentencia de 16 de noviembre de 2009, la Corte reconocía (en una “situación estructural” de violencia de género, que incluía asesinatos, secuestros, desapariciones y situaciones de violencia doméstica e intrafamiliar), la “vocación transformadora” que debía acompañar los efectos de las reparaciones en una “situación de discriminación estructural”, sobre todo por el sentido “correctivo” y no sólo “restitutivo” que deben tener estas medidas; todo ello por una cuestión lógica: “no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación.”<sup>17</sup> En igual sentido la Corte se pronunció en el *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil* con

---

hacia un *Ius Commune*, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi, Eduardo Ferrer MacGregor (Coordinadores), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck institute for Comparative Public and International Law, México, 2017, pp.55-108. Ver también sobre el impacto de las decisiones de la Corte Interamericana a lo interno de los Estados: SAAVEDRA ALESSANDRI, P., “Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi, Eduardo Ferrer MacGregor (Coordinadores), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck institute for Comparative Public and International Law, México, 2017, pp. 457-502.

<sup>16</sup> Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr.92.

<sup>17</sup> Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr.450.

Sentencia de 20 de octubre de 2016, en la que la responsabilidad del Estado por la violación del artículo 6.1 de la Convención, respecto a la esclavitud y la trata de personas, se había producido “en el marco de una situación de discriminación estructural histórica en razón de la posición económica de (...) 85 trabajadores”.<sup>18</sup>

---

La crisis sanitaria como consecuencia de la pandemia de la Covid-19 ha tenido una repercusión en extremo negativa para el continente americano. Desde el sistema interamericano la reacción no se ha hecho esperar desde casi el mismo inicio de esta problemática mundial. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con un compromiso absoluto con los derechos humanos en tiempos de tanta dificultad, adoptaría el 9 de abril de 2020 una declaración fundamental sobre esta cuestión titulada “Covid-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales”, que tenía el objetivo “de instar a que la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos están realizando para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de este Tribunal.”<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr.343. Ver en este sentido el Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318. También se reprodujo este voto como “Acercas de la «discriminación estructural histórica» en razón de la posición económica (pobreza) de los trabajadores sometidos a trabajo esclavo”, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi, Eduardo Ferrer MacGregor (Coordinadores), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck institute for Comparative Public and International Law, México, 2017, pp.267-322. En este sentido se puede consultar también: SOFÍA SAGÜES, M., “Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico”, en *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Rogelio Flores Pantoja (coordinadores), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018, pp.129-180.

<sup>19</sup> “Covid-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales”, 14 de abril de 2020, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp\\_27\\_2020.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_27_2020.pdf)



La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha tenido un rol destacado en este tema. El 27 de julio de 2020 adoptó la Resolución 4/20 por medio de la cual se establecen Directrices Interamericanas sobre los “Derechos Humanos de las personas con Covid-19”<sup>20</sup> y la Resolución 1/20 Pandemia y Derechos Humanos en las Américas<sup>21</sup>, así como diferentes comunicados sobre el tema<sup>22</sup>. De capital importancia también sería la Declaración Conjunta titulada “Uniendo fuerzas en América Latina y el Caribe para ayudar a minimizar la crisis del Coronavirus (COVID-19) y fomentar empresas responsables y sostenibles”, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) del Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), el Pacto Mundial de las Naciones Unidas (UNGC) y el Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas (el Grupo de Trabajo sobre

---

<sup>20</sup> “CIDH adopta Resolución 4/20 que establece Directrices Interamericanas sobre los “Derechos Humanos de las personas con COVID-19”. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/180.asp>

<sup>21</sup> Pandemia y Derechos Humanos. Resolución 1/20, 10 de abril de 2020. Disponible: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/centro-covid/docs/Covid-19/CIDH-Resolucion-1-20-es.pdf>

<sup>22</sup> Ver en este sentido: “En el contexto de la pandemia COVID-19, la CIDH llama a los Estados a garantizarlos derechos de las personas con discapacidad”, 8 de abril de 2020, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/centro-covid/docs/Covid-19/CIDH-llama-a-los-Estados-a-garantizar-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad.pdf>; “La CIDH urge a los Estados a garantizar la salud y la integridad de las personas privadas de libertad y sus familias frente a la pandemia del COVID-19”, 31 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/centro-covid/docs/Covid-19/CIDH-urgen-a-los-Estados-a-garantizar-la-salud-y-la-integridad-de-las-personas-privadas-de-libertad-y-sus-familias-frente-a-la-pandemia-del-COVID-19.pdf>; “La CIDH y su REDESCA manifiestan profunda preocupación por los efectos de la pandemia COVID-19 en Venezuela y llaman a garantizar derechos de las personas venezolanas en la región”, 29 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/centro-covid/docs/Covid-19/CIDH-y-REDESCA-efectos-de-la-pandemia-COVID-19-en-Venezuela.pdf>; “La CIDH y su REDESCA instan a asegurar las perspectivas de protección integral de los derechos humanos y de la salud pública frente a la pandemia del COVID-19”, 20 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/centro-covid/docs/Covid-19/CIDH-y-REDESCA-instan-a-asegurar-las-perspectivas-de-proteccion-integral-de-los-derechos-humanos-y-de-la-salud-publica-frente-a-la-pandemia-del-COVID-19.pdf>; “CIDH y su REDESCA expresan seria preocupación por la situación de los derechos humanos en el contexto de la respuesta a la pandemia por COVID-19 en Nicaragua”, 8 de abril de 2020, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/centro-covid/docs/Covid-19/CIDH-y-REDESCA-respuesta-a-la-pandemia-por-COVID-19-en-Nicaragua.pdf> “Covid-19: Los gobiernos deben promover y proteger el acceso y la libre circulación de la información durante la pandemia - Expertos internacionales”, Comunicado de prensa R58/20, 6/4/2020, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/centro-covid/docs/Covid-19/OEA-Relatoria-Especial-para-la-Libertad-de-Expresion.pdf>;

Empresas y Derechos Humanos).<sup>23</sup> En igual sentido el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA) aprobaría la Resolución 1151 (2280/20) titulada “Respuesta de la OEA a la Pandemia de Covid-19”, el 16 de abril de 2020, y desde la Secretaría General de la organización se publicaría una “Guía práctica de respuestas inclusivas y con enfoque de derechos ante el Covid-19 en las Américas”<sup>24</sup>. La Comisión Interamericana de Mujeres también publicaría “Covid-19 en la vida de las mujeres. Razones para reconocer los impactos diferenciados”<sup>25</sup>.

En el marco de la pandemia por Covid-19, los pronunciamientos de la Corte, además de la declaración referida -que tiene un alcance orientativo o de guía para los Estados sin valor vinculante alguno-, se han efectuado fundamentalmente por vía del mecanismo de *supervisión de cumplimiento de sentencia* y por medio de *medidas provisionales*. En este sentido, se advierte la adopción de medidas provisionales en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia, como lo fue en el *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*<sup>26</sup> -ratificada posteriormente con resolución de 29 de julio de 2020<sup>27</sup>-, mientras que otros casos no se han aceptado que se cumplan los requisitos del artículo 63.2 para la adopción de medidas provisionales, pero se ha apelado a una “supervisión reforzada” (en el marco de supervisión de sentencia), como ha sido el *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, Solicitud de Medidas Provisionales y Supervisión Cumplimiento de Sentencia con Resolución de 29 de julio de 2020<sup>28</sup> que relacionaba, entre otros aspectos, el régimen penitenciario y medidas a adoptar en el marco de la Covid-19.

Como nota a destacar en este sentido, se puede apuntar que en el seno de la Corte se advierten posiciones encontradas sobre la posibilidad de adoptar medidas

---

<sup>23</sup> “Declaración conjunta de la OIT, la OCDE, la OACNUDH, la REDESCA de la CIDH, UNICEF, el Pacto Mundial de las Naciones Unidas y el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos”, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/centro-covid/docs/Covid-19/OIT-et-al-JointCoronavirusStatement-es.pdf>

<sup>24</sup> “Guía práctica de respuestas inclusivas y con enfoque de derechos ante el Covid-19 en las Américas”, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/centro-covid/docs/Covid-19/OEA-GUIA-SPA.pdf>

<sup>25</sup> “Covid-19 en la vida de las mujeres. Razones para reconocer los impactos diferenciados”, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/centro-covid/docs/Covid-19/OEA-CIM-ArgumentarioCOVID19-ES.pdf>

<sup>26</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Medidas Provisionales. Adopción de Medidas Urgentes. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de mayo de 2020.

<sup>27</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Medidas Provisionales. Adopción de Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de julio de 2020.

<sup>28</sup> Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Solicitud de Medidas Provisionales y Supervisión Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de julio de 2020, resuelvo 1.

provisionales en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia, sobre todo por parte del juez Eduardo Vio Grossi, y que pudo exponerlo otra vez en el *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*<sup>29</sup>. En este mismo orden, tampoco ha dejado de debatirse en el seno de la Corte aquellos casos en que, sin dejar de admitir la posibilidad de este tipo de medidas provisionales en esta etapa, se extiende la controversia a cuestionar la conveniencia de adopción de estas medidas cuando por el contrario se apela a una “supervisión reforzada” del Tribunal, como lo ha sido precisamente en el mencionado *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*<sup>30</sup>. En este orden los votos disidentes de los jueces L. Patricio Pazmiño Freire y Eugenio Raúl Zaffaroni, se refirieron a que en este caso existían criterios para ordenar la adopción de medidas provisionales y no encargar las medidas a adoptar en el marco de una “supervisión reforzada”.<sup>31</sup>

En esta crónica haremos referencia a la resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana que adoptó medidas provisionales en el *Caso Vélez Loor Vs. Panamá* de fecha 26 de mayo de 2020, así como a la resolución de 29 de julio de 2020<sup>32</sup> del mismo caso que ratificó las medidas urgentes a adoptar, ya en etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia. Se trata de una resolución de enorme importancia en el marco de la pandemia de la Covid-19 para el aseguramiento de los derechos humanos de un grupo de personas migrantes retenidas en una región de Panamá, como parte de un drama humano relacionado con la migración en América Latina. La posibilidad, como veremos, de que la Corte pueda pronunciarse por los derechos humanos de migrantes que no se identifican con la víctima del caso en cuestión, en esta etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia, obedece a una dimensión estructural que puede alcanzar una medida de reparación cuando la Corte ordena la aplicación de medidas para revertir una situación que pueda afectar a un grupo de personas -más allá de la persona o personas que aparecen como víctimas del caso-, y que no se haya

---

<sup>29</sup> Voto Concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de julio de 2020, Solicitud de Medidas de Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Disponible en: [www.corteidh.or.cr/docs/medidas/votos/castro\\_vse\\_04\\_vio.docx](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/votos/castro_vse_04_vio.docx)

<sup>30</sup> Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Solicitud de Medidas Provisionales y Supervisión Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de julio de 2020.

<sup>31</sup> Ver los votos disidentes de los jueces L. Patricio Pazmiño Freire y Eugenio Raúl Zaffaroni en *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Solicitud de Medidas Provisionales y Supervisión Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de julio de 2020.

<sup>32</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Medidas Provisionales. Adopción de Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de julio de 2020.

cumplido. En esta línea, las medidas que ordena la Corte como garantía de no repetición -dentro de la obligación de reparar que le incumbe a los Estados-, se ha convertido en un elemento clave para “corregir” situaciones de índole “estructural”. El impacto que han tenido las medidas de reparación de la Corte en este sentido es de sobra conocido. Al abarcar reformas legislativas, políticas públicas y la asunción de prácticas en otro sentido, como parte de medidas de reparación, se han destacado ejemplos notables de su impacto a lo interno de algunos Estados: véase a modo de ejemplo la modificación constitucional que se produjo en Chile como consecuencia de una medida de reparación ordenada en el *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*, con sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de fecha 5 de febrero de 2001<sup>33</sup>, relacionada con la cobertura que brindada la Constitución Política de Chile para la censura cinematográfica y otras muchas más.<sup>34</sup>

No es secreto que en el continente americano durante los últimos años, y fundamentalmente en el espacio latinoamericano, se ha revivido una polarización política extrema entre fuerzas de “izquierda” y de “derecha”. Es cierto que esta confrontación nunca ha dejado de existir del todo y se acrecentó con mucha fuerza durante los años 60, 70 y 80 del siglo pasado, donde convivieron en un mismo espacio geográficos movimientos guerrilleros, dictaduras, revoluciones radicales de izquierda, etc. La crudeza de esta realidad pareció aminorar con los procesos de democratización de la vida pública que se vivió en buena parte de Estados del continente durante la década de los 90, y la confrontación política pareció que era posible canalizarse por vías institucionales, y no ya tanto por programas de terrorismo de Estado (como el “plan cóndor”), golpes de Estado, desapariciones forzadas, persecución política, etc.

<sup>33</sup> Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, punto resolutivo 4.

<sup>34</sup> Ver sobre alguno de los impacto más trascendentales a lo interno de Estados de medidas ordenadas por la Corte en: SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo, “40 años cambiando realidades una mirada al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos Transformando realidades*, Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Pablo Saavedra Alessandri (Coordinadores), Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2019, pp.551-612.

Sin embargo, el auge de procesos políticos de izquierda en el continente - algunos prefieren llamarlo de distintas maneras: “populismos”, “neopopulismos”, etc.-, puso en cuestión la posibilidad también de llegar al poder con propuestas de izquierda por estas vías democráticas, en algunos casos con tintes más radicales. Desde entonces, la apuesta en esta confrontación ha mostrado métodos más sutiles dentro del entorno democrático para apartar a personas públicas del ejercicio del poder o para imputar penalmente a líderes políticos con apoyo de instituciones políticas y jurídicas (en el marco del ordenamiento jurídico) -salvo excepciones, como el golpe de Estado militar en Honduras en 2009 y en Bolivia en 2019-, en forma de procesos de impugnación (*impeachment*), o de lo que se entiende como un “abuso” del aparato judicial, o una “guerra judicial” que se ha dado en llamar “lawfare”.

Esta realidad es la que al parecer aconteció con el caso de Gustavo Petro Urrego en Colombia, con su inhabilitación por la Procuraduría General de la Nación como alcalde Mayor de Bogotá en 2013. Al menos esto es lo que consideran en los votos parcialmente disidentes los jueces Pazmiño Freire y Eugenio Zaffaroni en la sentencia de la Corte Interamericana con fecha de 8 de julio de 2020 que consideró responsable al Estado de Colombia por violación de los derechos 23 y 8.1 y 8.2 d) de la Convención Americana en relación con Gustavo Petro, aunque consideró que no era responsable por la violación del derecho del artículo 5.1 de la Convención “en relación con las obligaciones de respetar y garantizar dichos derechos sin discriminación”, a lo que se opusieron igualmente los referidos jueces.

En el primero de los casos el juez Zaffaroni expondría: “El contexto regional, por su parte, es también de público y notorio que se está expandiendo por los países de la región la modalidad de la siempre lamentable persecución política por medio de un uso perverso del derecho, que se ha dado en llamar «lawfare», tan conocido y preocupante que su práctica ha pasado a ser materia de estudio e investigación en los ámbitos académicos (...)”<sup>35</sup> En relación al segundo caso, referido a la discriminación política, el juez Pazmiño Freire sostuvo que “la decisión de la mayoría, siendo la adecuada, conforme lo dicho, se torna en insuficiente y limitada, ya que en mi razonamiento, lamentablemente no alcanzó a cubrir un derecho de inmensas

---

<sup>35</sup> Voto Disidente en cuanto al punto 5 del Resolutorio del Juez Eurgenio Raúl Zaffaroni en la sentencia de 8 de julio de 2020 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Petro vs. Colombia.

consecuencias: la discriminación en razón de las ideas o credo político.” Y argumentaba en este sentido:

“En circunstancias del contexto, regional e internacional, donde la academia, la justicia, así como actores sociales y políticos, están encendiendo sus preocupaciones frente a eventuales y no aisladas prácticas de injerencia en la dinámica del debate democrático, bajo modalidades en apariencia revestidas de legalidad, es imprescindible que volvamos a reafirmar algunas de las fuentes originarias que alimentan y sostienen un estado republicano: el derecho a disenter, a la diversidad de opiniones y credos y a la participación política en el marco de un régimen de democracia electoral representativa. Principios, valores y reglas que al asumirlos ya incorporados en la praxis institucional, hemos dado por sentado su cómoda existencia, sin percatarnos que lenta, pero sistemáticamente, se van diluyendo, al calor de prácticas, sea de carácter violeto o explícito, o, por el uso, cada vez menos soterrado, de actuaciones formalizadas en marcos institucionales, que de no ser oportunamente identificadas y contenidas jurídicamente, podrían favorecer a un progresivo e irreparable deterioro de los principios fundacionales del sistema interamericano y su orden público, poniendo en serio entredicho el modelo republicano de derecho.”

En igual sentido el juez Eugenio Raúl Zaffaroni expresaría que “tomando en consideración que no se trata de un proceso regular sino nulo, que el afectado tiene un principalísimo papel político en el contexto nacional y que se expande por la región la mencionada práctica de manipular perversamente el derecho, es decir, en el marco de los referidos contextos, estimo que los indicios de persecución política resultan suficientemente graves, precisos y concordantes como para concluir que se trató de una decisión estatal discriminatoria, por más que sea de ponderar la conducta del propio Estado al minimizar la lesión mediante la anulación de la medida sancionatoria.”<sup>36</sup>

No obstante, el *Caso Petro Urrego Vs. Colombia*, con sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas con fecha 8 de julio de 2020, ha suscitado la polémica en otros puntos, sobre todo en cuanto al alcance que tienen la interpretación de las normas de la Convención en el funcionamiento democrático de la sociedad y la

---

<sup>36</sup> Voto Disidente en cuanto al punto 5 del Resolutorio del Juez Eugenio Raúl Zaffaroni en la sentencia de 8 de julio de 2020 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Petro vs. Colombia.

conformidad o no del actuar de las instituciones a lo interno de los Estados con la referida Convención y su interpretación. En primer lugar sobre la interpretación que debía hacerse del artículo 23.2<sup>37</sup> de la Convención, cuando se asume que las reglamentaciones al “ejercicio de los derechos y oportunidades”, en relación con los derechos políticos, pueden hacerse “exclusivamente” por “condena, por juez competente, en proceso penal”, (también se admite la posible reglamentación “por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental”). Ya en el caso que había servido de base para la posición que reasume en torno a la interpretación del artículo 23.2 de la Convención, el *Caso López Mendoza Vs. Venezuela* con sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 1 de septiembre de 2011<sup>38</sup>, se había advertido las posibles limitaciones de una interpretación restrictiva de los derechos políticos en relación a la figura del juez penal como la única instancia en el entramado institucional que podía “reglamentar” derechos políticos mediante condena, como se desprende del Voto Concurrente Razonado del juez Diego García-Sayán, al que podemos oponer la posición del juez Eduardo Vio Grossi, en sintonía con la decisión de la mayoría en ambas sentencias.

En aquel *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*, que declaró a la República Bolivariana de Venezuela responsable por la vulneración del derecho a ser elegido de Leopoldo López Mendoza, cuando fue inhabilitado de tres a seis años para el ejercicio de funciones públicas por el Contralor General de la República, el juez García-Sayán puso el acento en que una “interpretación literal de la norma”, podía conllevar a “conclusiones equívocas si se proyectara más allá del caso y para otras situaciones de afectación de derechos políticos”, sobre todo porque “podría ser interpretada en un sentido debilitante de capacidades institucionales de los Estados en el enfrentamiento al flagelo de la corrupción.”<sup>39</sup> Para García-Sayán, desde una “interpretación sistemática,

---

<sup>37</sup> Artículo 23. Derechos Políticos: 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

<sup>38</sup> Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.

<sup>39</sup> Voto Concurrente Razonado del juez Diego García-Sayán, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Cas López Mendoza vs. Venezuela de 1 de septiembre de 2011, párr. 4.

evolutiva y teleológica” y tomando en cuenta “el instrumental complementario de los trabajos preparatorios de la Convención Americana”, se llegaba a “conclusiones diferentes”.<sup>40</sup> En este caso la utilización de estos medios de interpretación para García-Sayán arrojaba el resultado de que “el término «*exclusivamente*» contenido en el artículo 23.2 de la Convención no remite a una lista taxativa de posibles causales para la restricción o reglamentación de los derechos políticos”, y que “el concepto «condena, por juez competente, en proceso penal» no necesariamente supone que ése sea el único tipo de proceso que puede ser utilizado para imponer una restricción”, en tanto “(o)tros espacios judiciales (como la autoridad judicial electoral, por ejemplo) pueden tener, así, legitimidad para actuar”, tomando en cuenta que lo “claro y fundamental es que cualquiera que sea el camino utilizado debe llevarse a cabo con pleno respeto de las garantías establecidas en la Convención y, además, ser proporcionales y previsibles.”<sup>41</sup>

Por su parte, el juez Vio Grossi destacó en este caso “lo estrictamente ajustado a derecho, en la especie, al Derecho Internacional Público”, el resultado de la sentencia con la aplicación de los métodos objetivos y teleológico previstos en la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados.<sup>42</sup> En este sentido, de acuerdo a los términos del tratado, Vio Grossi pudo expresar que “si los Estados Partes de la Convención hubiesen querido consagrar en el mencionado artículo 23.2 causales no taxativas de reglamentación de los derechos y oportunidades previstas en el artículo 23.1 de la misma o permitir que la condena pudiese ser impuesta por otro juez o instancia jurisdiccional distinta al juez penal o en proceso similar o semejante al penal, lo habrían así dicho expresa o derechamente o habrían empleado otra terminología, como, por ejemplo, las de «*tales como*» o «*entre otras*». Pero no lo hicieron así.” En igual sentido, respecto al contexto de los términos, expresaba el juez que no “consta(ba) en autos acuerdo alguno entre los Estados Partes de la Convención vinculado o relativo al artículo 23.2 o concertado con motivo del mismo o posteriormente, interpretándolo ni prueba de práctica ulterior en que conste dicho acuerdo y que permitiría sustentar una interpretación distinta a la proporcionada por la Sentencia.”<sup>43</sup> En este orden argumentaba el juez:

---

<sup>40</sup> Ibid., párr. 6.

<sup>41</sup> Ibid., párr.16.

<sup>42</sup> Voto Concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi, Caso López Mendoza Vs. Venezuela, Sentencia de 1 de septiembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas), pp.1-2.

<sup>43</sup> Ibid., p.3.



“Cabe llamar la atención, a este respecto, que el hecho de que en las legislaciones de algunos de los Estados Partes de la Convención se prevea que una instancia no penal pueda imponer la pena de inhabilitación para ser elegido, en modo alguno refleja que se trata de una práctica por la que «*conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado*». Primero porque se trata de la legislación de tan solo algunos de los Estados Partes de la Convención y, por ende, insuficiente para poder invocar una práctica generalizada en la materia. En segundo lugar, porque no se dispone de ningún antecedente que indique que, al dictarse esas leyes, se haya tenido por finalidad cumplir con lo dispuesto en la Convención. Y en tercer término, dado que, según el Derecho de los Tratados, la práctica no puede significar la modificación de un Tratado.

Asimismo, es procedente señalar que igualmente no corresponde la invocación que en autos se ha hecho a la Convención Interamericana contra la Corrupción, para sostener que es posible interpretar el artículo 23.2 de la Convención en el sentido que permitiría que se reglamentara el ejercicio de los derechos políticos en virtud de condena impuesta por una autoridad administrativa. Y ello porque lo que aquél instrumento establece es la obligación de los Estados Partes de la misma de tipificar como delito los actos de corrupción e incluso se refiere a jurisdicción penal, y en ninguna parte dispone o contempla que la condena por ese delito pueda ser impuesta por una instancia administrativa, de donde se desprende que, en modo alguno, constituye, directa o indirectamente, una modificación o interpretación de lo dispuesto en la Convención, sino precisamente todo lo contrario.”<sup>44</sup>

En definitiva, este último criterio es el que ha mantenido la Corte en el presente *Caso Petro Urrego Vs. Colombia*. Un sector de la doctrina se ha mostrado muy crítico con este enfoque de la Corte, y no es difícil advertir una alineación con la posición mantenida con el juez García-Sayán en su voto concurrente razonado. Algunos autores no sólo han destacado lo “predecible” de la presente sentencia -tomando en cuenta el antecedente del *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*, las medidas cautelares de la Comisión Interamericana a favor de Petro en 2014 y sus recomendaciones en el Informe

---

<sup>44</sup> Ibid., pp.4-5.

de Fondo 130/17-, sino que han destacado que si bien “(l)a interpretación originalista (textualista) que ha mantenido el tribunal interamericano en relación con el artículo 23.2 de la Convención tanto en *López Mendoza* como en *Petro Urrego*, aparece inicialmente justificada en la máxima restricción de las limitaciones a los derechos humanos”, consideran que “el texto del artículo 23.2 es susceptible de una interpretación que consulte en simultánea las exigencias de la reserva de legalidad y de jurisdiccionalidad de las limitaciones, con distintas instituciones del derecho interno colombiano que permiten la limitación judicial de los derechos políticos.”<sup>45</sup> En este sentido, sostienen que “dentro de la interpretación del artículo 23.2 convencional, existe la posibilidad de limitar los derechos políticos por parte de los jueces de lo contencioso administrativo, en asuntos electorales o de pérdida de investidura, por ejemplo. Todo ello, siempre que se aseguren las garantías de la reserva de ley y de jurisdicción, que se trate de jueces independientes e imparciales y que las decisiones se adopten dentro de esquemas procesales que incluyan todas las garantías del debido proceso judicial. El juez penal aparece como uno, pero no el único funcionario judicial del Estado constitucional, con la capacidad de adoptar decisiones que afecten las credenciales democráticas de quien fuera elegido popularmente.”<sup>46</sup>

No obstante el debate existe y es latente cuando algunos apuestas por una interpretación restrictiva o literalista del artículo 23.2 para garantizar los derechos políticos de los cargos elegidos por votación popular.<sup>47</sup> En este orden se ha sostenido que “(l)a Corte Interamericana podría eventualmente apartarse del texto de la CADH, si la interpretación que se le propone supone una mayor protección del derecho en cuestión”, aunque “(a)lejarse de la letra del artículo 23.2 no amplía ni fortalece la protección de los derechos políticos de los funcionarios elegidos por voto popular; por el contrario, la debilita, pues un proceso administrativo implica un escrutinio diferente y menos estricto de la conducta del funcionario elegido popularmente. El objetivo

---

<sup>45</sup> ROA, J.E.; UPEGUI, J.C., “Petro vs. Colombia: garantías democráticas, originalismo y diálogo pendiente”, *Diálogos Derechos Humanos, Agenda Estado de Derechos*. Disponible en: <https://dialogoderechoshumanos.com/agenda-estado-de-derecho/petro-vs-colombia-garantias-democraticas-originalismo-y-dialogo-pendiente>; En este sentido ver también a: Roa, Jorge Ernesto, “La protección de los derechos políticos frente a las funciones disciplinarias de las autoridades administrativas: subsidiariedad y deferencia en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, 2018, pp.801-823.

<sup>46</sup> *Ibíd.*

<sup>47</sup> Ver la exposición del perito Roberto Gargarella en la Audiencia Pública del *Caso Petro Urrego Vs. Colombia*: <https://www.youtube.com/watch?v=gw0OisNsfjo>

legítimo de luchar contra la corrupción no puede desconocer los derechos de las personas. Y menos desde la perspectiva de un tribunal internacional de derechos humanos como la Corte IDH.”<sup>48</sup>

Otro aspecto controvertido a destacar de la sentencia, entre tantos otros, se refieren a la posibilidad de ejercer un control de convencionalidad de una norma no aplicada al caso en concreto, (algunos la denominan un “control de convencionalidad abstracto<sup>49</sup>”). En el presente *Caso Petro Urrego Vs. Colombia*, en relación al tipo penal de “elección ilícita de candidatos” establecido en el Código Penal mediante la Ley 1864 de 2017, la Corte no tuvo reparos en considerar que “si bien no reconoce facultades para la restricción de derechos políticos, ni fue aplicada en el caso concreto del señor Petro, puede generar el efecto de inhibir a una persona para postularse a un cargo público cuando haya sido objeto de una sanción disciplinaria o fiscal, constituyendo así un riesgo para sus derechos políticos y los de sus electores.” Fue en este sentido que la Corte consideró que “el artículo 5 de la Ley 1864 de 2017, en tanto puede generar el efecto de inhibir a una persona para postularse a un cargo público de elección popular cuando haya sido objeto de una sanción disciplinaria o fiscal, pues podría incurrir en un delito sancionado con una pena de 4 a 9 años de prisión, constituye un incumplimiento del artículo 23 de la Convención Americana en relación con el artículo 2 del mismo instrumento.”<sup>50</sup>

Aunque pueden encontrarse pronunciamientos contradictorios con esta línea argumentativa, de reciente data<sup>51</sup>, lo cierto es que esta postura asumida por la Corte no

---

<sup>48</sup> GALVIS PATIÑO, M. C., “El Caso Gustavo Petro vs. Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Posibles escenarios a la luz de la jurisprudencia interamericana”, Agosto 6, 2020, *Justicia en las Américas, Blog de la Fundación para el Debido Proceso*. Disponible en: <https://dplfblog.com/2020/08/06/el-caso-gustavo-petro-vs-colombia-ante-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos/>

<sup>49</sup> HITTERS, J. C., “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, N° 2, 2009, pp. 118-119.

<sup>50</sup> Corte IDH. *Caso Petro Urrego Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406, párr.116.

<sup>51</sup> Por ejemplo, Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr. 135: “Por otro lado, respecto a la alegada violación del artículo 2 por la alegada falta de adecuación a la Convención del artículo 205 del Código Procesal Penal, la Corte advierte que los hechos probados demuestran que los funcionarios incumplieron con la mencionada disposición. Por ende, pronunciarse sobre la convencionalidad de la misma constituiría un pronunciamiento en abstracto, lo cual no le corresponde a este Tribunal en un caso contencioso. En virtud de lo anterior, la Corte no considera necesario pronunciarse sobre la alegada violación del artículo 2 de la Convención. No obstante, este Tribunal observa la conveniencia de una adecuación de dicha norma a la tecnología actual en materia de

es nueva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y puede encontrarse como un criterio similar -en lo referido a un “efecto de inhibir” con “riesgo” para sus derechos como criterio para determinar su incompatibilidad con la Convención-, en las posiciones que mantuvo en su momento el juez Cançado Trindade en sus votos disidentes respecto a esta línea jurisprudencial que impedía su análisis si no era “aplicable” al caso en concreto. Sin pretender abarcar todas las situaciones en relación con esta cuestión en la jurisprudencia de la Corte IDH, los posibles vaivenes o la discusión sobre cuándo nos encontramos ante un control “abstracto” y cuando no -si con ello también se refiere a un control sobre normas que aunque no se apliquen al caso concreto tienen algún tipo de impacto sobre los derechos vulnerados-, lo cierto es que se pueden encontrar en los votos disidentes del mencionado juez Cançado Trindade en la década de los 90 un constante llamado a dar un vuelco jurisprudencial a una línea argumentativa que ataba su competencia para determinar la compatibilidad de una normativa interna respecto a la Convención, en un caso contencioso, al criterio de que hubiera sido aplicada al caso. Al menos esto es lo que se desprende de sus reflexiones en el voto concurrente en el caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y Otros versus Chile*), cuando expresó que ya no era necesario insistir en los argumentos vertidos en los votos disidentes en los casos *El Amparo*, *Caballero Delgado y Santana*, y *Genie Lacayo*, sobre todo porque “ya no exist(ía) en la jurisprudencia subsiguiente y

---

identificación y verificación de registro de órdenes de captura”; en el caso *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú*, con citas de los casos de *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994 y del Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus Miembros Vs. Brasil de 5 de febrero de 2018, sostuvo que: “Al respecto, la Corte recuerda que «[l]a competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales en abstracto, sino que es ejercida para resolver casos concretos en que se alegue que un acto [u omisión] del Estado, ejecutado contra personas determinadas, es contrario a la Convención», Corte IDH. Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394, párr. 203; Corte IDH. Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr.307: “Respecto de esta medida, la Corte nota que el régimen disciplinario en Honduras ha sido modificado con respecto al régimen que fue aplicado a las presuntas víctimas. Este Tribunal recuerda que no le corresponde realizar una revisión en abstracto de normas que no fueron aplicadas o no tuvieron algún tipo de impacto en las violaciones declaradas en un caso concreto. En el presente caso el nuevo régimen disciplinario no fue aplicado a las víctimas ni consta que su posible aplicación pueda tener relación directa con los hechos de este caso. Por ello, y tomando en cuenta que las medidas solicitadas implican el análisis de normas jurídicas y alegados avances legales que no constituían el régimen que se encontraba vigente al momento en que se llevaron a cabo los procesos disciplinarios contra las víctimas de este caso, la Corte considera que no corresponde emitir un pronunciamiento sobre dichas solicitudes al disponer las reparaciones del presente caso.”

---

contemporánea de nuestro Tribunal, que mucho ha evolucionado en este particular, sobre todo a partir del nuevo criterio sobre la materia establecido en el caso *Suárez Rosero* (...)”<sup>52</sup>

El criterio del juez Cançado Trindade en esos votos disidentes se desplegó en los siguientes argumentos, y que resumió en el referido voto concurrente del caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y Otros versus Chile*), de los que tomaré únicamente los que expuso en su Voto Disidente en el *Caso El Amparo Vs. Venezuela* con sentencia de Reparaciones y Costas de 14 de septiembre 1996: “(n)o me parece necesario esperar la ocurrencia de un daño (material o moral) para que una ley pueda ser impugnada”, pues en todo caso “puede serlo sin que esto represente un examen o determinación *in abstracto* de su incompatibilidad con la Convención”<sup>53</sup>; del mismo modo “(s)i fuera necesario aguardar la aplicación efectiva de una ley ocasionando un daño, no habría como sostener el deber de prevención”, pues “(u)na ley puede, por su propia existencia y en la ausencia de medidas de ejecución, afectar los derechos protegidos en la medida en que, por ejemplo, por su vigencia priva a las víctimas o a sus familiares de un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, independientes e imparciales, así como de las garantías judiciales plenas (...)”<sup>54</sup>; así, “(a) partir del momento en que se constatan violaciones de los derechos humanos protegidos, el examen de la incompatibilidad de disposiciones legales de derecho interno con la Convención Americana sobre Derechos Humanos deja (...) de ser una *cuestión abstracta*”, ello porque “(u)na ley puede *per se* configurarse incompatible con la Convención en la medida en que, por ejemplo, inhiba el ejercicio de los derechos protegidos, aún en la ausencia de una medida de aplicación”, “puede *per se* revelarse incompatible con la Convención en la medida en que, por ejemplo, no imponga límites precisos al poder discrecional atribuido a las autoridades públicas de interferir en el ejercicio de los derechos protegidos”, o “puede *per se* mostrarse incompatible con la Convención en la medida en que, por ejemplo, dificulte las investigaciones en curso, u

---

<sup>52</sup> Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, en Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73. párr. 2

<sup>53</sup> Voto Disidente del Juez Cançado Trindade en el Caso El Amparo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C No. 28, párr.3.

<sup>54</sup> *Ibid.*

ocasiona obstrucciones en el proceso judicial, o conlleve a la impunidad de los responsables por las violaciones de los derechos humanos.”<sup>55</sup>

En significativo entonces que el criterio sostenido entonces por el juez Cançado Trindade en su voto disidente en el *Caso El Amparo Vs. Venezuela*, respecto a la incompatibilidad de una ley que “inhiba el ejercicio de los derechos protegidos, aún en la ausencia de una medida de aplicación”, haya sido asumido también por la Corte Interamericana en este caso, que en la opinión de Cançado Trindade entonces no podía enmarcarse en los contornos de una “cuestión abstracta”, por más que no sea de “aplicación” al caso en concreto. Se pudiera exponer mucho más en este sentido y, sobre todo, desplegar un estudio de mayor calado sobre estas posiciones y criterios para llegar a un panorama más clarificador, pero sirvan estas breves referencias para enjuiciar o emprender un análisis más profundo sobre este tema, que engrosa, junto a otros de importancia, el contenido de la sentencia que expondremos en sus líneas fundamentales en las páginas que siguen.

## **2. La “discriminación estructural” en su dimensión histórica se dimensiona a las personas LGBTI como víctimas. Corte IDH. Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402.**

El caso se relaciona con la detención y tortura del ciudadano peruano Azul Rojas Marín, un hombre gay que se identificaba como mujer con el nombre de Azul, que según sus declaraciones había denunciado en febrero de 2008 en la policía peruana que agentes estatales “la golpearon con la vara de ley para obligarla a subir al vehículo policial, y al momento de la detención tres policías la encerraron en una habitación donde: i) fue desnudada forzosamente; ii) le preguntaron por el paradero de su hermano<sup>186</sup>; iii) le pegaron cachetadas<sup>187</sup>; iv) le realizaron comentarios respecto a su orientación sexual<sup>188</sup>, y vi) le introdujeron la vara policial en el ano en dos oportunidades.”<sup>56</sup> La Corte daría por acreditado, por su parte, que “durante la detención,

---

<sup>55</sup> Ibid., párr.7.

<sup>56</sup> Corte IDH. Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr.145.

la señora Rojas Marín fue desnudada forzosamente, golpeada en varias oportunidades, los agentes estatales realizaron comentarios despectivos sobre su orientación sexual, y fue víctima de violación sexual ya que en dos oportunidades le introdujeron una vara policial en el ano.”<sup>57</sup>

En las cuestiones de fondo, después de resolver objeciones preliminares presentadas por Perú, la Corte expuso consideraciones generales sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación, en los que pasa a reconocer que “las personas LGBTI han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales.”<sup>58</sup> Esta afirmación se acompaña de varios criterios sostenidos con anterioridad: la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona como categorías protegidas por la Convención; las situaciones de violencia como producto de formas extremas de discriminación contra las personas LGBTI, basada en prejuicios<sup>59</sup> y con un “fin simbólico” para “comunicar un mensaje de exclusión o de subordinación”<sup>60</sup>, y para “impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se auto-identifica o no con una determinada categoría”<sup>61</sup>, del mismo modo que la “violencia, alimentada por discursos de odio, puede dar lugar a crímenes de odio”<sup>62</sup>; lo complicado para distinguir entre la discriminación por orientación sexual y discriminación por expresión de género y la posibilidad de discriminación por orientación sexual real o percibida<sup>63</sup>; entre otras.

Por su parte en el análisis de las posibles violaciones al artículo 7 de la Convención, sobre el derecho a la libertad personal, sobre la base de que Rojas Marín había sido privada de libertad por agentes estatales cuando fue llevada a la comisaría en febrero de 2008<sup>64</sup>, la Corte consideró en relación a la legalidad de la detención que no se habían cumplido “los requisitos establecidos por la propia legislación interna, por lo

---

<sup>57</sup> *Ibíd.* párr.157.

<sup>58</sup> *Ibíd.*, párr.90.

<sup>59</sup> *Ibíd.*, párrs. 91 y 92.

<sup>60</sup> *Ibíd.*, párr.93.

<sup>61</sup> *Ibíd.*

<sup>62</sup> *Ibíd.*

<sup>63</sup> *Ibíd.*

<sup>64</sup> *Ibíd.*, párr. 109.

cual constituyó una violación al artículo 7.2 de la Convención”<sup>65</sup>; del mismo modo que se constataba “la ausencia de un motivo conforme a la ley por el cual la presunta víctima fue sujeta a un control de identidad y la existencia de elementos que apuntan hacia un trato discriminatorio por razones de orientación sexual o expresión de género no normativa”, por lo que la Corte “deb(ía) presumir que la detención de la señora Rojas Marín fue realizada por razones discriminatorias”<sup>66</sup>. En tal sentido “las detenciones realizadas por razones discriminatorias son manifiestamente irrazonables y por tanto arbitrarias”<sup>67</sup>, por lo que la Corte consideró que la violación del artículo 7.3 de la Convención.<sup>68</sup> En este mismo orden, la Corte consideró la vulneración del artículo 7.4 en cuanto no se informó de las razones de la detención.<sup>69</sup>

En relación al derecho a la integridad personal y vida privada, consagrado en el artículo 5 de la Convención, la Corte concluyó que “el conjunto de abusos y agresiones sufridas por Azul Rojas Marín, incluyendo la violación sexual, constituyó un acto de tortura por parte de agentes estatales”<sup>70</sup>, por lo que “el Estado violó los derechos a la integridad personal, a la vida privada, y a no ser sometida a tortura, consagrados en los artículos 5.1, 5.2 y 11 de la Convención, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar dichos derechos sin discriminación, consagradas en el artículo 1.1 del mismo tratado y los artículos 1 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.”<sup>71</sup>

Respecto a los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, de los artículos 8 y 25 de la Convención, al analizar si hubo *debida diligencia en la investigación* conforme al desarrollo por la Corte de “estándares específicos sobre cómo se debe investigar la violencia sexual en casos donde las víctimas han sido mujeres”<sup>72</sup>,

---

<sup>65</sup> *Ibíd.*, párr. 121.

<sup>66</sup> *Ibíd.*, párr. 128.

<sup>67</sup> *Ibíd.*, párr. 129.

<sup>68</sup> *Ibíd.*, párr. 130.

<sup>69</sup> *Ibíd.*, párr. 131.

<sup>70</sup> *Ibíd.*, párr. 166.

<sup>71</sup> *Ibíd.*, párr. 167.

<sup>72</sup> *Ibíd.*, párr.179. “Este Tribunal ha especificado que en una investigación penal por violencia sexual, es necesario que: i) la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza; ii) la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición; iii) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación; iv) se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del género que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea; v) se



la Corte consideró que no se cumplieron en la toma de declaraciones de Azul Rojas, ni en el examen médico practicado, del mismo modo que el Estado no superó el examen de la comprobación de *omisiones probatorias y en la investigación de los posibles motivos discriminatorios* y de la *utilización de estereotipos discriminatorios durante la investigación*. Por estas razones, la Corte consideró que el Estado “no actuó con la debida diligencia para investigar la tortura sexual de la presunta víctima.”<sup>73</sup>

En este mismo sentido, la Corte determinó que el Estado no investigó el delito de tortura, y así violó los artículos 8.1 y 25 en relación con los artículos 1.1 y 2 y con los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionarla Tortura<sup>74</sup>; y en relación con la decisión de sobreseimiento por el Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Ascope el 9 de enero de 2009, del proceso por ambos delitos y contra los imputados<sup>75</sup>, la Corte sostuvo que “las autoridades judiciales no tomaron en cuenta las particularidades de las investigaciones de tortura y violación sexual, desacreditando indebidamente las declaraciones de la presunta víctima, no dando el valor necesario a las pericias realizadas y asumiendo que la presunta víctima se había autolesionado.”<sup>76</sup> Todas estas cuestiones hicieron concluir a la Corte “que el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar dichos derechos sin discriminación y de adoptar disposiciones de derecho interno, consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la misma, y con los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionarla Tortura, en perjuicio de Azul Rojas Marín.”<sup>77</sup> La Corte también determinaría la responsabilidad del Estado por la violación del artículo 5.1 de la Convención en relación con la madre de Azul, la señora Juana Rosa Tanta Marín.<sup>78</sup>

---

documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, investigando de forma inmediata el lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia, y vi) se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso.” *Ibíd.*, párr.180.

<sup>73</sup> *Ibíd.*, párr. 205.

<sup>74</sup> *Ibíd.*, párr. 208.

<sup>75</sup> *Ibíd.*, párr. 209.

<sup>76</sup> *Ibíd.*, párr. 218.

<sup>77</sup> *Ibíd.*, párr. 219.

<sup>78</sup> *Ibíd.*, párr. 223.

Entre las medidas de reparaciones, la Corte dispuso que el Estado debería, “en un plazo razonable y por medio de funcionarios capacitados en atención a víctimas de discriminación y violencia por orientación sexual, promover y continuar las investigaciones amplias, sistemáticas y minuciosas que sean necesarias para determinar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de la violencia y tortura sexual sufrida por la señora Rojas Marín, evitando la aplicación de estereotipos discriminatorios y la realización de cualquier acto que pueda resultar revictimizante.”<sup>79</sup> Como medidas de satisfacción, la Corte dispuso la publicación de la sentencia y la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional.<sup>80</sup> En igual sentido como medidas de rehabilitación, la Corte dispuso asistencia médica y psicológica<sup>81</sup>. Entre las garantías de no repetición, la Corte ordenó al Estado la “adopción de un protocolo sobre la investigación y administración de justicia en casos de violencia contra las personas LGBT”, la “sensibilización y capacitación de agentes estatales sobre violencia contra las personas LGBTI”, el “diseño e implementación de un sistema de recopilación y producción estadística de violencia contra personas LGBTI” y la eliminación del “indicador de «erradicación de homosexuales y travestis» de los Planes de Seguridad Ciudadana de las Regiones y Distritos del Perú”.<sup>82</sup>

**3. Una “medida de reparación de carácter estructural” para “beneficiar a personas más allá de la víctima del caso” -como “garantía de no repetición”-, en la base de la ordenación de medidas urgentes para el aseguramiento de derechos humanos de personas migrantes retenidas en el marco de la pandemia. Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Medidas Provisionales. Adopción de Medidas Urgentes. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de mayo de 2020 y Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Medidas Provisionales. Adopción de Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de julio de 2020.**

---

<sup>79</sup> *Ibíd.*, párr. 229.

<sup>80</sup> *Ibíd.*, párrs. 230-234.

<sup>81</sup> *Ibíd.*, párrs. 235-237.

<sup>82</sup> *Ibíd.*, párrs. 238-255.

El 7 de mayo de 2020 los representantes de la víctima, en este caso del señor Vélez Loor, presentaron ante la Corte la solicitud de medidas provisionales respecto a personas migrantes que se encontraba retenidas en un centro conocido como La Peñita en la región del Darién, cuya nacionalidad eran haitianos, cubanos, y otros. El objetivo consistió en “«evitar que se produzcan daños irreparables a sus derechos a la vida, salud e integridad personal» en el contexto de la actual crisis sanitaria provocada por el COVID-19”.<sup>83</sup> Entre los “hechos de riesgo” que alegaban los representantes para la adopción de estas medidas estaban: “(d)etenciones automáticas y arbitrarias que, debido a la pandemia, se habrían convertido en detenciones indefinidas”; “(c)ondiciones de detención inadecuadas para prevenir el contagio del COVID-19”; “(f)alta de medidas de respuesta y prevención al COVID-19 en La Peñita”<sup>84</sup>.

La presentación de esta solicitud acontecía en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia del caso *Caso Vélez Loor Vs. Panamá* con sentencia de 23 de noviembre de 2010, en la que la Corte había declarado la responsabilidad de Panamá por la violación de varios derechos del señor Jesús Tranquilino Vélez Loor (de nacionalidad ecuatoriana), quien había sido privado de libertad en varios centros penitenciarios de Panamá por encontrarse en “situación migratoria irregular”. La posibilidad de presentación de esta solicitud de medidas estaba en una de las medidas de reparación que la Corte había ordenado en forma de “garantía de no repetición” de la siguiente manera: “adoptar las medidas necesarias para disponer de establecimientos con capacidad suficiente para alojar a las personas cuya detención es necesaria y proporcionada en el caso en concreto por cuestiones migratorias, específicamente adecuados para tales propósitos, que ofrezcan condiciones materiales y un régimen acorde para migrantes, y cuyo personal sea civil y esté debidamente calificado y capacitado (...)”.<sup>85</sup>

En este sentido, la Presidenta de la Corte recordó que en el caso Vélez Loor se había ordenado “una medida de reparación de carácter estructural que permitiría

---

<sup>83</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Medidas Provisionales. Adopción de Medidas Urgentes. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de mayo de 2020, párr. 2.

<sup>84</sup> Ibid., párr.7.

<sup>85</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, punto resolutivo 15; también Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Medidas Provisionales. Adopción de Medidas Urgentes. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de mayo de 2020, párr.1.

beneficiar a personas más allá de la víctima del caso”, como ya hemos hecho alusión, con la que buscó “asegurar que la privación de libertad de personas por cuestiones migratorias sea excepcional, cuando en el caso concreto cumpla con parámetros de necesidad y proporcionalidad, y que se realice en establecimientos destinados a alojar a esas personas, que cumplan con un régimen acorde para migrantes, el cual es distinto del de personas acusadas o condenadas por delitos penales.”<sup>86</sup> Más adelante, después de citar los parámetros establecidos por la Corte para el cumplimiento de esta garantía de no repetición y que se cumplía el requisito establecido en el artículo 27.3 del Reglamento de la Corte (“relación con el objeto del caso”), indica la pertinencia en este caso de realizar un examen de las circunstancias para la adopción de medidas provisionales, tomando en cuenta la excepcionalidad de algunas circunstancias para este tipo de examen, ya que el cumplimiento de cualquiera de las medidas ordenadas debían hacerse normalmente en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia.

“En este caso, la Presidencia estima que se configuran condiciones excepcionales que ameritan proceder a examinar si se cumplen los requisitos para la adopción de medidas provisionales al constatar que se trata de alegados hechos relativos a la falta de prevención del contagio y falta de atención médica de los migrantes retenidos en el albergue La Peñita en el contexto generado por la pandemia de la enfermedad denominada COVID-19, lo cual pondría en riesgo la salud, la integridad personal y la vida de diversas personas. La situación descrita en la solicitud de medidas podría ameritar una intervención inmediata a favor de un grupo de personas en situación de vulnerabilidad, como lo son las personas migrantes y otras personas extranjeras en contexto de movilidad humana, vulnerabilidad que se ve incrementada por la pandemia y que, consecuentemente, amerita particular protección por el Estado. Así lo hizo notar la Corte en su Declaración No. 1/20 titulada «COVID-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales», así como otros organismos internacionales. Esta situación de salud pública mundial, como es la pandemia del COVID 19, ha producido que los Estados adopten una serie de medidas para hacer frente a esta

---

<sup>86</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Medidas Provisionales. Adopción de Medidas Urgentes. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de mayo de 2020, párr.13.

crisis, lo cual ha ocasionado la afectación de una serie de derechos en cuanto a su ejercicio y goce.”<sup>87</sup>

En el análisis sobre el cumplimiento o no de los requisitos para la adopción de medidas cautelares, la Presidente pudo razonar en lo siguiente: en el examen del requisito de “extrema gravedad”, se reconoció de inicio “las dificultades que viene experimentando el Estado de Panamá como consecuencia del cierre de fronteras regionales respecto a la atención de personas migrantes que requieren continuar transitando hacia otros países, así como sus esfuerzos por brindar respuesta a dicha situación en el ámbito de su jurisdicción”.<sup>88</sup> En este orden “destaca que las personas respecto de quienes se solicita protección son personas extranjeras que se encontraban transitando por territorio panameño en un contexto de movilidad humana”, y que por tanto “(l) a privación de su libertad debe ser excepcional y en condiciones materiales acordes a su status de migrantes (...)”, lo que “no obsta a que, en la atención de la emergencia sanitaria, a las personas migrantes también se les apliquen restricciones a sus derechos, que sean legítimas y conforme a los parámetros interamericanos e internacionales, así como en condiciones de igualdad que al resto de la población.”<sup>89</sup>

Seguidamente la Presidenta expuso aquellos hechos alegados por los representantes de la víctima que el Estado no pudo objetar: la situación de hacinamiento del centro La Peñita en la región del Darién, “ya que su ocupación actual sobrepasa su capacidad de alojar un número aproximado de 200 personas”, además de carecer “de ventilación, de duchas, de suficientes letrinas, de acceso al agua potable y a los alimentos en calidades y cantidades adecuadas”; la existencia además en este lugar de 66 mujeres embarazadas hasta la fecha 23 de abril de 2020. En este orden la Presidenta hizo notar que “Panamá no explicó haber ampliado en fecha reciente la capacidad estructural del albergue La Peñita, pero las representantes explicaron que el Estado habilitó una «instalación nueva» en «Lajas Blancas», Provincia de Darién, para albergar a las personas contagiadas y a las sospechosas de haber sido contagiadas. De acuerdo al cuadro incluido por el Estado en sus observaciones, en «la ERM Laja Blanca» se encuentra un total de 160 personas.”<sup>90</sup> En este punto la Presidenta destacó “la gravedad

---

<sup>87</sup> Ibid., párr.17.

<sup>88</sup> Ibid., párr.19

<sup>89</sup> Ibid., párr.20.

<sup>90</sup> Ibid., párr.21.

de que, aun cuando el Estado hubiere dispuesto campamentos en Laja Blanca para trasladar a dichas personas, en La Peñita continúa albergando un alto número de personas que supone, al menos, siete veces más de lo que permitiría su capacidad, lo cual puede favorecer la propagación del COVID-19. Estas alegadas condiciones de hacinamiento y sobre población del establecimiento La Peñita pueden continuar agravándose por las medidas de restricción de la movilidad interna y transfronteriza, que pueden ocasionar un daño irreparable a la vida y a la integridad de las personas allí retenidas por cuestiones migratorias.”<sup>91</sup>

En este orden la Presidenta valoró algunas algunas medidas que Panamá alegó ante la Corte para “minimizar los riesgos y vulnerabilidades sociales” de estas personas, y vio positivo que el Estado panameño considerara “a las personas migrantes como un grupo al cual requiere dirigir acciones sanitarias para mitigar el impacto de dicha enfermedad infecciosa en tanto dicha enfermedad incrementa su situación de vulnerabilidad”, o que expresara atender a la población de este lugar “con los estándares establecidos por la OMS”.<sup>92</sup> No obstante ello, hizo notar que el Panamá, pese a haber expuesto lo anterior, no era claro si se había solucionado esta grave situación. En este caso, no se explicaba “cómo se cumplen los estándares de la Organización Mundial de la Salud ante un nivel de sobre población tan elevado”, ni se pudo “conocer cómo en las instalaciones del establecimiento se garantiza una ventilación y una distancia adecuadas entre las personas que se encuentran allí y de quienes realizan funciones, a los fines de prevenir el contagio del COVID-19, tomando en cuenta que, según la información científica disponible a la fecha, el virus se transmite de forma muy eficiente por vía interpersonal, lo cual supone la necesidad de intensificar medidas de distanciamiento e higiene (...)”<sup>93</sup>

Por su parte el requisito de urgencia la Presidenta lo constata de la información brindada por el Estado con fecha 12 de mayo de 2020 sobre los contagios detectados en las personas migrantes y funcionarios, en este caso 58 casos positivos. En este punto argumentó que “(l) a alegada falta de condiciones para que se garanticen medidas rigurosas de distanciamiento y de higiene para prevenir y mitigar la propagación del COVID-19, así como la falta de información relativa a que el Estado garantice un

---

<sup>91</sup> Ibid., párr.22.

<sup>92</sup> Ibid., párr.23.

<sup>93</sup> Ibid., párr.24.

tratamiento médico adecuado ante complicaciones derivadas de la enfermedad, hacen que sea necesaria la adopción de medidas de forma inmediata para revertir esas situaciones lo más pronto posible.”<sup>94</sup> A este escenario se agregaba que la imposibilidad de comprender “si, ante el relevamiento de un número significativo de personas contagiadas, se intensificaron las medidas para evitar el contagio masivo, tomando en cuenta que el virus lo transmiten también las personas asintomáticas o con síntomas leves que podrían haber pasado sin detectarse”, así como “a cuántas personas migrantes y funcionarios realizó pruebas de diagnóstico del virus”, y “si el Estado ha procedido a identificar a aquellas personas con factores de riesgo de mayores complicaciones o condiciones de vulnerabilidad particular, como lo son las personas mayores y mujeres embarazadas, entre otras, que se puedan ver mayormente afectadas por el contagio.”<sup>95</sup>

De igual forma la Presidenta pudo constatar el cumplimiento del requisito de “irreparabilidad del daño”, en tanto “la situación de extrema gravedad y urgencia de las personas retenidas en la Estación de Recepción Migratoria La Peñita y en Laja Blanca podría tener consecuencias irreparables a sus derechos a la salud, integridad personal y vida.” En consonancia con esto, la Presidenta consideró extender la protección de las personas no sólo localizadas en La Peñita, como había solicitado los representantes de las víctimas, sino también a las personas que se encontraban en el albergue Laja Blanca, en tanto hacia este lugar eran “trasladadas, desde La Peñita, las personas clasificadas como contagiadas y «sus contactos».”<sup>96</sup> De este modo, a juicio de la Presidenta se advertían los tres requisitos para la adopción de medidas urgentes para la “protección para la salud, vida e integridad de las personas que se encuentran en la Estación de Recepción Migratoria La Peñita, así como de aquellas trasladadas a Laja Blanca.”<sup>97</sup>

En tales circunstancias, la Presidenta procedió a “precisar algunos requerimientos mínimos de acuerdo a las recomendaciones existentes disponibles en la actualidad, para la implementación de las medidas necesarias para garantizar los derechos humanos de las personas que se encuentran en las Estaciones de Recepción Migratoria en el contexto de la referida pandemia”, para lo cual se auxilia, entre otros, de las “Recomendaciones para la prevención y control de la COVID-19 en lugares de

---

<sup>94</sup> *Ibíd.*, párr.25.

<sup>95</sup> *Ibíd.*, párr.26.

<sup>96</sup> *Ibíd.*, párr.27.

<sup>97</sup> *Ibíd.*, párr.28.

detención”, de 15 de abril de 2020, del Comité Internacional de la Cruz Roja; de las “Recomendaciones del Subcomité de Prevención de la Tortura a los Estados Partes y Mecanismos Nacionales de Prevención relacionados con la pandemia de Coronavirus, de 25 de Marzo de 2020, del Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas, entre otras.<sup>98</sup> Entre estos requerimientos se encontraban: “(r)educir el hacinamiento al nivel más bajo posible de forma tal que se puedan respetar las pautas recomendadas de distanciamiento social para prevenir el contagio del virus, teniendo en cuenta especialmente a las personas con factores de riesgo, e incluyendo la posibilidad de examinar medidas alternativas y basadas en la comunidad”; “(d)eterminar, cuando sea posible, de acuerdo al interés superior, opciones de acogida familiar o comunitaria para niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, así como para aquellos que están junto con sus familias preservando la unidad familiar”; entre otros.<sup>99</sup>

Por tales motivos la Presidenta resolvió “(r)equerir al Estado de Panamá que adopte todas las medidas adecuadas para proteger efectivamente los derechos a la salud,

<sup>98</sup> *Ibíd.*, ver notas a pie de página 24 y ss.

<sup>99</sup> El resto de los requerimientos consistían en: “Garantizar el respeto del principio de no devolución a toda persona extranjera, cuando su vida, seguridad e integridad personal esté en riesgo”; “Adoptar medidas para prevenir el riesgo de violencia, y en particular aquella de carácter sexual, a la que están expuestas las mujeres, las niñas y los niños migrantes”; “Establecer protocolos o planes de actuación para la prevención del contagio del COVID-19 y la atención de personas migrantes infectadas, de acuerdo a las pautas recomendadas. Entre otros aspectos, asegurarse de realizar controles de salud a cada persona que ingrese al establecimiento, verificando si tiene fiebre o síntomas de la enfermedad; realizar la toma de muestras biológicas de todos aquellos casos clasificados como «sospechosos», y adoptar las medidas de atención médica, cuarentena y/o aislamiento necesarias”; “Brindar a las personas migrantes acceso gratuito y sin discriminación a servicios de atención en salud, incluyendo aquellos necesarios para enfrentar la enfermedad del COVID-19, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz y al mismo estándar de atención que se encuentra disponible en la comunidad”; “Proporcionar a las mujeres embarazadas acceso gratuito a servicios de atención en salud sexual y reproductiva así como a servicios de atención de maternidad, y facilitar servicios de atención en salud adecuados para niñas y niños”; “Adoptar las medidas que sean necesarias para superar barreras legales, idiomáticas y culturales que dificulten el acceso a la salud y a la información”; “Adoptar medidas para asegurar la ventilación natural, limpieza máxima, desinfección y recolección de residuos para evitar que la enfermedad se propague”; “Continuar con la dotación gratuita de mascarillas, guantes, alcohol, toallas desechables, papel higiénico y bolsas de basura, entre otros elementos, tanto para la población que se encuentra en los establecimientos como el personal de custodia y sanitario”; “Promover, a través de los suministros y la información necesarias, las medidas de higiene personal recomendadas por las autoridades sanitarias, tales como el lavado regular de las manos y del cuerpo con agua y jabón para prevenir la transmisión de dicho virus y de otras enfermedades infecciosas”; “Proveer una alimentación suficiente y agua potable para consumo personal, con especial consideración de los requerimientos nutricionales pre y post natales”; “Posibilitar el acceso a servicios de salud mental para las personas que así lo requieran, teniendo en cuenta la ansiedad y/u otras patologías que se pueden generar a raíz del temor provocado por la situación del COVID-19”; “Garantizar el acceso a las Estaciones de Recepción Migratoria de la Defensoría del Pueblo y de otros mecanismos independientes de monitoreo, así como de las organizaciones internacionales y de la sociedad civil”; “Evitar que las medidas que se adopten promuevan la xenofobia, el racismo y cualquier otra forma de discriminación”. *Ibíd.*, párr.30.



integridad personal y vida de las personas que se encuentran en las Estaciones de Recepción Migratoria La Peñita y Laja Blanca en la Provincia de Darién”, del mismo modo “que asegure, de forma inmediata y efectiva, el acceso a servicios de salud esenciales sin discriminación a todas las personas que se encuentran en las Estaciones de Recepción Migratoria La Peñita y Laja Blanca, incluyendo detección temprana y tratamiento del COVID-19”.<sup>100</sup> En esta línea requería al Estado la presentación de un informe sobre el cumplimiento de lo establecido anteriormente, que debía ser “completo y detallado”, con una fecha que no debía exceder del 10 de junio de 2020. Del mismo modo las representantes de las víctimas y la Comisión Interamericana, una vez presentado este informe, debían elevar sus observaciones en un plazo de una semana.<sup>101</sup>

Con posterioridad, en el mes de julio de 2020, la Corte Interamericana tuvo que “determinar la necesidad de ratificar las presentes medidas” a la luz “de la información presentada por el Estado y las representantes sobre la situación actual de riesgo, así como sus observaciones y las de la Comisión Interamericana al respecto.”<sup>102</sup> En este orden, la Corte volvió a estimar que “los requisitos de extrema gravedad, urgencia e irreparabilidad del daño se configuran prima facie y se hace necesario ordenar medidas provisionales de protección para la salud, vida e integridad de las personas que se encuentran en la Estación de Recepción Migratoria La Peñita, así como de aquellas trasladadas a Lajas Blancas.”<sup>103</sup> Después de “reiterar los requerimientos mínimos enumerados en la Resolución de la Presidenta de Adopción de Medidas Urgentes”<sup>104</sup>, en la presente resolución de adopción de medidas provisionales la Corte resolvió, por cuatro votos a favor y uno en contra (con voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi y voto concurrente del juez L.Patricio Pazmiño Freire), “(r)atificar la Resolución de la Presidenta de adopción de Medidas Urgentes de 26 de mayo de 2020” y reiterar las dos primeras ya mencionadas, y en cuanto al plazo requirió al Estado presentar un informe “a más tardar el 1 de septiembre de 2020”, “luego de lo cual deberá continuar informando a la Corte cada cuatro semanas, dadas las particularidades de estas medidas,

<sup>100</sup> *Ibíd.*, puntos resolutivos 1 y 2.

<sup>101</sup> *Ibíd.*, puntos resolutivos 3 y 4.

<sup>102</sup> Corte IDH. Caso Vélez Looz Vs. Panamá. Medidas Provisionales. Adopción de Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de julio de 2020, párr.5.

<sup>103</sup> *Ibíd.*, párr.33.

<sup>104</sup> *Ibíd.*, párr. 35.

contadas a partir de la remisión de su último informe”.<sup>105</sup> De la misma forma resolvió lo atinente a las observaciones que debían hacer los representantes de la víctima y la Comisión Interamericana al informe que presentara el Estado.<sup>106</sup>

**4. Un caso en el entorno del “lawfare” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana aunque sólo se reconozca en los votos individuales de algunos de sus jueces; una interpretación literalista vs interpretación dinámica y evolutiva de la reglamentación de los derechos políticos; la figura del juez penal como única autoridad judicial en el marco del artículo 23.2 de la Convención; un control de convencionalidad abstracto que abre interrogantes. Corte IDH. Caso Petro Urrego Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406.**

El caso se relaciona con el señor Gustavo Petro, quien había sido elegido como Alcalde Mayor de Bogotá, D.C. el 30 de octubre de 2011. El 9 de diciembre de 2013 le fue impuesta una sanción por la Procuraduría General que contempló su destitución e inhabilitación, lo que ocurrió entre el 20 de marzo de 2014 y el 23 de abril de 2014.<sup>107</sup> La mencionada sanción tenía como antecedentes la investigación realizada por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General “por presuntas irregularidades relacionadas a la prestación del servicio público de aseo”, ante la presentación en enero de 2013 de una queja contra Petro en la Procuraduría General por el Secretario General de la Federación Regional de Trabajadores, un Concejal del Distrito de Bogotá, el Personero del Distrito de Bogotá y el Defensor del Pueblo.<sup>108</sup> A tenor de lo establecido por la Corte en la sentencia:

“El 9 de diciembre de 2013, luego de haber adelantado un procedimiento disciplinario, la Sala Disciplinaria declaró probados los tres cargos formulados contra el señor Petro y lo juzgó «responsable disciplinariamente» por la comisión de las siguientes faltas disciplinarias: a) la falta gravísima contenida en el numeral

<sup>105</sup> *Ibíd.*, punto resolucivo 4.

<sup>106</sup> *Ibíd.*, punto resolucivo 5.

<sup>107</sup> Corte IDH. Caso Petro Urrego Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406, párr.40.

<sup>108</sup> *Ibíd.*, párr.48.

31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, consistente en «[p]articipar en la etapa precontractual o en la etapa contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley»; b) la falta gravísima contenida en el numeral 60 del artículo 48 del mismo Código, consistente en «[e]jercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante», y c) la falta gravísima contenida en el numeral 37 del artículo del mismo Código, consistente en «[p]roferir actos administrativos, por fuera del cumplimiento del deber, con violación de las disposiciones constitucionales o legales referentes a la protección [...] del medio ambiente».

En consecuencia, el señor Petro fue sancionado con la pena de destitución como Alcalde de Bogotá e inhabilidad general para ocupar cualquier cargo público por el término de 15 años.”<sup>109</sup>

A estos hechos siguieron complejos procesos contra estas decisiones de los cuales destacaremos aquellos que resultaron más importantes. De este modo se rechazaron escritos de recusación presentados por Petro contra determinados funcionarios de la Procuraduría, así como un escrito de reposición contra la mencionada decisión del 9 de diciembre de 2013 y a la solicitud de una práctica de pruebas.<sup>110</sup>

Del mismo modo, se constatan varias acciones de tutela ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en las que en un caso se acogió y se ordenó suspender provisionalmente las resoluciones de la Sala Disciplinaria de 9 de diciembre de 2013 y 13 de enero de 2014 (ordenada por la Sección Segunda -Subsección A) -ésta última en relación con el rechazo de la práctica de pruebas-, y que sería revocada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 18 de marzo de 2014; y en otros se rechazó otra acción de tutela presentada por Petro (por la Subsección C de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca), lo que fue confirmado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y por la Corte Constitucional el 11 de junio de 2015.<sup>111</sup> De igual forma se registra que por Decreto 570 de 20 de marzo de 2014 del Presidente de la República, se dispone la

<sup>109</sup> *Ibíd.*, párrs.49-50.

<sup>110</sup> *Ibíd.*, párrs.51-52.

<sup>111</sup> *Ibíd.*, párrs.53-55.

destitución de Petro, así como otro Decreto de 21 de abril de 2014 para encargar las funciones del cargo que dejaba Petro.<sup>112</sup>

Del mismo modo se constataron acciones ante el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá y medidas cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que solicitaba la “suspensión provisional” de las resoluciones de la Sala Disciplinaria de 9 de diciembre de 2013 y de 13 de enero de 2014. Con base en estas medidas cautelares, la Sala Civil-Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá acogía acción de tutela con fecha 21 de abril de 2014 y ordenaba acatar las medidas cautelares, lo que llevó a que el Presidente de la República dejara sin efectos los decretos anteriores. Esta realidad hizo que se restituyó en el cargo de Alcalde de Bogotá al señor Petro.<sup>113</sup> No obstante, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia revocó esta sentencia de la Sala Civil-Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que sería confirmada por la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional el 18 de diciembre de 2014.<sup>114</sup>

La sentencia de la Corte Interamericana igualmente plasma cómo la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado decretó en fecha 13 de mayo de 2014 la suspensión provisional de las decisiones referidas de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General (en cuanto a sus “efectos jurídicos”, como destaca la sentencia de la Corte Interamericana), ante la interposición de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por parte de Petro, y sería confirmada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 17 de marzo de 2015 ante un recurso de súplica de la Procuraduría General.<sup>115</sup> En este sentido, “el Consejo de Estado acogió la demanda y declaró la nulidad de las decisiones de la Sala Disciplinaria de 9 de diciembre de 2013 y 13 de enero de 2014, subsecuentemente ordenando a la Procuraduría General el pago al señor Petro de «los salarios y prestaciones dejados de percibir por el accionante durante el tiempo que estuvo efectivamente separado del servicio».”<sup>116</sup>

---

<sup>112</sup> *Ibíd.*, párr.55.

<sup>113</sup> *Ibíd.*, párr.59.

<sup>114</sup> *Ibíd.*, párr. 60.

<sup>115</sup> *Ibíd.*, párr.61.

<sup>116</sup> *Ibíd.*, párr. 62.

Del mismo modo, se registra otra sanción contra el señor Petro el 27 de junio de 2016 por parte del Procurador General, que comprendía la suspensión e inhabilitación especial, relacionado con la “modificación del Plan de Ordenamiento Territorial”, que sería declarada nula por la propia Procuraduría General.<sup>117</sup> También se registra en la sentencia una multa al señor Petro impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio como consecuencia de una supuesta violación de una normativa -en este caso la Ley 155 de 1959-, la cual fue objeto de una interposición por el señor Petro “ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (de) un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la multa impuesta por la SIC, cuyo fondo se encuentra pendiente de ser resuelto.”<sup>118</sup> Como parte de este escenario, también se encuentra un “proceso ante la Contraloría por la modificación de las tarifas del servicio de transporte”, que todavía se encuentra pendiente.<sup>119</sup>

En las consideraciones sobre la presunta violación a los derechos políticos presentes en este caso, y para brindar su interpretación del artículo 23.2, como ya hemos hecho alusión en la introducción de esta crónica, la Corte de inicio parte de un grupo de ideas o estándares fijados en relación con la importancia de los derechos políticos en una sociedad democrática: “(e)l ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención”<sup>120</sup>; “de conformidad con el artículo 23 convencional, sus titulares, es decir, los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de «oportunidades»”, que se traduce en “la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos”<sup>121</sup>; “(l)os derechos políticos y su ejercicio propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político”; etc.<sup>122</sup>

En relación con el artículo 23.2 ya hemos indicado que la Corte se decanta por una *interpretación literalista*. En este sentido pudo decir: “La Corte advierte que la Comisión y las partes sostienen interpretaciones divergentes respecto al alcance del

---

<sup>117</sup> *Ibíd.*, párrs. 63-66.

<sup>118</sup> *Ibíd.*, párr. 71.1.

<sup>119</sup> *Ibíd.*, párr. 72-76.

<sup>120</sup> *Ibíd.*, párr.93.

<sup>121</sup> *Ibíd.*

<sup>122</sup> *Ibíd.*, párr.93.

artículo 23.2 de la Convención, en particular sobre si dicho artículo admite restricciones a los derechos políticos de autoridades democráticamente electas como resultado de sanciones impuestas por autoridades distintas a un «juez competente, en proceso penal», y las condiciones en que dichas restricciones podrían ser válidas.”<sup>123</sup> De tal modo, sobre lo ya expresado en el *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*:

“La Corte reitera que el artículo 23.2 de la Convención Americana es claro en el sentido de que dicho instrumentono permite que órgano administrativoalgunopueda aplicar una sanción que implique una restricción (por ejemplo, imponer una pena de inhabilitación o destitución) a una persona por su conducta social (en el ejercicio de la función pública o fuera de ella) para el ejercicio de los derechos políticos a elegir y ser elegido: sólo puede serlo por acto jurisdiccional (sentencia) del juez competente en el correspondiente proceso penal. El Tribunal considera que la interpretación literal de este precepto permite arribar a esta conclusión, pues tanto la destitución como la inhabilitación son restricciones a los derechos políticos, no sólo de aquellos funcionarios públicos elegidos popularmente, sino también de sus electores.”<sup>124</sup>

Para la Corte una *interpretación literal* quedaba “corroborada” en relación con el objeto y fin de la Convención - “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos” y “la consolidación y protección de un ordenamiento democrático” -, que encontraba apoyo igualmente en la Declaración Americana y en el artículo 32.2 de la Convención.<sup>125</sup> En este sentido, recalca el alcance de una *interpretación teológica* en este asunto:

“La interpretación teleológica permite resaltar que, en las restricciones a los derechos reconocidos por la Convención, debe existir un estricto respeto de las debidas garantías convencionales. La Corte considera que el artículo 23.2 de la Convención, al establecer un listado de posibles causales para la limitación o reglamentación de los derechos políticos, tiene como objeto determinar criterios claros y regímenes específicos bajo los cuales dichos derechos pueden ser limitados. Lo anterior busca que la limitación de los derechos políticos no quede al arbitrio o voluntad del gobernante de turno, con el fin de proteger que la

---

<sup>123</sup> *Ibíd.*, párr.95.

<sup>124</sup> *Ibíd.*, párr.96.

<sup>125</sup> *Ibíd.*, párr.97.

oposición política pueda ejercer su posición sin restricciones indebidas. De esta forma, el Tribunal considera que las sanciones de destitución e inhabilitación de funcionarios públicos democráticamente electos por parte de una autoridad administrativa disciplinaria, en tanto restricciones a los derechos políticos no contempladas dentro de aquellas permitidas por la Convención Americana, son incompatibles no solo con la literalidad del artículo 23.2 de la Convención, sino también con el objeto y fin del mismo instrumento.”<sup>126</sup>

En la aplicación de estos criterios al caso en cuestión, la Corte pudo expresar en relación con las sanciones de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de 9 de diciembre de 2013 que “ninguno de esos requisitos se cumplió, pues el órgano que impuso dicha sanción no era un «juez competente», no hubo «condena» y las sanciones no se aplicaron como resultado de un «proceso penal», en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana. Además, la sanción de destitución –aun cuando esta haya ocurrido por un período de un mes-constituyó una restricción a los derechos políticos tanto del funcionario democráticamente electo, que no pudo continuar ejerciendo su cargo, como una afectación a los derechos de aquellas personas que lo eligieron, y en general afecta la dinámica del juego democrático al constituir una alteración de la voluntad de los electores.”<sup>127</sup>

El Estado alegaría, en otro sentido, la posibilidad de que la Corte se estuviera pronunciando “sobre la responsabilidad del Estado por violaciones ocurridas en virtud de las sanciones de la Procuraduría, y por las normas que fueron aplicadas”, con base en un “control en abstracto.” Esta posición la sostiene bajo la consideración de que hubo una suspensión de los efectos de la sanción de destitución e inhabilitación en el momento en que la “demanda de nulidad y restablecimiento del derecho era fallada de fondo por el Consejo de Estado” -que representaba “que el señor Petro habría podido concluir su mandato como Alcalde de Bogotá”-, así como también que “la decisión del Consejo de Estado de 15 de noviembre de 2017–en virtud de la cual se falló sobre el fondo del asunto- expulsó del mundo jurídico los actos administrativos sancionarios

---

<sup>126</sup> *Ibíd.*, párr.98.

<sup>127</sup> *Ibíd.*, párr.100.

expedidos por la Procuraduría, por lo que el señor Petro pudo ejercer sus derechos políticos y gozó de todas las garantías para participar en elecciones posteriores.”<sup>128</sup>

En este sentido, el argumento de la Corte, que procedió a analizar este alegato con base en la “aplicación del principio de complementariedad”, fundamentó, en primer lugar, que la decisión del Consejo de Estado de 15 de noviembre de 2017 constituyó “un adecuado y oportuno control de convencionalidad de las sanciones de destitución e inhabilitación impuestas en contra del señor Petro por parte de la Procuraduría, en tanto cesó y reparó las violaciones a los derechos políticos que ocurrieron en perjuicio del señor Petro como resultado de dichas sanciones.” En este sentido expuso que “(e)l Consejo de Estado tomó debida consideración de los estándares desarrollados por este Tribunal en relación con los límites a las restricciones permitidas por el artículo 23.2 de la Convención, para así garantizar adecuadamente los derechos políticos del señor Petro (...)”<sup>129</sup>

No obstante, la Corte además de resaltar lo “encomiable” de la decisión del Consejo de Estado”, pudo constatar que “por la naturaleza del derecho afectado, no fue subsanada totalmente la violación, pues el derecho al ejercicio de un cargo de elección popular fue interrumpido durante más de un mes por la sanción impuesta por la Procuraduría.”<sup>130</sup>

“En ese sentido, el Tribunal advierte que el Consejo de Estado exhortó a diversas instancias del gobierno para realizar aquellas reformas legislativas dirigidas a «poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana» en relación con las facultades del Procurador. De esta forma, si bien cesaron las violaciones a los derechos políticos de la presunta víctima en virtud de la sentencia del Consejo de Estado, en definitiva, el Estado no ha reparado integralmente el hecho ilícito, pues no ha modificado las normas jurídicas que permitieron la imposición de dichas sanciones, las cuales se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano.”<sup>131</sup>

---

<sup>128</sup> *Ibíd.*, párr. 101.

<sup>129</sup> *Ibíd.*, párr. 108.

<sup>130</sup> *Ibíd.*, párr. 108.

<sup>131</sup> *Ibíd.*, párr. 109.



En tal sentido, la Corte señala como contrarias a las obligaciones que emanan del artículo 23.2 en relación con el artículo 2 de la Convención, las “normas del Código Disciplinario Único que facultan a la Procuraduría imponer dichas sanciones a funcionarios públicos democráticamente electos”<sup>132</sup>; así también “el artículo 60 de la Ley 610 de 2010 y el artículo 38 fracción 4 del Código Disciplinario Único son contrarios al artículo 23 de la Convención Americana, en relación con el artículo 2 del mismo instrumento”<sup>133</sup>; del mismo modo el citado “artículo 5 de la Ley 1864 de 2017, en tanto puede generar el efecto de inhibir a una persona para postularse a un cargo público de elección popular cuando haya sido objeto de una sanción disciplinaria o fiscal, pues podría incurrir en un delito sancionado con una pena de 4 a 9 años de prisión (...)”<sup>134</sup>

En igual medida, en la determinación de la responsabilidad del Estado según el artículo 8 de la Convención, “la Corte considera que en el proceso disciplinario contra el señor Petro se vulneró el principio de jurisdiccionalidad, la garantía de la imparcialidad, el principio de presunción de inocencia, y el derecho a la defensa, en los términos de los artículos 8.1 y 8.2.d) de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.”<sup>135</sup> En este orden, la Corte no ve incompatible con el artículo 8.1 “la concentración de las facultades investigativas y sancionadoras en una misma entidad”, aunque, para que ello no ocurra, estas atribuciones deben producirse “en distintas instancias o dependencias de la entidad de que se trate, cuya composición varíe de manera que tal que los funcionarios que resuelvan sobre los méritos de los cargos formulados sean diferentes a quienes hayan formulado la acusación disciplinaria y no estén subordinados a estos últimos.”<sup>136</sup> A juicio de la Corte no se cumplió esta exigencia en el caso Petro “pues la Sala Disciplinaria formuló el pliego de cargos el 20 de junio de 2013 y, el 9 de diciembre del mismo año, emitió el fallo disciplinario que encontró probados tales cargos, estableciendo la responsabilidad administrativa del señor Petro y, en consecuencia, ordenando su destitución e inhabilitación.”<sup>137</sup>

---

<sup>132</sup> *Ibíd.*, párr. 113.

<sup>133</sup> *Ibíd.*, párr. 115.

<sup>134</sup> *Ibíd.*, párr. 116.

<sup>135</sup> *Ibíd.*, párr. 133.

<sup>136</sup> *Ibíd.*, párr. 129.

<sup>137</sup> *Ibíd.*, párr. 130.

“En razón de lo anterior, este Tribunal advierte que el diseño particular del proceso seguido contra el señor Petro evidencia una falta de imparcialidad desde el punto de vista objetivo pues resulta lógico que, al haber formulado los cargos contra el señor Petro, la Sala Disciplinaria tenía una idea preconcebida sobre su responsabilidad disciplinaria. Esto así, puesto que el Código Disciplinario Único establece como requisito para la procedencia de la formulación de cargos que «esté objetivamente demostrada la falta y exista prueba que comprometa la responsabilidad del investigado».”<sup>138</sup>

En este punto, la Corte no quiso asumir una posible intención discriminatoria en el actuar de las autoridades que sancionaron e inhabilitaron a Petro, al considerar que no tenía “elementos probatorios suficientes que permitan analizar si las acciones del Procurador General respondieron a una motivación discriminatoria.”<sup>139</sup> Del mismo modo, la Corte sostiene que “si bien el señor Petro participó activamente en las diferentes fases del proceso disciplinario, y que en su curso se le ofrecieron oportunidades para la presentación de alegatos y pruebas, el hecho de que la Sala Disciplinaria no actuara con imparcialidad implicó una violación a su derecho a la defensa.”<sup>140</sup>

En otro tanto, en relación a si el Estado había violado el artículo 5 de la Convención (derecho a la integridad personal) la Corte sostiene que “en el caso no ha sido acreditada la participación estatal -ya sea de manera directa o por aquiescencia- en las supuestas amenazas que el señor Petro recibió después de que le fueran impuestas las sanciones disciplinarias por la Procuraduría, lo que podría haber constituido un hecho con la suficiente entidad para considerar una afectación a su integridad personal atribuible al Estado. Tampoco es posible establecer un nexo causal entre la imposición de la sanción disciplinaria de 9 de diciembre de 2013 y las reacciones presuntamente amenazantes que dicha sanción pudo haber generado en redes sociales por parte de terceros.”<sup>141</sup> En esta misma línea, “según información aportada al Tribunal, debido a que el señor Petro actualmente ejerce el cargo de Senador de la República, motivo por el cual recibe un salario, no es posible afirmar que la medida de embargo haya privado a la

---

<sup>138</sup> *Ibíd.*, párr. 130.

<sup>139</sup> *Ibíd.*, párr. 130.

<sup>140</sup> *Ibíd.*, párr. 131.

<sup>141</sup> *Ibíd.*, párr. 142.

presunta víctima de sus medios de subsistencia. En este sentido, la Corte advierte que en el expediente no consta ningún elemento probatorio tendiente a demostrar que el tiempo que dejó de percibir su salario como Alcalde de Bogotá, o el embargo del que ha sido objeto, haya ocasionado al señor Petro un grado de angustia tal que habría vulnerado su integridad personal, y esto no puede inferirse de la aplicación de las medidas en sí mismas.”<sup>142</sup>

Por tales motivos, la Corte ordenó, en el ámbito de las reparaciones, como *medidas de satisfacción*, “que el Estado publique, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en un tamaño de letra legible y adecuado: a) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el Diario Oficial; b) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional, y c) la presente Sentencia en su integridad, disponible por un período de un año, en el sitio web oficial de la Procuraduría General de la Nación. El Estado deberá informar de forma inmediata a este Tribunal una vez que proceda a realizar cada una de las publicaciones dispuestas, independientemente del plazo de un año para presentar su primer informe dispuesto en el punto resolutorio 7 de la presente Sentencia.”<sup>143</sup> Como *garantías de no repetición*, la Corte estableció que el Estado debía, “en un plazo razonable, adecuar su ordenamiento interno”, en consonancia con lo expuesto en la sentencia y que hemos hecho mención.<sup>144</sup> En atención a las violaciones de los derechos políticos y las garantías judiciales del señor Petro, la Corte decidió “otorgarle, en equidad, la cantidad de USD \$ 10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) como compensación por el daño inmaterial sufrido.”<sup>145</sup> También se pronunciaría la Corte sobre costas y gastos del presente caso.<sup>146</sup>

---

<sup>142</sup> *Ibíd.*, párr. 143.

<sup>143</sup> *Ibíd.*, párr. 150.

<sup>144</sup> *Ibíd.*, párr. 154.

<sup>145</sup> *Ibíd.*, párr. 162.

<sup>146</sup> *Ibíd.*, párrs. 163-164.