

Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

38

**JURISPRUDENCIA
SOBRE URUGUAY**



Corte IDH
Protegiendo Derechos

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 38 : Jurisprudencia sobre Uruguay / Corte Interamericana de Derechos Humanos. -- San José, C.R. : Corte IDH, 2022.

100 p. : 28 x 22 cm.

ISBN 978-9977-36-294-6

1. Derecho a la personalidad jurídica. 2. Derecho a la vida. 3. Derecho a la integridad personal. 4. Derecho a la libertad personal. 5. Derecho a las garantías judiciales. 6. Protección a la familia. 7. Derechos de los niños, niñas y adolescentes. 8. Personas migrantes. 9. Derecho al nombre. 10. Derecho a la nacionalidad. 11. Derecho de circulación y residencia. 12. Protección judicial. 13. Derecho a la verdad. 14. Control de Convencionalidad. 15. Desaparición forzada. 16. Derechos humanos de las mujeres. 17. Reparaciones.

Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La serie Cuadernillos de Jurisprudencia se compone de publicaciones que sistematizan temáticamente o por países los estándares de derechos humanos adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Su propósito es difundir, de manera accesible, las principales líneas jurisprudenciales del Tribunal respecto de diversos temas de relevancia e interés regional.

Los títulos y subtítulos de cada capítulo solo buscan facilitar la lectura y no corresponden, necesariamente, a los usados en las decisiones del Tribunal. Por su parte, las referencias que se hacen en este texto a otras decisiones de la Corte IDH tienen como objetivo brindar algunos ejemplos de casos contenciosos u opiniones consultivas relacionados con la temática, pero no son una enumeración exhaustiva de aquellas. Asimismo, en los Cuadernillos de Jurisprudencia, generalmente, se eliminan las notas a pie de página de los párrafos incluidos, las cuales pueden ser consultadas en los textos originales de las sentencias u opiniones consultivas de la Corte Interamericana.

La serie de Cuadernillos de Jurisprudencia se actualiza periódicamente y las actualizaciones se comunican en la página *web* y redes sociales del Tribunal. Todos los números de la serie de Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte IDH, así como las decisiones completas citadas en ellos se encuentran a disposición del público a través del sitio *web* del Tribunal: <https://www.corteidh.or.cr/>

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	4
I. CONSIDERACIONES PREVIAS	5
Respecto al marco fáctico	5
Respecto a la determinación de las presuntas víctimas.....	5
Respecto a la falta de claridad de las alegadas excepciones preliminares	6
Respecto a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.....	7
II. RECONOCIMIENTO PARCIAL DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL	7
Alcances del reconocimiento	7
III. OBLIGACIONES GENERALES	8
Obligación de respetar los derechos contenidos en la CADH	8
Deber de garantizar los derechos establecidos en la CADH	9
Obligación de no discriminar	10
Deber de prevenir	10
IV. DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO.....	11
Obligaciones del artículo 2 de la CADH y leyes de amnistía	11
Límites de la democracia frente a las obligaciones internacionales de los Estados ...	13
Obligación de adoptar disposiciones de derecho interno y algunas atribuciones de la CIDH	14
V. DERECHO A LA PERSONALIDAD JURÍDICA.....	16
VI. DERECHO A LA VIDA	17
VII. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL	17
Violencia contra las mujeres	17
Derecho a la integridad personal de niñas, niños y adolescentes	18
Afectaciones al derecho a la integridad personal de los familiares de las víctimas ...	18
VIII. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL	20
Alcance del derecho a la libertad personal	20
Principio de no privación de libertad de niñas, niños o adolescentes por su situación migratoria irregular	20
Condiciones básicas de los espacios de alojamiento de niñas, niños y adolescentes migrantes y las obligaciones estatales correspondientes a la custodia por razones migratorias.....	22
Principio de legalidad en la privación de libertad de personas migrantes.....	23

Principio de no arbitrariedad en la privación de libertad de migrantes	23
Obligación de brindar información completa y adecuada a niñas, niños y adolescentes migrantes en condiciones de privación de libertad	25
Obligación de poner a la persona privada de libertad migrante a disposición de autoridad judicial competente	26
Revisión judicial de la medida de detención y recursos efectivos.....	26
IX. DERECHO A LAS GARANTÍAS JUDICIALES	27
Aspectos generales del artículo 8.1	27
Concepto y alcance del debido proceso legal	27
Garantías generales asociadas al artículo 8.1	30
Garantías específicas asociadas al artículo 8.2 en el contexto de niñas, niños y adolescentes migrantes.....	34
X. PROTECCIÓN A LA FAMILIA.....	39
Protección a la familia de niñas, niños y adolescentes migrantes	40
XI. DERECHO AL NOMBRE	43
XII. DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES	43
Consideraciones generales.....	43
Contenido y alcance. Sujeto de protección	44
Principios rectores	45
Niñas, niños y adolescentes en contexto de migración y/o en necesidad de protección internacional.....	47
Niñas, niños y adolescentes víctimas de trata	49
Derecho a la identidad	49
Identidad cultural de niñas, niños y adolescentes migrantes	51
XIII. DERECHO A LA NACIONALIDAD	51
XIV. DERECHO DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA.....	52
Movilidad humana y protección internacional	52
Derecho a buscar y recibir asilo, y condición de refugiado.....	54
Procedimiento de evaluación inicial de niñas, niños y adolescentes migrantes	56
Niñas, niños y adolescentes que requieren medidas de protección internacional	60
Procedimientos para garantizar el derecho de las niñas, los niños y adolescentes a buscar y recibir asilo	62
Principio de no devolución de refugiados, migrantes y solicitantes de ese estatuto....	65
XV. PROTECCIÓN JUDICIAL	68
Consideraciones generales sobre el derecho a la protección judicial	68

Derecho a un recurso efectivo.....	68
Protección judicial y obstáculos en el derecho interno para investigar graves violaciones a los derechos humanos.....	69
XVI. SUSPENSIÓN DE DERECHOS	70
XVII. ALCANCE DE LAS RESTRICCIONES DE DERECHOS	72
XIII. DERECHO A LA VERDAD	76
XIX. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	78
El control de convencionalidad debe ser realizado <i>ex officio</i> y en el marco de competencias y regulaciones procesales correspondientes	78
Valor de la jurisprudencia interamericana como parámetro de convencionalidad: cosa juzgada internacional.....	78
Control de convencionalidad en el ámbito interno	81
Parámetro de convencionalidad ampliado a las opiniones consultivas	82
XX. DESAPARICIÓN FORZADA	83
Naturaleza y características de la desaparición forzada.....	83
Elementos de la desaparición forzada.....	83
Violación múltiple y compleja de carácter continuo y permanente.....	83
Sustracción de niñas, niños y adolescentes como una forma de desaparición forzada ..	85
Obligación de investigar	85
XXI. DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES	88
Falta de perspectiva de género.....	88
XXII. MEDIDAS DE REPARACIÓN.....	89
Consideraciones generales.....	89
Obligación de investigar	89
Medidas de satisfacción	93
Medidas de rehabilitación	94
Garantías de no repetición.....	95
Indemnizaciones compensatorias	96
Costas y gastos.....	97

PRESENTACIÓN

El presente Cuadernillo de Jurisprudencia forma parte de una serie de publicaciones elaboradas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) con el propósito de dar a conocer sus principales líneas jurisprudenciales en varios temas relevantes de interés nacional y regional.

Este número está dedicado a sistematizar la jurisprudencia contenciosa y consultiva de la Corte IDH respecto de la República Oriental del Uruguay, Estado que solicitó y participó activamente en cuatro opiniones consultivas (OC-6/86, OC-9/87, OC-13/93 y OC-21/14) y recibió tres sentencias del Tribunal (Casos *Barbani Duarte y otros*, *Gelman*, y *Maidanik y otros*). En este Cuadernillo se incorporan los párrafos más relevantes de esas sentencias, opiniones consultivas y de resoluciones de supervisión de cumplimiento que abordan la competencia del Tribunal, el reconocimiento de responsabilidad internacional y las obligaciones generales de respeto, garantía y de adoptar disposiciones de derecho interno. Adicionalmente, se sistematizan las decisiones de la Corte Interamericana relativas a Uruguay sobre los derechos a la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial, a la protección de la familia y de la niñez, al derecho a la nacionalidad, y a los derechos de circulación y residencia. Finalmente, se incluyen referencias a las líneas jurisprudenciales sobre control de convencionalidad, desaparición forzada de personas, derechos de las mujeres, y reparaciones.

Este es el octavo Cuadernillo, luego de los de El Salvador, México, Panamá, Honduras, Guatemala, Nicaragua y Brasil, que sistematiza la jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto de un Estado. Esperamos que este esfuerzo de difusión del trabajo y la jurisprudencia de la Corte IDH sirva para promover su conocimiento en la República Oriental del Uruguay, entre sus autoridades, sus jueces y juezas, integrantes de fiscalías y defensorías públicas, la academia y organizaciones de la sociedad civil, así como entre otras personas interesadas en Uruguay y en toda la región.

Como se recordará, uno de los primeros actos del gobierno democrático de Uruguay fue la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el reconocimiento amplio de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, el 19 de abril de 1985. Desde entonces se ha recorrido un largo camino y hoy, aunado a una serie de esfuerzos compartidos entre las autoridades uruguayas y la Corte IDH, esta publicación se presenta en el marco del 153 Período Ordinario de Sesiones que este Tribunal celebra, entre el 10 y el 21 de octubre de 2022, en Uruguay.

Ricardo C. Pérez Manrique

Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos



Corte IDH
Protegiendo Derechos

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Respecto al marco fáctico

Corte IDH. Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234¹

36. [...] Este Tribunal ha establecido que la demanda constituye el marco fáctico del proceso ante la Corte, por lo que no es admisible alegar nuevos hechos distintos de los planteados en dicho escrito, sin perjuicio de exponer aquellos que permitan explicar, aclarar o desestimar los que han sido mencionados en la demanda, o bien, responder a las pretensiones del demandante. La excepción a este principio son los hechos que se califican como supervinientes; la información sobre estos hechos podrá ser remitida al Tribunal en cualquier estado del proceso antes de la emisión de la sentencia. Asimismo, las presuntas víctimas y sus representantes pueden invocar la violación de otros derechos distintos a los comprendidos en la demanda siempre y cuando se atengan a los hechos contenidos en dicho documento, en tanto son las presuntas víctimas las titulares de todos los derechos consagrados en la Convención. En definitiva, corresponde a la Corte decidir en cada caso acerca de la procedencia de alegatos relativos al marco fáctico en resguardo del equilibrio procesal de las partes².

Respecto a la determinación de las presuntas víctimas

Corte IDH. Caso Maidanik y otros Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 15 de noviembre de 2021. Serie C No. 444³

15. El artículo 35.1 del Reglamento dispone que el caso será sometido a la Corte mediante la presentación del Informe de Fondo de la Comisión, el cual deberá contener “la identificación de las presuntas víctimas”. De conformidad con dicha norma, corresponde a la Comisión y no a este Tribunal identificar con precisión y en la debida oportunidad procesal a las presuntas víctimas en un caso ante la Corte. La seguridad jurídica exige, como regla general, que todas las presuntas víctimas estén debidamente identificadas en el Informe de Fondo, no siendo posible añadir nuevas presuntas víctimas luego del mismo,

¹ El caso trata sobre la responsabilidad internacional del Estado por la falta en proporcionar a un grupo de ahorristas del Banco de Montevideo una audiencia imparcial y un recurso adecuado para sus reclamos en relación con la transferencia de sus fondos. La Corte IDH declaró violados, entre otros, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial. Puede consultar el resumen oficial de la sentencia en el siguiente enlace:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_234_esp.pdf

² Este criterio de que el marco fáctico es aquel que presenta la Comisión Interamericana en su escrito de sometimiento del caso ante la Corte Interamericana se mantiene actualmente con el Informe de Fondo de la CIDH que presenta ante el Tribunal. Por entonces, antes de la Reforma del Reglamento de la Corte IDH, la CIDH sometía el caso mediante un escrito de demanda, como se observa en esta sentencia, diferente a su Informe de Fondo.

³ El caso se relaciona con la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones a distintos derechos humanos, en perjuicio de Luis Eduardo González González y Óscar Tassino Asteazu, víctimas de desapariciones forzadas que principiaron durante la dictadura que sufrió Uruguay entre 1973 y 1985, así como en perjuicio de sus familiares. También se determinó la responsabilidad internacional de Uruguay por violaciones a derechos humanos en perjuicio de los familiares de Diana Maidanik, Silvia Reyes y Laura Raggio, quienes fueron ejecutadas por militares en la misma época. Puede consultar el resumen oficial de la sentencia en el siguiente enlace:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_444_esp.pdf

salvo en la circunstancia excepcional contemplada en el artículo 35.2 del Reglamento de la Corte, referido a violaciones masivas o colectivas.

16. El artículo 35.2 no resulta aplicable al caso, que no refiere a hechos masivos o colectivos. Por ende, la Corte no considerará como presuntas víctimas ni, en su caso, como beneficiarias de medidas de reparación, a las siguientes personas nombradas por los representantes, que no fueron indicadas por la Comisión en el Informe de Fondo: Emiliano Galván Reyes, Daniel Edgardo González González y Raúl González González.

Corte IDH. Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234

42. La Corte recuerda que en su jurisprudencia constante desde el año 2007 ha establecido que las presuntas víctimas deben estar señaladas en la demanda, lo cual debe corresponder con lo decidido en el informe de la Comisión Interamericana al que hace referencia el artículo 50 de la Convención. Además, de conformidad con el artículo 34.1 del anterior Reglamento de la Corte, aplicable al presente caso, corresponde a la Comisión y no a este Tribunal, identificar con precisión y en la debida oportunidad procesal a las presuntas víctimas en un caso ante la Corte. La seguridad jurídica exige, como regla general, que todas las presuntas víctimas estén debidamente identificadas en ambos escritos, no siendo posible añadir nuevas presuntas víctimas en la demanda⁴.

Respecto a la falta de claridad de las alegadas excepciones preliminares

Corte IDH. Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234

55. Al respecto, debido a que en su contestación el Estado no interpuso claramente una excepción preliminar, cuando se transmitió a la Comisión Interamericana y a las representantes el referido escrito no se les otorgó el plazo de treinta días dispuesto en el artículo 42.4 del Reglamento de la Corte para presentar observaciones a las excepciones preliminares. En caso de que el Uruguay hubiere considerado que el Tribunal debía entender que había sido interpuesta una excepción preliminar y que se debía otorgar tal plazo para observaciones, debió haberlo hecho notar a la Corte en esa oportunidad cuando se dio traslado de su contestación, pero no lo hizo. Fue recién en la audiencia pública de este caso que el Estado afirmó que en la contestación había interpuesto una excepción preliminar y que, “si bien no se hizo un capítulo especial que dijera ‘excepción preliminar’, está mencionado que carecen de legitimación, por no haber agotado los recursos internos, muchos de los individuos representados por la Comisión”.

56. De acuerdo a las normas reglamentarias que rigen el procedimiento ante esta Corte, en el escrito de contestación el Estado debe oponer las excepciones preliminares, así como también debe referirse a los alegados hechos y las pretensiones de fondo y reparaciones planteadas por la Comisión Interamericana y representantes de las presuntas víctimas. Debido a que las excepciones preliminares no son interpuestas en un escrito previo e independiente de las cuestiones relativas al fondo del caso, resulta necesario que el Estado las interponga con la debida claridad, de forma tal que no se confundan con sus alegatos dirigidos a controvertir los hechos y pretensiones.

⁴ Ver nota 2.

Respecto a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

Corte IDH. Caso Maidanik y otros Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 15 de noviembre de 2021. Serie C No. 444

18. Este Tribunal ha señalado que su competencia contenciosa no se sustenta en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, sino que se sustenta en la Convención Americana y otros tratados que le asignen competencia. Por ello, no tendrá en cuenta los alegatos de los representantes sobre la referida Declaración Americana.

II. RECONOCIMIENTO PARCIAL DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

Alcances del reconocimiento

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221⁵

25. El artículo 62 del Reglamento establece que, [s]i el demandado comunicare a la Corte su aceptación de los hechos o su allanamiento total o parcial a las pretensiones que constan en el sometimiento del caso o en el escrito de las presuntas víctimas o sus representantes, la Corte, oído el parecer de los demás intervinientes en el proceso, resolverá, en el momento procesal oportuno, sobre su procedencia y sus efectos jurídicos.

26. En concordancia con lo anterior, de conformidad con el artículo 64 del Reglamento, y en ejercicio de sus poderes de tutela judicial internacional de los derechos humanos, cuestión de orden público internacional que trasciende la voluntad de las partes, la Corte puede determinar si el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por un Estado demandado ofrece una base suficiente, en los términos de la Convención Americana, para continuar el conocimiento del fondo y determinar las eventuales reparaciones. La facultad del Tribunal no se limita únicamente a constatar, registrar o tomar nota del reconocimiento efectuado por el Estado, o a verificar las condiciones formales del acto, sino que lo debe confrontar con la naturaleza y gravedad de las violaciones alegadas, las exigencias e interés de la justicia, las circunstancias particulares del caso concreto y la actitud y posiciones de las partes, de manera tal que pueda precisar, en cuanto sea posible y en el ejercicio de su competencia, la verdad de lo acontecido.

27. En este sentido, el artículo 41.1.a) del Reglamento señala que el Estado deberá indicar, en su contestación, si acepta los hechos y las pretensiones o si los contradice. Además, en el mismo artículo 41.3 del Reglamento se señala que la Corte “podrá considerar aceptados aquellos hechos que no hayan sido expresamente negados y las pretensiones que no hayan sido expresamente controvertidas”.

⁵ El caso se relaciona con la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, así como por la supresión y sustitución de identidad de María Macarena Gelman García. La Corte declaró violados, entre otros, los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal. Puede consultar el resumen oficial de la sentencia en el siguiente enlace: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_221_esp.pdf

28. Aunque el Estado omitió especificar los hechos que admitía y las violaciones que reconocía y se opuso a algunas de las reparaciones solicitadas, es clara su disposición de allanarse al reconocer los hechos y las violaciones alegadas, en particular los relativos directamente a las tres presuntas víctimas de este caso. Por ende, el reconocimiento efectuado por el Estado constituye una admisión parcial de hechos, así como un allanamiento parcial a las pretensiones de derecho contenidas en la demanda y en el escrito de solicitudes y argumentos, por lo que, aunque limitado temporalmente a los que constituyeron violaciones a los derechos humanos acaecidos durante “el [g]obierno de [f]acto que rigió en Uruguay entre junio de 1973 y febrero de 1985”, el referido artículo 41 del Reglamento es plenamente aplicable a este caso.

29. El reconocimiento parcial de responsabilidad es una contribución positiva al desarrollo de este proceso, a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana y a la conducta a la que están obligados los Estados en esta materia, en virtud de los compromisos que asumen como partes en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

30. En esos términos, la Corte considera, como en otros casos, que dicho reconocimiento produce plenos efectos jurídicos de acuerdo con las referidas disposiciones reglamentarias y tiene un alto valor simbólico en aras de que no se repitan hechos similares.

31. Los hechos del presente caso no fueron controvertidos ni objetados y, según se verá, los mismos se encuentran debidamente acreditados en el expediente. La delimitación temporal del reconocimiento formulado por el Estado no es relevante para el análisis del fondo y las reparaciones en el presente caso. En consecuencia, la controversia subsiste en cuanto a la determinación de las consecuencias de los hechos ocurridos desde febrero de 1985. De tal manera, el Tribunal considera necesario dictar una Sentencia en la cual se determinen los hechos y todos los elementos del fondo del asunto, así como las correspondientes consecuencias en cuanto a las reparaciones.

III. OBLIGACIONES GENERALES

Obligación de respetar los derechos contenidos en la CADH

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21⁶

61. Sobre este particular y sin perjuicio de que más adelante vuelva a referirse a ellas, la Corte estima de la mayor importancia aludir expresamente, desde ya y a modo introductorio, a tres disposiciones de la Convención Americana que inspiran a todo el desarrollo de esta Opinión Consultiva. Una, es lo dispuesto en el artículo 1.1 de aquella

⁶ La Opinión Consultiva OC-21/14 trata sobre las obligaciones estatales respecto de niñas y niños, asociadas a su condición migratoria o a la de sus padres, que deben considerar los Estados al diseñar, adoptar, implementar y aplicar sus políticas migratorias. Cabe aclarar que, en dicha Opinión Consultiva, la Corte IDH determinó que la definición de niña o niño incluye a las personas adolescentes en los siguientes términos: “toda persona que no haya cumplido 18 años de edad, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad por mandato de ley. El término “niña o niño” utilizado en la presente Opinión Consultiva incluye, evidentemente, a los adolescentes” (párr. 49.a). Puede consultar el resumen oficial de la opinión consultiva en el siguiente enlace: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_21_esp.pdf

en cuanto establece el deber estatal de respeto y garantía de los derechos humanos respecto de “toda persona que esté sujeta a [la] jurisdicción” del Estado de que se trate, es decir, que se encuentre en su territorio o que de cualquier forma sea sometida a su autoridad, responsabilidad o control, en este caso, al intentar ingresar al mismo, y ello sin discriminación alguna por cualquier motivo de los estipulados en la citada norma. El término jurisdicción utilizado por dicha norma está referido, entonces, a toda persona respecto de la que el Estado ejerce sea su competencia territorial sea su competencia personal e incluso, sea su competencia relativa a servicios públicos. Empero, en esta Opinión Consultiva se considerará únicamente la situación vinculada a la primera, especialmente en su dimensión fáctica, cual es, el efectivo sometimiento de la persona, en este caso, del menor de edad extranjero, a la jurisdicción de dicho Estado desde el momento que intenta ingresar a su territorio.

62. La segunda consideración respecto de la señalada disposición convencional es que dicha competencia territorial del Estado se encuentra limitada por el compromiso que éste soberanamente ha contraído de respetar y hacer respetar los derechos humanos de las personas que sujeta a su jurisdicción. Ello importa, entonces, que no reviste relevancia alguna el motivo, causa o razón por la que la persona se encuentre en el territorio del Estado a los efectos de la obligación de éste de respetarle y hacer que se le respeten sus derechos humanos. En particular, no tiene significancia alguna, a este respecto, si el ingreso de la persona al territorio estatal fue acorde o no a lo dispuesto en la legislación estatal. El respectivo Estado debe, en toda circunstancia, respetar tales derechos puesto que ellos tienen su fundamento precisamente en los atributos de la persona humana, es decir, más allá de la circunstancia de que sea o no su nacional o residente en su territorio o se encuentre transitoriamente o de paso en él o esté allí legalmente o en situación migratoria irregular.

Deber de garantizar los derechos establecidos en la CADH

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

189. [...] Esta obligación implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

190. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de derechos humanos.

191. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablece, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción.

Obligación de no discriminar

Corte IDH. Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234

174. El Tribunal recuerda que mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. Si se alega que un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, el hecho debe ser analizado bajo el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la alegada discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, el hecho debe examinarse bajo el artículo 24 de la misma.

175. En el presente caso, la Corte observa que las representantes alegaron un supuesto tratamiento arbitrario y discriminatorio por parte del órgano administrativo encargado de resolver sus peticiones bajo el artículo 31 de la Ley 17.613. Tal alegada discriminación debe ser analizada bajo el deber genérico de respetar y garantizar los derechos convencionales sin discriminación, reconocido por el artículo 1.1 de la Convención Americana.

Deber de prevenir

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

77. El deber de prevención del Estado abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos. Así, la privación de libertad en centros legalmente reconocidos y la existencia de registros de detenidos, constituyen salvaguardas fundamentales, *inter alia*, contra la desaparición forzada. *A contrario sensu* la puesta en funcionamiento y el mantenimiento de centros clandestinos de detención configura *per se* una falta a la obligación de garantía, por atentar directamente contra los derechos a la libertad personal, integridad personal, vida y personalidad jurídica.

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21

64. Aunque la Corte no va a ahondar en las obligaciones del Estado de origen, es pertinente recordar que éstos deben observar las obligaciones generales referentes a la materia y, en particular, su deber de prevención, lo cual requiere generar y asegurar las condiciones para que sus nacionales no se vean forzados a migrar, así como subsanar las causas generadoras de los flujos migratorios.

IV. DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21

65. La segunda norma convencional que merece ser invocada a modo introductorio, es el artículo 2 de la Convención. Al efecto, la Corte ya se ha referido a la obligación general de los Estados de adecuar su normativa interna a las normas de la Convención Americana, recogida en dicho artículo, que prescribe que cada Estado Parte debe adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*). Este deber implica, por un lado, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención y, por el otro, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. La obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales no se limita al texto constitucional o legislativo, sino que debe irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos de las personas migrantes.

Obligaciones del artículo 2 de la CADH y leyes de amnistía

Corte IDH. Caso Maidanik y otros Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 15 de noviembre de 2021. Serie C No. 444

146. [...] procede recordar que el artículo 2 de la Convención establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de aquélla, para garantizar los derechos ahí consagrados, lo que implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). En forma concordante, en relación con actos de desaparición forzada de personas, el artículo I. d) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas manda a los Estados a tomar las medidas “legislativas, administrativas, judiciales o de cualquier otra índole necesarias para cumplir” las obligaciones establecidas en ese tratado, dentro de las cuales se encuentra, conforme el apartado b) del mismo artículo, “sancionar” a las personas responsables del “delito de desaparición forzada de personas”.

147. La Corte, ha expresado que “[l]a falta de investigación de [...] graves violaciones de derechos humanos enmarcadas en patrones sistemáticos, tiene especial gravedad, pues puede revelar un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, establecidas por normas inderogables”. Asimismo, en reiterada jurisprudencia, ha señalado la incompatibilidad de leyes de amnistía u otras figuras análogas con las obligaciones de los Estados de investigar y, en su caso, sancionar a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos.

148. Este Tribunal ya he examinado la Ley de Caducidad respecto al caso *Gelman Vs. Uruguay*. Además, luego de esa decisión de 2011, el Estado adoptó medidas tendientes a reestablecer la pretensión punitiva del Estado. Por otra parte, en el presente caso, el

Estado no ha hecho una defensa de la compatibilidad con la Convención o con el derecho internacional de la Ley de Caducidad. Por ello, la Corte entiende que no resulta necesario revisar el análisis que ya efectuó sobre dicha ley. Por el contrario, dado que la misma tuvo efectos en el caso que ahora se examina, es preciso tener en cuenta las conclusiones a las que ya arribó la Corte.

149. Este Tribunal, por tanto, reitera que, las disposiciones de la Ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos por su manifiesta incompatibilidad con la Convención, y que “[a]l aplicar la Ley de Caducidad (que por sus efectos constituye una ley de amnistía) impidiendo la investigación de los hechos y la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los posibles responsables [...] se incumple la obligación de adecuar el derecho interno del Estado, consagrada en el artículo 2 de la Convención Americana. Esto vale para “violaciones continuadas y permanentes como las desapariciones forzadas”, como se señaló en ese caso, como también para otras graves violaciones a derechos humanos, como ejecuciones extrajudiciales. En relación con actos de desaparición forzada la Ley de Caducidad implica, además de la inobservancia del artículo 2 señalado, el incumplimiento, a partir del 2 de mayo de 1996, del artículo I. d) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

150. Durante el tiempo en que las actuaciones judiciales internas permanecieron interrumpidas por la aplicación de la Ley de Caducidad, el Estado incumplió, en perjuicio de las víctimas del caso, su deber de investigar en relación no solo con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, sino también con la obligación que surge de su artículo 2 y, en lo pertinente, del artículo I. d) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

229. La incompatibilidad respecto de la Convención incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe sólo a las denominadas “autoamnistías” y ello en atención, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la ley de amnistía, a su *ratio legis*: dejar impunes graves violaciones al derecho internacional cometidas. La incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

232. Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay.

Límites de la democracia frente a las obligaciones internacionales de los Estados**Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221**

238. El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia –recurso de referéndum (párrafo 2º del artículo 79 de la Constitución del Uruguay)- en 1989 y –plebiscito (literal A del artículo 331 de la Constitución del Uruguay) sobre un proyecto de reforma constitucional por el que se habrían declarado nulos los artículos 1 a 4 de la Ley- el 25 de octubre del año 2009, se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél.

239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”. Otros tribunales nacionales se han referido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales.

240. Adicionalmente, al aplicar la Ley de Caducidad (que por sus efectos constituye una ley de amnistía) impidiendo la investigación de los hechos y la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los posibles responsables de violaciones continuadas y permanentes como las desapariciones forzadas, se incumple la obligación de adecuar el derecho interno del Estado, consagrada en el artículo 2 de la Convención Americana.

Obligación de adoptar disposiciones de derecho interno y algunas atribuciones de la CIDH

Corte IDH. Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/ 93 de 16 de julio de 1993. Serie A No. 13⁷

26. Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos.

27. En estas circunstancias, no debe existir ninguna duda de que la Comisión tiene a ese respecto las mismas facultades que tendría frente a cualquier otro tipo de violación y podría expresarse en las mismas oportunidades en que puede hacerlo en los demás casos. Dicho de otro modo, el hecho de que se trate de “leyes internas” y de que estas hayan sido “adoptadas de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución”, nada significa si mediante ellas se violan cualesquiera de los derechos o libertades protegidos. Las atribuciones de la Comisión en este sentido no están de manera alguna restringidas por la forma como la Convención es violada.

28. Podrían mencionarse situaciones históricas en las cuales algunos Estados han promulgado leyes de conformidad con su estructura jurídica pero que no ofrecieron garantías adecuadas para el ejercicio de los derechos humanos, impusieron restricciones inaceptables o, simplemente, los desconocieron. Tal como lo ha manifestado la Corte, el cumplimiento de un procedimiento constitucional “no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos” (La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *supra* 25, párr. 22).

29. Esto no significa que la Comisión tenga atribuciones para pronunciarse sobre la forma como se adopta una norma jurídica en el orden interno. Esa es función de los órganos competentes del Estado. Lo que la Comisión debe verificar, en un caso concreto, es si lo dispuesto por la norma contradice la Convención y no si contradice el ordenamiento jurídico interno del Estado. La atribución otorgada a la Comisión para “formular recomendaciones [...] a los gobiernos de los Estados Miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales” (art. 41.b) o el compromiso de los Estados de adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades garantizados por la Convención “con arreglo a sus procedimientos constitucionales” (art. 2) (destacado de la Corte), no le dan a la Comisión facultad para calificar el cumplimiento por el Estado de los preceptos constitucionales en la elaboración de las normas internas.

30. En el ámbito internacional lo que interesa determinar es si una ley resulta violatoria de las obligaciones internacionales asumidas por un Estado en virtud de un tratado. Esto puede y debe hacerlo la Comisión a la hora de analizar las comunicaciones y peticiones

⁷ La Opinión Consultiva OC-13/93 trata sobre ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establecidas en el marco de los artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Puede consultar la opinión consultiva en el siguiente enlace: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_13_esp.pdf

sometidas a su conocimiento sobre violaciones de derechos humanos y libertades protegidos por la Convención.

31. Esta delimitación de las atribuciones de la Comisión de manera alguna afecta el vínculo entre el estado de derecho y la Convención. Como ya lo ha dicho la Corte “[e]l concepto de derechos y libertades y, por ende el de sus garantías, [según el Pacto de San José] es [...] inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira” [El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 26]. Dentro de tales valores y principios aparece que “la democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte” (La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *supra* 25, párr. 34). Ha señalado también la Corte que el principio de la legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables [y que] [e]n una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros (El hábeas corpus bajo suspensión de garantías, párrs. 24 y 26).

32. Conviene, ahora, considerar el asunto de los términos “razonabilidad”, “conveniencia” y “autenticidad”, mencionados por los gobiernos solicitantes en la primera pregunta. Se solicita de esta Corte una opinión sobre si la Comisión puede aplicar estos vocablos para “calificar y dar su criterio” sobre leyes internas discutidas en el marco de los artículos 41 y 42 de la Convención.

33. La “razonabilidad” implica un juicio de valor y, aplicada a una ley, una conformidad con los principios del sentido común. Se utiliza, igualmente, referida a parámetros de interpretación de los tratados y, por consiguiente, de la Convención. Siendo razonable lo justo, lo proporcionado y lo equitativo, por oposición a lo injusto, absurdo y arbitrario, es un calificativo que tiene contenido axiológico que implica opinión pero, de alguna manera, puede emplearse jurídicamente como, de hecho, lo hacen con frecuencia los tribunales, pues toda actividad estatal debe no solamente ser válida sino razonable. En cuanto a la “conveniencia” de una ley la cuestión se puede prestar a apreciaciones de carácter subjetivo, salvo que la expresión se utilice en el sentido poco usual de “correlación” o “conformidad” entre las normas internas y las provenientes de la Convención. Respecto de la expresión “autenticidad” de una ley, que podría poseer el significado jurídico de lo verdadero, cierto o legalizado de modo que haga fe pública, parece no tenerlo en el contexto de la consulta.

34. En el trámite de las comunicaciones individuales es indispensable que se alegue que ha habido una violación de la Convención por parte de un Estado. Es este un presupuesto de admisibilidad (artículo 47.b) y las facultades de la Comisión están dadas para determinar que esa violación efectivamente existe. En ese orden de ideas y respecto de normas legales, le corresponde dictaminar si violan la Convención. En efecto, frente a los órganos internacionales de aplicación de la Convención, una norma interna no puede tener tratamiento distinto al de mero hecho. En esto no existe diferencia entre la responsabilidad de un Estado derivada de violaciones a la Convención a través de un precepto interno y el tratamiento que en el derecho internacional general reciben las disposiciones internas violatorias de otras obligaciones internacionales.

35. Una norma interna puede resultar violatoria de la Convención por ser irrazonable o porque no resulte “conforme” con ella y, por supuesto, una ley contraria a las obligaciones de un Estado derivadas de la Convención no puede ser estimada “razonable” ni “conveniente”. La Comisión estaría facultada para emplear esos calificativos en este

contexto. Ciertamente lo está para usarlos en las consideraciones globales de los casos. No obstante, debiendo las funciones de la Comisión estar ajustadas a derecho, la terminología que utilice debe ser cuidadosamente seleccionada y evitar conceptos que pudieren resultar ambiguos, subjetivos o confusos.

37. La respuesta de la Corte tendrá, entonces, que basarse en la función principal de la Comisión de promoción de la observancia y defensa de los derechos humanos, de la cual deriva su facultad para dictaminar que una norma de derecho interno, como cualquier otro hecho, puede ser violatoria de la Convención pero no para considerarla violatoria del ordenamiento jurídico de un Estado.

V. DERECHO A LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

92. En casos de desaparición forzada de personas se viola el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, reconocido en el artículo 3 de la Convención Americana, pues se deja a la víctima en una situación de indeterminación jurídica que imposibilita, obstaculiza o anula la posibilidad de la persona de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos en general, lo cual constituye una de las más graves formas de incumplimiento de las obligaciones estatales de respetar y garantizar los derechos humanos.

131. La situación de un menor de edad cuya identidad familiar ha sido alterada ilegalmente y causada por la desaparición forzada de uno de sus padres, como es el caso relativo a María Macarena Gelman, solo cesa cuando la verdad sobre su identidad es revelada por cualquier medio y se garantizan a la víctima las posibilidades jurídicas y fácticas de recuperar su verdadera identidad y, en su caso, vínculo familiar, con las consecuencias jurídicas pertinentes. Así, el Estado no garantizó su derecho a la personalidad jurídica, en violación del artículo 3 de la Convención.

Corte IDH. Caso Maidanik y otros Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 15 de noviembre de 2021. Serie C No. 444

122. Las víctimas fueron puestas en una situación de indeterminación jurídica que anuló su posibilidad de ejercer sus derechos de modo efectivo, lo cual, como ya ha expresado esta Corte, constituye “una de las más graves formas de incumplimiento de las obligaciones estatales de respetar y garantizar los derechos humanos”. Por eso, fue violado el derecho de ambas víctimas al reconocimiento de la personalidad jurídica, receptado en el artículo 3 de la Convención Americana.

VI. DERECHO A LA VIDA

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

130. Los hechos probados afectaron también el derecho a la vida, previsto en el artículo 4.1 de la Convención, en perjuicio de María Macarena Gelman, en la medida que la separación de sus padres biológicos puso en riesgo la supervivencia y desarrollo de la niña, supervivencia y desarrollo que el Estado debía garantizar, acorde a lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención y en el artículo 6 de la Convención sobre Derechos del Niño, especialmente a través de la protección a la familia y la no injerencia ilegal o arbitraria en la vida familiar de los niños y niñas, pues la familia tiene un rol esencial en su desarrollo. (Ver, *asimismo*, el Capítulo XX: “Desaparición forzada”).

VII. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL

Violencia contra las mujeres

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

97. El estado de embarazo en que se encontraba María Claudia García cuando fue detenida constituía la condición de particular vulnerabilidad por la cual se dio una afectación diferenciada en su caso. A su vez, en Argentina ya había sido separada de su esposo y luego trasladada al Uruguay sin conocer el destino de aquél, lo que en sí mismo representó un acto cruel e inhumano. Posteriormente, fue retenida en un centro clandestino de detención y torturas, a saber, el SID, donde su tratamiento diferenciado respecto de otras personas detenidas –pues estuvo separada de éstas– no se dio para cumplir una obligación especial de protección a su favor, sino para lograr la finalidad de su retención ilegal, de su traslado al Uruguay y de su eventual desaparición forzada, cual era, la instrumentalización de su cuerpo en función del nacimiento y el período de lactancia de su hija, quien fue entregada a otra familia luego de ser sustraída y sustituida su identidad [...]. Los hechos del caso revelan una particular concepción del cuerpo de la mujer que atenta contra su libre maternidad, lo que forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Lo anterior es aún más grave si se considera, según fue señalado, que su caso se dio en un contexto de desapariciones de mujeres embarazadas y apropiaciones ilícitas de niños ocurridos en el marco de la Operación Cóndor.

98. Los señalados actos cometidos contra María Claudia García pueden ser calificados como una de las más graves y reprochables formas de violencia contra la mujer, que habrían sido perpetrados por agentes estatales argentinos y uruguayos, que afectaron gravemente su integridad personal y estuvieron claramente basados en su género. Los hechos le causaron daños y sufrimientos físicos y psicológicos que, por los sentimientos de grave angustia, desesperación y miedo que pudo experimentar al permanecer con su hija en un centro clandestino de detención, donde usualmente se escuchaban las torturas

infligidas a otros detenidos en el SID, y no saber cuál sería el destino de ella cuando fueron separadas, así como haber podido prever su fatal destino, constituyen una afectación de tal magnitud que debe ser calificada como la más grave forma de vulneración de su integridad psíquica.

Derecho a la integridad personal de niñas, niños y adolescentes

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

118. Los hechos del caso revelan que la integridad personal de María Macarena Gelman García pudo verse afectada por las circunstancias de su nacimiento y de sus primeras semanas de vida. No obstante, resulta evidente que la vulneración del derecho a la integridad psíquica ocurrió a partir del momento en que descubrió su verdadera identidad, lo que quiere decir que la violación de su integridad psíquica y moral es una consecuencia tanto de la desaparición forzada de su madre y de haberse enterado de las circunstancias de la muerte de su padre biológico, como de la violación de su derecho a conocer la verdad sobre su propia identidad, de la falta de investigaciones efectivas para el esclarecimiento de los hechos y del paradero de María Claudia García y, en general, de la impunidad en la que permanece el caso, lo cual le ha generado sentimientos de frustración, impotencia y angustia.

Afectaciones al derecho a la integridad personal de los familiares de las víctimas

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

133. Los hechos también afectaron el derecho a la integridad personal de Juan Gelman, en especial, el derecho a que se respete su integridad psíquica, contemplado en el artículo 5.1 de la Convención, ya que los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas. En particular, en casos que involucran la desaparición forzada de personas, es posible entender que la violación del derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de la víctima es una consecuencia directa de ese fenómeno, que les causa un severo sufrimiento por el hecho mismo, que se acrecienta, entre otros factores, por la constante negativa de las autoridades estatales de proporcionar información acerca del paradero de la víctima o de iniciar una investigación eficaz para lograr el esclarecimiento de lo sucedido. Además, la privación del acceso a la verdad de los hechos acerca del destino de un desaparecido constituye una forma de trato cruel e inhumano para los familiares cercanos, lo que hace presumir un daño a la integridad psíquica y moral de familiares directos de víctimas de ciertas violaciones de derechos humanos.

134. De tal manera, resulta evidente la violación del referido derecho en el caso de Juan Gelman, tanto por las consecuencias sufridas ante los hechos del caso, como por su búsqueda de justicia. En su testimonio rendido ante la Corte, Juan Gelman manifestó que el no saber la verdad de lo ocurrido con María Claudia García lo afecta profundamente y que, además de las vidas de su hijo y su nuera, le privaron de 23 años de vida de su nieta, a quien no vio crecer, dar su primer paso, ni llamarlo “abelo”, todo lo cual le generó un vacío que tanto María Macarena Gelman como él están intentando superar y construir hacia adelante, ante la imposibilidad de reconstruir el pasado. La perita Deutsch observó que Juan Gelman puede relatar los hechos, pero tiene dificultades para hablar de sus

sentimientos como una “cuestión de pudor doble: personal y por no cargar (emocionalmente) al otro”. Además de imaginar los últimos momentos de Marcelo y María Claudia, tuvo impedimentos para impulsar la búsqueda de su nieta por la incapacidad para concentrarse, y ha preferido no verbalizar su dolor y refugiarse en la escritura, en sus poemas.

Corte IDH. Caso Maidanik y otros Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 15 de noviembre de 2021. Serie C No. 444

185. En reiteradas ocasiones esta Corte ha advertido que los familiares de víctimas de ciertas violaciones de derechos humanos pueden ser considerados, a su vez, como víctimas, dado el sufrimiento padecido como producto de las violaciones cometidas contra sus seres queridos o a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos. De esta forma, corresponde presumir la violación del derecho a la integridad personal, aplicando una presunción *iuris tantum*, respecto a familiares tales como de madres y padres, hijas e hijos, esposos y esposas y compañeros y compañeras permanentes de víctimas de ciertas violaciones de derechos humanos, siempre que ello responda a las circunstancias particulares en el caso. En relación con tales familiares, corresponde al Estado desvirtuar dicha presunción, la que procede, entre otras circunstancias, en casos de ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas.

186. En relación con los familiares de Laura Raggio, Diana Maidanik y Silvia Reyes, aunque la Corte carece de competencia para evaluar la conducta estatal respecto a la circunstancia de sus muertes, resulta evidente que la gravedad del incumplimiento de las acciones de investigación, por más de 36 años, debe entenderse a la luz de ese antecedente. En ese sentido, este Tribunal entiende que corresponde presumir que las madres, padres o esposos de las tres mujeres nombradas, señalados como víctimas en el presente caso, vieron afectada su integridad personal como consecuencia de la conducta estatal violatoria de derechos humanos examinada en esta Sentencia.

187. Ahora bien, la Corte nota que, además, de padres, hijos y cónyuges, han sido señalados como víctimas otro tipo de familiares de Diana Maidanik, Laura Raggio, Silvia Reyes y Óscar Tassino. Es el caso de los hermanos de Laura Raggio, Silvia Reyes y Óscar Tassino, de la prima de Diana Maidanik y los suegros y la cuñada de Silvia Reyes.

188. Al respecto, por una parte, constan testimonios que dan cuenta de cómo las violaciones a derechos humanos afectaron a distintas familias en su conjunto. Así, Aidee Santo, cuya familia tiene amistad con la familia Tassino, señaló que a partir de la desaparición forzada de Óscar Tassino la vida de su familia “cambió totalmente”, y que la madre de él, así como otros familiares, murieron sin saber qué pasó con Óscar. Agregó que la familia sigue “buscando respuestas”. Silvana Bocage, también amiga de la familia Tassino, declaró que toda la familia tuvo “secuelas emocionales” a partir de los hechos. Ana Guliak Potasnik, hermana de Diana Maidanik, señaló que luego de la muerte de Diana “el miedo y la inseguridad [...] traumatizaron a la familia profundamente”. Juan Quiñones, cuñado de Silvia Reyes, indicó que el impacto de los hechos en la familia fue “[t]otal, [d]esolador[;] un destrozo material y humano que hasta el día de hoy pagan las consecuencias los sobrevivientes”. Asimismo, señaló que “ha[n] sufrido y sigue[n] sufriendo hasta ahora una soledad tremenda ante la magnitud de lo que tuv[i]eron que vivir”. Además, indicó que Estela Reyes “estaba muy afectada por todo lo vivido”, “[s]obre todo [por] la forma trágica en la que [perdió]a su hermana”. El testigo Wálter Pérez expresó que la familia de Jaqueline Barrios, cuñada de Silvia Reyes, quedó “destruida y acabada”, así como el deterioro en la salud psíquica y física.

189. La Corte entiende, considerando lo expuesto y la gravedad de los hechos del caso, que es razonable asumir que, en las circunstancias propias del mismo, las distintas personas integrantes de cada una de las familias involucradas, que fueron señaladas como víctimas, han tenido un padecimiento en su integridad personal por sufrimientos causados a partir de las conductas estatales violatorias de derechos humanos examinadas en esta Sentencia, es decir, por las desapariciones forzadas de Luis Eduardo González González y Óscar Tassino Asteazu, por la falta de localización de su paradero, y por las acciones judiciales para determinar responsabilidades penales por tales hechos y por las ejecuciones extrajudiciales de Diana Maidanik, Silvia Reyes y Laura Raggio. En ese sentido, debe destacarse nuevamente que, habiendo transcurrido más de 35 años desde que la Corte ha asumido competencia respecto de Uruguay, y más de 44 o 47, según el caso, desde el inicio de las dos desapariciones forzadas antes aludidas, los hechos continúan impunes. Además, la Corte advierte que el Estado no ha controvertido los alegatos sobre la violación al derecho a la integridad personal respecto de ninguna de las personas indicadas como víctimas en este caso.

VIII. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

Alcance del derecho a la libertad personal

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

129. En este caso, los hechos afectaron el derecho a la libertad personal de María Macarena Gelman puesto que, adicionalmente al hecho de que la niña nació en cautiverio, su retención física por parte de agentes estatales, sin el consentimiento de sus padres, implican una afectación a su libertad, en el más amplio término del artículo 7.1 de la Convención. Este derecho implica la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia. En el caso de los niños y niñas, si bien son sujetos titulares de derechos humanos, aquéllos ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. En consecuencia, la separación de un niño de sus familiares implica, necesariamente, un menoscabo en el ejercicio de su libertad.

Principio de no privación de libertad de niñas, niños o adolescentes por su situación migratoria irregular

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21

145. A fin de abordar la presente temática que tiene como objeto central la interpretación del derecho a la libertad personal reconocido en los artículos 7 de la Convención Americana y XXV de la Declaración, resulta pertinente dejar sentado que la pregunta, al hacer referencia al término “detención”, lo emplea en un sentido amplio equivalente al de privación de libertad. En esta misma línea, la Corte procederá a utilizar el concepto de

privación de libertad pues resulta más inclusivo. Al respecto, la Corte adopta un criterio amplio, de conformidad con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y autónomo de lo establecido en las legislaciones nacionales, en el entendido que el componente particular que permite individualizar a una medida como privativa de libertad más allá de la denominación específica que reciba a nivel local es el hecho de que la persona, en este caso la niña y/o el niño, no pueden o no tienen la posibilidad de salir o abandonar por su propia voluntad el recinto o establecimiento en el cual se encuentra o ha sido alojado. De este modo, cualquier situación o medida que sea caracterizada bajo la anterior definición tornará aplicables todas las garantías asociadas.

146. Más específicamente, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ha entendido, en el ámbito de las personas en búsqueda de protección internacional, que la detención equivale a “la privación de la libertad o al confinamiento dentro de un lugar cerrado donde al solicitante de asilo no se le permite salir a su voluntad, incluso, aunque sin limitarse, prisiones o instalaciones de detención, centros de recepción cerrados, instalaciones o centros de retención”. Asimismo, entiende que “[l]as distinciones entre la privación de la libertad (detención) y restricciones menores a la circulación son de ‘grado o intensidad y no de naturaleza o sustancia’”. Por consiguiente, “[i]ndependientemente del nombre que se le dé a un determinado lugar de detención, las cuestiones importantes son si el solicitante de asilo está siendo privado *de facto* de su libertad y si esta privación es legal según el derecho internacional”. Se otorga así, pues, una precisión adicional al concepto de privación de libertad en supuestos en que se restringe la libertad ambulatoria pero que dicha restricción genera, en la situación concreta, una afectación de tal envergadura a los derechos de la persona, como puede ser el derecho a solicitar y recibir asilo, que dicha restricción resulta asimilable a una medida privativa de libertad por el “tipo, duración, efectos y forma de implementación”.

147. En el contexto migratorio, la privación de libertad puede afectar a solicitantes de asilo, refugiados, apátridas y migrantes en situación irregular. Sin embargo, la Corte entiende que el ámbito de consulta de esta pregunta se sitúa en aquellos casos relativos específicamente a niñas o niños en situación migratoria irregular, producto de una entrada o permanencia en el país sin cumplir con los requisitos de la legislación interna, así como a niñas o niños solicitantes de asilo que no obtuvieron el reconocimiento del estatuto de refugiado, por no contar con elementos de inclusión o por razones de exclusión, que son sometidas a un procedimiento que puede finalizar ordenando la expulsión o deportación al país de origen, o bien permitiendo la estancia. Por otra parte, quedan fuera del ámbito de la pregunta las medidas privativas de libertad de carácter punitivo o sancionatorio en la esfera del control migratorio pues, de conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal, habrán de reputarse arbitrarias y, por consiguiente, contrarias a la Convención y Declaración Americana.

149. En efecto, constituye un principio del derecho internacional de los derechos humanos cristalizado en la Convención sobre los Derechos del Niño y desarrollado por la jurisprudencia de esta Corte en el marco del derecho a la libertad personal en casos relativos a jóvenes en conflicto con la ley penal, que la privación de libertad, ya sea en su faceta cautelar o en tanto sanción penal, constituye una medida de último recurso que debe ser aplicada, cuando proceda, por el menor tiempo posible, dado el objeto fundamentalmente pedagógico del proceso penal relativo a personas menores de edad. Es así que la privación de libertad en el contexto de la justicia penal juvenil debe respetar los principios de legalidad, excepcionalidad y máxima brevedad. Asimismo, la excepcionalidad de la prisión preventiva opera con mayor rigurosidad, ya que la regla debe ser la libertad y, en caso de que se verifique la necesidad de cautela, debe primar la aplicación de medidas sustitutorias.

150. En razón de que las infracciones relacionadas con el ingreso o permanencia en un país no pueden, bajo ningún concepto, tener consecuencias iguales o similares a aquellas que derivan de la comisión de un delito y en atención a las diferentes finalidades procesales existentes entre los procesos migratorios y los penales, la Corte estima que el principio de *ultima ratio* de la privación de libertad de niñas y niños no constituye un parámetro operativo en el ámbito sometido a consulta, esto es, a los procedimientos migratorios.

Condiciones básicas de los espacios de alojamiento de niñas, niños y adolescentes migrantes y las obligaciones estatales correspondientes a la custodia por razones migratorias

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21

173. De conformidad con los criterios desarrollados anteriormente [...], los Estados deben, en cumplimiento de sus compromisos internacionales, priorizar las medidas que propendan al cuidado de la niña o del niño con miras a su protección integral, cuando se ve involucrado en procedimientos migratorios. En determinadas circunstancias, como por ejemplo cuando la niña o el niño se encuentra junto a su familia y se comprueba una necesidad excepcional, ineludible o imperiosa de cautelar en forma preferente los fines del proceso migratorio y no hay otra opción menos lesiva que la institucionalización en un centro donde se permita la convivencia entre la niña o el niño y su grupo familiar, o cuando la niña o el niño se encuentra no acompañado o separado de su familia y no existe la posibilidad de otorgar una medida basada en un entorno familiar o comunitario de forma tal que es necesario acogerlo en un centro, es posible que los Estados recurran a medidas tales como el alojamiento o albergue de la niña o del niño, ya sea por un período breve o durante el tiempo que sea necesario para resolver la situación migratoria. En este sentido, la Corte recuerda que ya se ha pronunciado con respecto a la necesidad de separación de las personas migrantes bajo custodia de las personas acusadas o condenadas por delitos penales, al establecer que los centros para alojar a las personas migrantes deben estar destinados específicamente a tal fin.

174. Tales centros de acogida pueden ser establecimientos estatales o privados. No obstante, la delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige, como elemento fundamental y acorde en especial a lo previsto en el artículo 1.1 de la Convención, la obligación del Estado de fiscalizar tales centros para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin ningún tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible. En el mismo sentido, la Corte considera que los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias a efectos de regular y fiscalizar que los espacios de alojamiento cumplan criterios técnicos para su acreditación y habilitación en consonancia con las necesidades diferenciadas de las niñas y niños migrantes y que, en consecuencia, el sistema estatal prevea un método de supervisión de dichos espacios de alojamiento.

178. En suma, al tratarse de migrantes menores de edad el principio de separación adquiere, según el derecho internacional de los derechos humanos, dos dimensiones: (i) si se trata de niñas o niños no acompañados o separados, deben alojarse en sitios distintos al que corresponde a los adultos y (ii) si se trata de niñas o niños acompañados, deben

alojarse con sus familiares, salvo que lo más conveniente sea la separación en aplicación del principio del interés superior de la niña o del niño.

179. Como cuestión adicional, la Corte considera que, en aplicación de las normas internacionales pertinentes, se debe tomar en cuenta la edad de las niñas y niños para su atención y cuidado en el centro de alojamiento, ya que es usualmente un indicativo de madurez que llega a determinar el comportamiento común de grupos de niñas y de niños, si bien cada caso debe ser individualizado, en especial en consideración a sus necesidades. Por consiguiente, la Corte es de opinión que es una obligación internacional del Estado correspondiente establecer y garantizar que el espacio de alojamiento de niñas y niños no acompañados o separados esté dividido según las necesidades específicas de grupos etarios y diferenciados de los centros para familias, y así adecuar los recursos humanos y materiales de forma acorde.

Principio de legalidad en la privación de libertad de personas migrantes

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21

191. Con respecto a la garantía específica consagrada en los artículos 7.2 de la Convención y XXV de la Declaración, la Corte reitera que cualquier restricción o privación de la libertad debe respetar el principio de legalidad y, por consiguiente, ajustarse a las causas y a los procedimientos establecidos de antemano en la legislación interna. Así, este Tribunal ha previamente establecido que la limitación de la libertad física, así sea por un período breve, inclusive aquellas con meros fines de identificación, debe “ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando ésta sea compatible con la Convención”.

Principio de no arbitrariedad en la privación de libertad de migrantes

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21

153. Ahora bien, corresponde realizar un análisis de la compatibilidad de la privación de libertad de niñas y niños por razones de índole migratoria con las disposiciones de la Convención y de la Declaración traídas a consulta a la luz de los requisitos para proceder a una restricción legítima del derecho a la libertad personal que se han explicitado en su jurisprudencia, teniendo en consideración las circunstancias específicas de la niña o del niño, es decir, su condición de persona en desarrollo y su interés superior. A tal fin y con base en el artículo 30 de la Convención, la Corte evaluará: (i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención; (ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; (iii) que sean necesarias, y (iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.

154. Entonces, la medida de privación de libertad, si bien puede perseguir una finalidad legítima y resultar idónea para alcanzarla, al conjugar los criterios desarrollados y en

virtud del principio de interés superior de la niña o del niño, la Corte es de la opinión que la privación de libertad de niñas o de niños por razones exclusivas de índole migratoria excede el requisito de necesidad, toda vez que tal medida no resulta absolutamente indispensable a los fines de asegurar su comparecencia al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación [...]. Aunado a ello, la Corte es de la opinión que la privación de libertad de una niña o niño en este contexto de ninguna manera podría ser entendida como una medida que responda a su interés superior. En este sentido, la Corte considera que existen medidas menos gravosas [...] que podrían ser idóneas para alcanzar tal fin y, al mismo tiempo, responder al interés superior de la niña o del niño. En suma, la Corte es de la opinión que la privación de libertad de un niño o niña migrante en situación irregular, decretada por esta única circunstancia, es arbitraria, y por ende, contraria tanto a la Convención como a la Declaración Americana.

155. En consideración de la condición especial de vulnerabilidad de las niñas y los niños migrantes en situación irregular, los Estados tienen la obligación, de acuerdo a los artículos 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración, de optar por medidas que propendan al cuidado y bienestar de la niña o del niño con miras a su protección integral antes que a su privación de libertad [...]. La Corte considera que el parámetro de actuación estatal debe, por ende, tener como objetivo asegurar en la mayor medida posible la prevalencia del interés superior de la niña o del niño migrante y el principio rector de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y a su desarrollo, en los términos desarrollados en el capítulo siguiente, a través de medidas adecuadas a sus necesidades.

156. Como corolario de lo antedicho, la Corte entiende que el alcance de la respuesta estatal a la luz del interés superior de la niña o del niño adquiere características particulares dependiendo de la situación concreta en la que se halle la niña o el niño, es decir, si se encuentra junto a sus progenitores o si por el contrario se trata de una niña o un niño no acompañado o separado de sus progenitores [...]. Ello teniendo en cuenta, por un lado, la especial vulnerabilidad en que se encuentran las niñas y los niños no acompañados o separados y, por el otro, que corresponde a los progenitores la obligación primaria de la crianza y el desarrollo de la niña o del niño y, subsidiariamente, al Estado “asegurar [a la niña o] al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de [ella o] él ante la ley”.

157. De acuerdo con las consideraciones precedentes, la Corte considera que, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, la privación de libertad resulta improcedente cuando las niñas y los niños se encuentran no acompañados o separados de su familia, pues bajo esta óptica el Estado se encuentra obligado a promover en forma prioritaria las medidas de protección especial orientadas en el principio del interés superior de la niña o del niño, asumiendo su posición de garante con mayor cuidado y responsabilidad. En la misma línea, el Comité de los Derechos del Niño ha sostenido:

En aplicación del artículo 37 de la Convención y del principio del interés superior del menor, no debe privarse de libertad, por regla general, a los menores no acompañados o separados de su familia. La privación de libertad no podrá justificarse solamente por que el menor esté solo o separado de su familia, ni por su condición de inmigrante o residente. [...]. Por consiguiente, deber hacerse todo lo posible, incluso acelerar los procesos pertinentes, con objeto de que los menores no acompañados o separados de su familia sean puestos en libertad y colocados en otras instituciones de alojamiento.

158. Por otra parte, la Corte ha resaltado que “[e]l niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas”. De esta forma, cuando se trata de niñas y/o de niños que se encuentran junto a sus progenitores, el mantenimiento de la unidad familiar en razón de su interés superior no constituye razón

suficiente para legitimar o justificar la procedencia excepcional de una privación de libertad de la niña o del niño junto con sus progenitores, dado el efecto perjudicial para su desarrollo emocional y su bienestar físico. Por el contrario, cuando el interés superior de la niña o del niño exige el mantenimiento de la unidad familiar, el imperativo de no privación de libertad se extiende a sus progenitores y obliga a las autoridades a optar por medidas alternativas a la detención para la familia y que a su vez sean adecuadas a las necesidades de las niñas y los niños. Evidentemente, esto conlleva un deber estatal correlativo de diseñar, adoptar e implementar soluciones alternativas a los centros de detención en régimen cerrado a fin de preservar y mantener el vínculo familiar y propender a la protección de la familia, sin imponer un sacrificio desmedido a los derechos de la niña o del niño a través de la privación de libertad para toda o parte de la familia.

160. En cambio y también a criterio de la Corte, los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño.

Obligación de brindar información completa y adecuada a niñas, niños y adolescentes migrantes en condiciones de privación de libertad

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21

197. Al respecto, tratándose de personas extranjeras, la Corte considera relevante establecer que el idioma que se utiliza debe ser uno que la persona comprenda. Del mismo modo, al tratarse de niñas o niños debe utilizarse un lenguaje adecuado a su desarrollo y edad. Es necesario que la niña o el niño tenga a su disposición toda la información necesaria y que sea comunicada de acuerdo a su edad y madurez, en cuanto a sus derechos, servicios de los cuales dispone y procedimientos de los cuales se puede hacer valer. Especialmente, deberá informársele sobre su derecho a solicitar asilo; su derecho a contar con asistencia jurídica; su derecho a ser oído; su derecho de acceso a la información sobre la asistencia consular y, en su caso, su derecho a que se le designe un tutor. Aunado a ello, los Estados deben garantizar que toda niña o niño sujeto a un proceso del que derive una eventual injerencia a su derecho a la libertad personal sea asistido por un traductor o intérprete, en el caso de que no comprendiera o no hablara el idioma del país receptor.

Obligación de poner a la persona privada de libertad migrante a disposición de autoridad judicial competente

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21

198. De conformidad con lo preceptuado en los artículos 7.5 de la Convención Americana y XXV de la Declaración Americana, toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales. Esta Corte ya ha interpretado que esta garantía debe ser satisfecha siempre que exista una retención o una detención de una persona a causa de su situación migratoria, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél. Asimismo, esta Corte ya ha señalado que para satisfacer la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención en materia migratoria, la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley cumpla con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas. Toda vez que en relación con esta garantía corresponde al funcionario la tarea de prevenir o hacer cesar las detenciones ilegales o arbitrarias, resulta imprescindible que dicho funcionario esté facultado para poner en libertad a la persona si su detención es ilegal o arbitraria.

Revisión judicial de la medida de detención y recursos efectivos

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21

141. La Corte destaca que este derecho adquiere una relevancia especial en aquellos casos en los que la niña o el niño considera que no ha sido debidamente escuchado o que sus opiniones no han sido tenidas en consideración. Por consiguiente, esta instancia de revisión debe permitir, entre otras cuestiones, identificar si la decisión ha tenido debidamente en consideración el principio del interés superior.

142. En complemento con lo anterior, en aras de que el derecho a recurrir ante una autoridad judicial y a la protección judicial sea eficaz, es necesario que el recurso judicial mediante el cual se impugna una decisión en materia migratoria tenga efectos suspensivos, de manera que de tratarse de una orden de deportación ésta debe ser suspendida hasta tanto no se haya proferido decisión judicial de la instancia ante la que se recurre. Sólo de esa forma se pueden proteger de manera efectiva los derechos de las niñas y niños migrantes.

206. A su vez, también es de aplicación la garantía contenida en el artículo 7.6 de la Convención Americana, el cual señala que “toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales”. Esta Corte ya ha señalado que “los procedimientos jurídicos consagrados en los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención Americana [...] no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales

indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición”. La Corte también se ha pronunciado sobre dichos preceptos y ha determinado que el artículo 7.6 posee un contenido jurídico propio, al contemplar específicamente el derecho de toda persona privada de libertad a recurrir ante un juez o tribunal competente para que decida sobre la legalidad de su arresto o detención, también denominado hábeas corpus, que consiste en tutelar de manera directa la libertad personal o física, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad. El artículo 7.6 de la Convención es claro al disponer que la autoridad que debe decidir la legalidad del “arresto o detención” debe ser “un juez o tribunal” independiente e imparcial. Al respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ya ha referido que estos recursos no solo deben existir formalmente en la legislación sino que deben ser efectivos, esto es, cumplir con el objetivo de obtener sin demora una decisión sobre la legalidad del arresto o de la detención. En el caso de niñas o niños migrantes, éste procedimiento debiera ostentar un carácter prioritario, de tal forma que permitiera una rápida decisión sobre la acción interpuesta.

IX. DERECHO A LAS GARANTÍAS JUDICIALES

Aspectos generales del artículo 8.1

En el presente apartado se tratan los aspectos generales relativos al alcance que la Corte IDH ha dado al concepto de garantías judiciales. Estas precisiones son relevantes, pues a lo largo de su jurisprudencia la Corte IDH ha ido precisando la extensión de estas garantías no solo en el ámbito judicial, sino en cualquier procedimiento donde se decidan derechos de las personas.

Concepto y alcance del debido proceso legal

Corte IDH. Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay. Fondo Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234

116. El artículo 8 de la Convención consagra los lineamientos del debido proceso legal, el cual está compuesto de un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos.

117. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención, en la determinación de los derechos y obligaciones de las personas, de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, se deben observar “las debidas garantías” que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso. El incumplimiento de una de esas garantías conlleva una violación de dicha disposición convencional.

118. El artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos.

119. Las garantías contempladas en el artículo 8.1 de la Convención son también aplicables al supuesto en que alguna autoridad pública adopte decisiones que determinen tales derechos, tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria.

Debido proceso legal y niñas, niños y adolescentes migrantes

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21

109. La Corte ha señalado que el derecho al debido proceso se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos. El debido proceso se encuentra, a su vez, íntimamente ligado con la noción de justicia, que se refleja en: (i) un acceso a la justicia no sólo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, (ii) el desarrollo de un juicio justo y (iii) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa.

110. Ahora bien, aunque en términos convencionales el debido proceso se traduce centralmente en las “garantías judiciales” reconocidas en el artículo 8 de la Convención Americana, lo cierto es que diversas disposiciones de dicho instrumento internacional, tales como los artículos 4, 5, 7, 9, 19, 25 y 27 de la Convención, también contienen regulaciones que se corresponden materialmente con los componentes sustantivos y procesales del debido proceso. De igual forma, en la Declaración Americana el debido proceso se expresa en la regulación de los artículos XVIII (Derecho de justicia), XXV (Derecho de protección contra la detención arbitraria) y XXVI (Derecho a proceso regular). En este capítulo, la Corte se va a concentrar principalmente en las garantías de debido proceso, interpretadas en conjunto con los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración Americana, aplicables a los procesos migratorios, en el entendido que a través de los mismos se definen controversias respecto al estatus migratorio de una persona y pueden además, en función de tal determinación, redundar en una expulsión o deportación. Aunado a ello, las decisiones a adoptarse pueden tener repercusiones profundas sobre la vida y el desarrollo de las niñas y los niños migrantes.

111. En lo que concierne al artículo 8 de la Convención, el Tribunal ya ha establecido que los requisitos establecidos en su inciso 1 no solo resultan aplicables a los procesos ante los órganos estrictamente jurisdiccionales –juez o tribunal-, sino que se hacen extensivas a las decisiones de órganos administrativos a los cuales les corresponda la determinación de los derechos de las personas o cuando ejerzan funciones de carácter materialmente jurisdiccional, como ocurre en algunos países respecto de los procesos migratorios.

112. A su vez, el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal es aplicable en lo que corresponda en la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. De este modo, en procesos tales como los que puedan desembocar en la expulsión o deportación de extranjeros, el Estado no puede dictar actos administrativos o adoptar decisiones judiciales sin respetar determinadas garantías

mínimas, cuyo contenido es sustancialmente coincidente con las establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención.

113. Asimismo, las garantías de debido proceso se aplican a cualquier persona independiente de su edad y condición de estancia en un país. En esta línea, la Corte ha precisado que el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio. Esto implica que el Estado debe garantizar que toda persona extranjera, aún cuando fuere un migrante en situación irregular, tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.

114. Las garantías reconocidas en el artículo 8 de la Convención deben ser respetadas y aseguradas a todas las personas sin distinción, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19 de dicho tratado, de tal forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se encuentre en controversia algún derecho de una niña o niño. De esta forma, la protección especial derivada de los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración implica que la observancia por parte de los Estados de las garantías de debido proceso se traduce en algunas garantías o componentes diferenciados en el caso de niñas y niños, que se fundan en el reconocimiento de que su participación en un proceso migratorio no se da en las mismas condiciones que un adulto. Por ello, el proceso tiene que estar adaptado a las niñas o niños y ser accesible para ellos.

115. En definitiva, tal y como lo ha sostenido anteriormente esta Corte, si bien el debido proceso y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de las niñas y niños migrantes, el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el interés superior se erija en una consideración primordial en todas las decisiones administrativas o judiciales que se adopten. Sobre estas consideraciones se deben formular los procesos administrativos o judiciales en los que se resuelva acerca de derechos de las niñas o niños migrantes y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquéllos [...], los cuales deben ajustarse a su condición, necesidades y derechos.

116. Ahora bien, aún cuando la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, en algunos Estados otros órganos o autoridades públicas adoptan decisiones, como sucede en los procesos migratorios, que afectan derechos fundamentales. En estos casos, la actuación de la administración tiene límites infranqueables, entre los que ocupa un primerísimo lugar el respeto de los derechos humanos, por lo que se torna necesario que su actuación se encuentre regulada. Teniendo como base las anteriores consideraciones, la Corte se referirá a continuación a las garantías que, conforme al derecho internacional de los derechos humanos, deben regir en todo proceso migratorio que involucre a niñas o niños, haciendo mención especial, cuando corresponda, a aquellas que cobran relevancia crítica en este tipo de proceso. En consecuencia, la Corte se referirá a los siguientes aspectos: (i) el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; (ii) el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; (iii) el derecho de la niña o niño a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales; (iv) el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; (v) el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; (vi) el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante; (vii) el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados; (viii) el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el

interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada; (ix) el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y (x) el plazo razonable de duración del proceso.

Garantías generales asociadas al artículo 8.1

En este apartado, se encuentran extractados los principales párrafos de la jurisprudencia de la Corte IDH respecto de Uruguay donde se tratan las garantías generales asociadas al artículo 8.1. Este inciso indica: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Derecho a ser oído

Corte IDH. Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay. Fondo Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234

120. El Tribunal ha desarrollado el derecho a ser oído protegido en el artículo 8.1 de la Convención, en el sentido general de comprender el derecho de toda persona a tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones, el cual en cierto tipo de procesos debe ejercerse de manera oral. Asimismo, al pronunciarse sobre la observancia de las garantías del debido proceso en la investigación de violaciones de derechos humanos, la Corte ha indicado que implica el deber estatal de garantizar que las víctimas o sus familiares tengan “amplias posibilidades de ser oídos” “en todas las etapas de los respectivos procesos, [de manera que] puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que éstos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones”.

122. El examen requerido en el presente caso amerita que la Corte precise el alcance del derecho a ser oído establecido en el artículo 8.1 de la Convención Americana. Ese derecho implica, por un lado, un ámbito formal y procesal de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la aportación de prueba). Por otra parte, ese derecho abarca un ámbito de protección material que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido. Esto último no significa que siempre deba ser acogido sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido.

123. Tomando en cuenta las alegadas violaciones en el presente caso, la Corte analizará primero lo relativo al ámbito material del derecho a ser oído en el proceso ante el órgano administrativo (Banco Central), para luego pasar a considerar las demás alegadas violaciones de las debidas garantías procesales en el referido procedimiento administrativo y en el proceso judicial ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21

122. Resulta pertinente primeramente señalar que los Estados tienen el deber de facilitar la posibilidad de que la niña o niño participe en todas y cada una de las diferentes etapas del proceso. A estos efectos, la niña o niño tendrá derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por la autoridad competente. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones, con el objeto de que la participación de la niña o niño se ajuste a su condición y no redunde en perjuicio de su interés genuino. La Corte recuerda que las niñas y niños deben ser oídos con el objeto de poder resolver de acuerdo a su mejor interés, siendo que incluso las opiniones de sus padres o tutores no pueden reemplazar la de las niñas o niños. En esta línea, es necesario que los Estados tomen las previsiones pertinentes para considerar las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los infantes demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. De igual forma, constituye una obligación para los Estados adoptar las medidas pertinentes para garantizar este derecho a las niñas o niños con discapacidades tales que conlleven dificultades para hacer oír su opinión.

123. En el caso de las niñas y niños migrantes, y particularmente, en el caso de aquellos no acompañados o separados de sus familias, el derecho a ser oído cobra una especial relevancia. Asimismo, cualquier declaración de una niña o niño debe sujetarse a las medidas de protección procesal que corresponden a éste, entre ellos, la posibilidad de no declarar, la asistencia del representante legal y la emisión de aquélla ante la autoridad legalmente facultada para recibirla. En este orden de cosas, a fin de asegurar efectivamente el derecho a ser oído, los Estados deben garantizar que el proceso se desarrolle en un entorno que no sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado a la edad de la niña o niño y que el personal encargado de recibir el relato esté debidamente capacitado, de modo que la niña o el niño se sienta respetado y seguro al momento de expresar su opinión en un entorno físico, psíquico y emocional adecuado.

282. En esta línea, la Corte estima esencial que, al realizar tal evaluación, los Estados aseguren el derecho de las niñas y niños de tener la oportunidad de ser oídos en función de su edad y madurez y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta en aquellos procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la expulsión de sus progenitores. En el caso en que la niña o el niño es nacional del país receptor, pero uno o ninguno de sus padres lo es, escuchar a la niña o al niño es necesario para entender el impacto que una medida de expulsión del progenitor podría generar sobre la misma o el mismo. A su vez, otorgarle a la niña o al niño el derecho a ser oído es fundamental para determinar si hay una alternativa más apropiada a su interés superior.

Derecho de los familiares de las víctimas a ser oídos y a conocer la verdad

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

187. Del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos

y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en la búsqueda de una debida reparación.

243. Toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, tiene, de acuerdo con los artículos 1.1, 8.1, 25, así como en determinadas circunstancias al artículo 13 de la Convención, el derecho a conocer la verdad, por lo que aquéllos y la sociedad toda deben ser informados de lo sucedido, derecho que también ha sido reconocido en diversos instrumentos de Naciones Unidas y por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos y cuyo contenido, en particular en casos de desaparición forzada, es parte del mismo un “derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos” y que se enmarca en el derecho de acceso a la justicia y la obligación de investigar como forma de reparación para conocer la verdad en el caso concreto.

Derecho a ser oído, plazo razonable y protección de intervinientes en el proceso

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

255. El Estado debe conducir la mencionada investigación eficazmente, de modo que se lleve a cabo en un plazo razonable, disponiendo al respecto la indispensable celeridad de la actual causa incoada o la instrucción de una nueva, según sea más conveniente para ello y asegurando que las autoridades competentes realicen las investigaciones correspondientes *ex officio*, contando al efecto de las facultades y recursos necesarios y permitiendo que las personas que participen en la investigación, entre ellas los familiares de las víctimas, los testigos y los operadores de justicia, cuenten con las debidas garantías de seguridad.

Derecho a ser oído en un plazo razonable

Corte IDH. Caso Maidanik y otros Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 15 de noviembre de 2021. Serie C No. 444

172. El derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable, ya que una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales.

173. Han transcurrido más de 44 años desde que ocurrieron las desapariciones forzadas de los señores González y Tassino Asteazú y, respecto de la indagación de las muertes de Laura Raggio, Silvia Reyes y Diana Maidanik, más de 36 años, contados a partir de que Uruguay aceptó la competencia de esta Corte. Esos tiempos sobrepasan parámetros de razonabilidad. Las demoras más prolongadas, en forma evidente, se produjeron, durante varios años, con anterioridad a 2006, y por aplicación de la Ley de Caducidad. La falta de diligencia para evitar dilaciones producidas por la presentación abusiva de recursos judiciales, en la investigación sobre las muertes de Diana Maidanik, Silvia Reyes y Laura Raggio, también fue un factor relevante en la demora.

174. La Corte, teniendo en cuenta lo ya dicho, entiende que no es necesario examinar otras etapas o aspectos de las actuaciones, como tampoco ahondar en el escrutinio de los factores que generaron las demoras, ya que resulta claro que las más extensas y

relevantes tuvieron por base una conducta estatal injustificada. Después de los numerosos años transcurridos, todavía los familiares de las víctimas no conocen el paradero de los señores González y Tassino Asteazu. Sus desapariciones forzadas, así como las ejecuciones extrajudiciales de Diana Maidanik, Silvia Reyes y Laura Raggio, no han sido esclarecidas, ni determinadas las responsabilidades correspondientes.

Derecho a que los procesos migratorios de niñas, niños y adolescentes sean llevados por un funcionario o juez especializado

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21

120. En materia migratoria, si el proceso se encuentra a cargo de un juez o tribunal, éste evidentemente debe cumplir con las características de imparcialidad e independencia. Si se trata de un funcionario administrativo que tome estas determinaciones debe ser responsable ante la ley, ante sus superiores jerárquicos y, en su caso, ante organismos de control, por la legalidad de las mismas.

121. Ahora bien, al tratarse de procesos en los que se ven involucrados migrantes menores de edad, las decisiones en materia migratoria no pueden ser delegadas a funcionarios no especializados. En consecuencia, en lo que concierne a procedimientos que involucren a niñas y niños, los Estados deben garantizar que las personas que intervengan en los mismos se encuentren debidamente capacitadas, de forma que puedan identificar las necesidades especiales de protección de la niña o niño, de conformidad con el interés superior.

Derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña, niño o adolescente y que sea debidamente motivada

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21

137. Por otro lado, resulta esencial que todas las decisiones adoptadas en el marco de un proceso migratorio que involucre a niñas o niños estén debidamente motivadas, es decir, posean la exteriorización de la justificación razonada que permita llegar a una conclusión. El deber de motivación es una de las debidas garantías para salvaguardar el derecho a un debido proceso. La Corte recuerda que el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de las personas a ser juzgadas por las razones que el derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias.

138. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos debe permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad. Además, debe

mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado.

139. En consonancia con lo anterior, y particularmente en el caso de niñas y niños, la resolución deberá dar cuenta motivadamente de la forma en que se tuvieron en cuenta las opiniones expresadas por la niña o niño, como también, la forma en que se ha evaluado su interés superior. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha resaltado la íntima relación existente entre el interés superior de la niña o del niño y el derecho a ser oído, al afirmar que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [(interés superior)] si no se respetan los componentes del artículo 12 [(derecho a participar y que su opinión sea tenida en cuenta)]”. Del mismo modo, “el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”.

Garantías específicas asociadas al artículo 8.2 en el contexto de niñas, niños y adolescentes migrantes

En este apartado se encuentran sistematizados los principales párrafos de la jurisprudencia de la Corte IDH respecto de Uruguay que, entre otros temas, tratan las garantías del artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aunque aplicadas, fundamentalmente, al debido proceso legal que debe observarse en los casos de niñas, niños y adolescentes migrantes.

Derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/ o intérprete 8.2.a

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21

124. Con el objeto de poder garantizar el derecho a ser oído, los Estados deben garantizar que toda niña o niño sea asistido por un traductor o intérprete en el caso de que no comprendiera o no hablara el idioma del ente decisor. En este orden de ideas, la asistencia de un traductor o intérprete se considera una garantía procesal mínima y esencial para que se cumpla el derecho de la niña o del niño a ser oído y para que su interés superior sea una consideración primordial. De lo contrario, la participación efectiva de la niña o del niño en el procedimiento se tornaría ilusoria.

125. Esta garantía debe ser particularmente respetada en el caso de niñas o niños pertenecientes a comunidades indígenas a fin de respetar su identidad cultural y garantizar un efectivo acceso a la justicia. Al respecto, la Corte ha interpretado previamente que para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de comunidades indígenas, “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”.

Derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio 8.2.b

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21

117. Todo migrante tiene derecho a que se le notifique la existencia de un proceso en su contra, pues, de lo contrario, mal podría garantizarse su derecho a la defensa. En el caso de niñas y niños migrantes, ello se extiende a todo tipo de procedimiento que lo involucre. Es por ello que la existencia de personal capacitado para comunicarle a la niña o niño, de acuerdo al desarrollo de sus capacidades cognitivas, que su situación está siendo sometida a consideración administrativa o judicial garantizará que el derecho a la defensa pueda ser ejercido por la niña o niño, en el sentido de entender lo que está sucediendo y poder dar su opinión en lo que estime pertinente.

Acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21

126. La Corte ha entendido previamente que “la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce, como una función primordial del funcionario consular, el otorgamiento de asistencia al nacional del Estado que envía en la defensa de sus derechos ante las autoridades del Estado receptor”, de modo tal que correlativamente el nacional del Estado que envía tiene derecho a acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia. El acceso efectivo a la comunicación consular debe darse sin dilación, de manera que puedan disponer de una defensa eficaz, para lo cual todos los extranjeros deben ser informados de este derecho.

127. En el caso de niñas o niños, el artículo 5, incisos e) y h), de dicho instrumento internacional, leídos a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, imponen la obligación al funcionario consular de velar por los intereses de la niña o del niño, en el sentido de que las decisiones administrativas o judiciales que se adopten en el país receptor hayan evaluado y tomado en consideración su interés superior.

128. Debido a la especial vulnerabilidad de las niñas o niños que se encuentran fuera de su país de origen y, en especial, de aquellos no acompañados o separados, el acceso a la comunicación y asistencia consular se convierte en un derecho que cobra una especial relevancia y que debe ser garantizado y tratado de manera prioritaria por todos los Estados, en especial por las implicancias que puede tener en el proceso de recabar información y documentación en el país de origen, así como para velar por que la repatriación voluntaria únicamente sea dispuesta si así lo recomienda el resultado de un procedimiento de determinación del interés superior de la niña o del niño, de conformidad con las debidas garantías, y una vez que se haya verificado que la misma puede realizarse en condiciones seguras, de modo tal que la niña o niño recibirá atención y cuidado a su regreso.

Derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante 8.2.d

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21

129. La Corte ha precisado que “las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso”.

130. El Tribunal considera que los Estados tienen la obligación de garantizar a toda niña o niño involucrado en un proceso migratorio la asistencia jurídica a través del ofrecimiento de servicios estatales gratuitos de representación legal.

131. Asimismo, este tipo de asistencia jurídica debe estar especializada, tanto en los derechos que asisten al migrante, como en atención específica en relación con la edad, de forma tal que permita garantizar un efectivo acceso a la justicia a la niña o niño migrante y velar por que su interés superior sea una consideración primordial en toda decisión que lo afecte.

Deber de designar a un tutor en caso de niñas, niños y adolescentes no acompañados o separados

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21

132. Adicionalmente, en casos de niñas o niños no acompañados o separados de su familia, el Comité de los Derechos del Niño ha afirmado que el nombramiento de un tutor competente lo antes posible constituye una garantía procesal importantísima en aras de garantizar el interés superior de los mismos. La Corte estima necesario recalcar que los procesos administrativos o judiciales, que involucren a niñas o niños no acompañados o separados de sus familias, no podrán ser iniciados hasta tanto no haya sido nombrado un tutor. Específicamente, a fin de garantizar eficazmente el derecho a la libertad personal, el acceso rápido y gratuito a la asistencia jurídica y de otra índole, así como defender sus intereses y asegurar su bienestar.

133. En efecto, los Estados tienen el deber de nombrar a un tutor para las niñas y niños que son identificados como no acompañados o separados de su familia, aún en las zonas de frontera, tan pronto como sea posible y mantenerlo bajo su tutela hasta que llegue a la mayoría de edad, por lo general a los 18 años de edad; hasta que abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado; o, en su caso, hasta que desaparezca la causa por la cual fue nombrado el tutor. El tutor deberá conocer suficientemente los intereses y situación de la niña o niño, y estar autorizado a asistir a todos los procedimientos de planificación y adopción de decisiones, incluidas las comparecencias ante los servicios de inmigración y órganos de recurso, los encaminados a definir la atención de la niña o niño y a buscar una solución duradera.

134. Deberá, además, poseer los conocimientos necesarios especializados en atención de la infancia con el fin de garantizar que se vele por el interés superior de la niña o del niño. Por otra parte, el tutor debe funcionar como un vínculo entre la niña o el niño y los organismos pertinentes con el fin de asegurar que las necesidades de la niña o niño en materia jurídica, social, educativa, sanitaria, psicológica y material sean satisfechas.

135. Cuando se trata de niñas o niños no acompañados, no podrán ejercer la función de tutor los organismos o individuos cuyos intereses puedan entrar en conflicto con los de la niña o niño. En el caso de una niña o niño separado de su familia, “normalmente se nombrará tutor al familiar adulto que lo acompañe o quien le dispense cuidados sin ser familiar directo, salvo que haya indicios de que ese arreglo no va a beneficiar al menor, por ejemplo, cuando éste haya sido maltratado por el adulto acompañante”.

136. Como corolario de lo anterior, resulta necesario que los Estados creen mecanismos que permitan evaluar el ejercicio de la tutoría, a fin de que el interés superior de la niña o del niño esté debidamente representado durante todo el proceso de adopción de decisiones y, en particular, se prevengan los malos tratos.

Derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos 8.2.h

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21

140. Esta Corte reafirma el derecho de toda persona a recurrir todas aquellas decisiones finales que se adopten en el marco de procesos migratorios, sean de carácter administrativo o judicial, especialmente aquellas que ordenen la expulsión o deportación de un país o denieguen un permiso de ingreso o permanencia. Esto es, en caso de decisión desfavorable, la persona debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad judicial competente y presentarse ante ella para tal fin. En caso de que la decisión fuera adoptada por la autoridad administrativa, la revisión por parte de un juez o tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan los derechos fundamentales.

141. La Corte destaca que este derecho adquiere una relevancia especial en aquellos casos en los que la niña o el niño considera que no ha sido debidamente escuchado o que sus opiniones no han sido tenidas en consideración. Por consiguiente, esta instancia de revisión debe permitir, entre otras cuestiones, identificar si la decisión ha tenido debidamente en consideración el principio del interés superior.

142. En complemento con lo anterior, en aras de que el derecho a recurrir ante una autoridad judicial y a la protección judicial sea eficaz, es necesario que el recurso judicial mediante el cual se impugna una decisión en materia migratoria tenga efectos suspensivos, de manera que de tratarse de una orden de deportación ésta debe ser suspendida hasta tanto no se haya proferido decisión judicial de la instancia ante la que se recurre. Sólo de esa forma se pueden proteger de manera efectiva los derechos de las niñas y niños migrantes.

Derecho al recurso y plazo razonable de duración del proceso

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21

143. Finalmente, y debido al particular grado de afectación que podría suponer este tipo procesos en una niña o niño, es particularmente importante hacer hincapié en que la duración del proceso hasta la adopción de la decisión final debe respetar un plazo razonable, lo que implica que los procesos administrativos o judiciales que conciernen a la protección de derechos humanos de niñas y niños “deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades”. Lo anterior no solo revela una necesidad de cautelar y de proteger el interés superior de la niña o del niño, sino que contribuye asimismo a mantener la situación de incertidumbre por el menor tiempo posible generando el menor impacto a la integridad física, psíquica y emocional de la niña o niño. Sin embargo, la duración debe extenderse lo suficiente como para garantizar que la niña o el niño sea adecuadamente oído. En este sentido, no se puede afectar el derecho de la niña o niño con base en justificaciones de mera celeridad del proceso.

257. La decisión que adopte la autoridad competente respecto a la solicitud, en cuanto a reconocer o no la condición de refugiado al solicitante en base a las determinaciones de hecho y de derecho, debe estar debida y expresamente fundamentada, a fin de posibilitar en su caso el ejercicio del derecho al recurso. Asimismo, dicha decisión debe ser comunicada a la niña o niño en un lenguaje y modo adecuado a la edad y en presencia de su tutor, representante legal y/o de otra persona de apoyo. En caso de reconocerse la condición de refugiado, la autoridad competente debe otorgar un documento que lo certifique.

258. Por otra parte, la Corte ya ha indicado que si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar la información sobre cómo recurrir la decisión y concedérsele un plazo razonable para ello, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada. En el caso de niñas y niños se deberá procurar, en tal eventualidad, evitar o reducir cualquier posibilidad de estrés o daño psicológico.

259. De igual forma, la Corte ha señalado que el recurso de revisión o apelación debe tener efectos suspensivos y debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso, e inclusive mientras esté pendiente el medio de impugnación.

260. A tal fin, la Corte señala que la emisión de un documento que demuestre el estatus migratorio del solicitante constituye una salvaguarda contra la expulsión arbitraria o la devolución. Este documento debe ser emitido durante la tramitación del procedimiento de asilo o de determinación de la condición de refugiado y debe permitir el acceso a servicios sin que estigmatice al solicitante.

261. En suma, para garantizar de forma efectiva el derecho comprendido en los artículos 22.7 de la Convención Americana y XXVII de la Declaración Americana, los Estados deben adecuar los procedimientos de asilo o de determinación de la condición de refugiado para brindar a las niñas y niños un acceso efectivo a los mismos que permita considerar su situación específica. La Corte considera que dicha obligación conlleva: no obstaculizar el ingreso al país; si se identifican riesgos y necesidades dar a la persona acceso a la entidad estatal encargada de otorgar el asilo o el reconocimiento de la condición de refugiado o a otros procedimientos que sean idóneos para la protección y atención específica según las

circunstancias de cada caso; tramitar de forma prioritaria las solicitudes de asilo de niñas y niños como solicitante principal; contar con personal de recepción en la entidad que pueda examinar a la niña o niño para determinar su estado de salud; realizar un registro y entrevista procurando no causar mayor trauma o re-victimización; disponer de un lugar para la estadía de la persona solicitante, si no lo tiene ya; emitir un documento de identidad para evitar la devolución; estudiar el caso con consideración de flexibilidad en cuanto a la prueba; asignarle un tutor independiente y capacitado en caso de niñas o niños no acompañados o separados; en caso de reconocerse la condición de refugiado, proceder a trámites de reunificación familiar, si fuere necesario de conformidad con el interés superior, y finalmente, buscar como solución duradera la repatriación voluntaria, el reasentamiento o la integración social, de acuerdo a la determinación del interés superior de la niña o del niño.

262. Ahora bien, es cierto que en la determinación de la condición de refugiado los Estados generalmente evalúan los casos de forma individual. Sin embargo, en situaciones de afluencia masiva de personas, en que la determinación individual de la condición de refugiado por lo general no resulta viable, pero existe una apremiante necesidad de brindar protección y asistencia, particularmente cuando se trata de niñas o niños, los Estados deben garantizar el acceso “a la protección, la no devolución y un trato humanitario mínimo”, pudiendo recurrir al reconocimiento grupal, colectivo o *prima facie*. Bajo este precepto, es necesario reconocer la figura de la responsabilidad compartida que implica, por un lado, que el Estado de acogida tiene la obligación de admitir a las personas que buscan asilo dentro del territorio sin discriminación y respetar los principios de no devolución y no rechazo en frontera, así como otorgar la protección internacional que corresponda, y por el otro, el Estado de origen debe propender a resolver y eliminar las causas del desplazamiento para poder garantizar una solución duradera y, en particular, la repatriación voluntaria.

X. PROTECCIÓN A LA FAMILIA

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

125. Por otro lado, el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Por ende, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales.

126. Particularmente cuando María Macarena Gelman se encontraba en su primera infancia, hubo una injerencia ilegal por parte del Estado en su familia de origen, la cual vulneró el derecho de protección a la misma, al imposibilitar u obstaculizar su permanencia con su núcleo familiar y establecer relaciones con él. El Estado tenía conocimiento de la existencia de María Macarena Gelman y de la situación en la que ésta se encontraba, pero hasta el año 2000 omitió toda gestión para garantizarle su derecho a la familia.

Protección a la familia de niñas, niños y adolescentes migrantes

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 2

264. El artículo 17 de la Convención Americana, así como el artículo VI de la Declaración Americana, articulan el derecho de protección a la familia, reconociendo que la familia es el elemento fundamental de la sociedad y que debe ser protegida. La Corte ya ha señalado que este derecho implica no sólo disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, toda vez que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia.

265. La Corte también ha precisado que el artículo 11.2 de la Convención Americana, el cual reconoce el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en la vida de familia -también denominada “vida familiar” en lo sucesivo- forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia. En esta línea, el Tribunal considera que para dar respuesta a la consulta planteada es necesario analizar conjuntamente los artículos 17.1 y 11.2 de la Convención, así como el artículo VI de la Declaración, pues corresponde a la Corte interpretar el alcance del referido derecho en el marco de un supuesto específico, que es en los casos de un procedimiento de expulsión o deportación de uno o ambos progenitores, como consecuencia de su condición migratoria, lo cual puede configurar una injerencia en el disfrute de la vida familiar al separar a la niña o al niño de uno o ambos progenitores. En particular, corresponde determinar los parámetros bajo los cuáles tal interferencia no resulte arbitraria ni abusiva y, por ende, la restricción a la vida familiar sea legítima.

272. Además, es pertinente recordar que la familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar la protección a la niña y al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. No obstante, la Corte recuerda que no existe un modelo único de familia. Por ello, la definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los “lazos familiares” pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos. Es por ello que el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar de la niña o del niño. Por consiguiente, en el desarrollo de la presente consulta en el marco de la situación de las personas migrantes, la Corte utilizará en un sentido amplio el término “progenitores” de la niña o del niño empleado en la consulta formulada a la Corte, comprendiendo en él a quienes efectivamente constituyen parte de la familia de la niña o del niño y, por lo tanto, son titulares de la protección a la familia acordada en los artículos 17 de la Convención y VI de la Declaración Americana. En igual sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha sostenido que “el término ‘familia’ debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local”, de conformidad con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y que las previsiones del artículo 9 relativo a

la separación de las niñas y los niños de los progenitores, es aplicable “a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha”.

273. Habiendo sentado y delimitado el objeto de la presente pregunta, es pertinente recordar que los Estados receptores tienen derecho a elaborar y ejecutar sus propias políticas migratorias, incluyendo el control del ingreso, residencia y expulsión de extranjeros. A su vez, cuando un Estado adopta una decisión que involucra alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de una niña o un niño, debe tomar en cuenta su interés superior y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia. Al respecto, la Corte ha establecido que “[c]ualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño”. Específicamente, ha entendido que la niña o “el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia”. Por ende, las separaciones legales de la niña o del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en su interés superior, son excepcionales y, en lo posible, temporales. En esta línea, la Convención sobre los Derechos del Niño prevé, como parte del régimen de protección integral, la obligación de prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar, incluyendo a modo ejemplificativo dos situaciones particulares en que la separación es necesaria en el interés superior de la niña o del niño, a saber: en los casos en que la niña o el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia de la niña o del niño.

274. Bajo las consideraciones precedentes, el derecho de la niña o del niño a la protección de la familia, y en particular al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible, siempre prevalecería excepto en aquellos casos en los cuales la separación de la niña o del niño de uno o ambos progenitores sería necesaria en función de su interés superior. No obstante, el derecho a la vida familiar de la niña o del niño *per se* no supera la facultad de los Estados de implementar sus propias políticas migratorias en consonancia con los derechos humanos, en el marco de los procedimientos relativos a una expulsión de uno o ambos progenitores. Lo cierto es que la propia Convención sobre los Derechos del Niño también contempla la posibilidad de separación familiar a raíz de la deportación de uno o ambos progenitores.

275. Por consiguiente, es posible identificar que surgen dos intereses conflictivos en los casos en que debe adoptarse una decisión respecto a la eventual expulsión de uno o ambos progenitores: (a) la facultad del Estado implicado de implementar su propia política migratoria para alcanzar fines legítimos que procuren el bienestar general y la vigencia de los derechos humanos, y (b) el derecho de la niña o del niño a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible. No obstante, las exigencias del bienestar general no debe en forma alguna ser interpretada de manera tal que habilite cualquier viso de arbitrariedad en detrimento de los derechos. A fin de sopesar los intereses en conflicto, es necesario evaluar que la medida: esté prevista en ley y cumpla con los requisitos de (a) idoneidad, (b) necesidad y (c) proporcionalidad, es decir, debe ser necesaria en una sociedad democrática.

276. En cuanto al requisito de idoneidad, la medida debe perseguir un fin legítimo, es decir, una finalidad acorde con la Convención Americana. No obstante, debido a la naturaleza de los derechos que pueden resultar afectados, no puede atender cualquier finalidad sino que debe satisfacer un interés público imperativo.

277. La medida debe ser necesaria en el sentido que, dentro del universo de medidas posibles, no exista otra que sea igualmente efectiva y que resulte menos gravosa respecto del derecho de la niña o del niño a la protección de la familia y, en particular, al mantenimiento de la unidad familiar. Para ello, evidentemente, los Estados deben contemplar medidas alternativas a la expulsión que faciliten la unidad familiar y la regularización migratoria.

278. Finalmente, la medida debe ser proporcionada en sentido estricto, por lo tanto debe ser la que restringe en menor grado el derecho protegido y se ajuste estrechamente al logro del objetivo legítimo. En efecto, para evaluar los intereses en conflicto, es preciso tener en cuenta que una expulsión puede tener efectos perjudiciales sobre la vida, bienestar y desarrollo de la niña o del niño, por lo que el interés superior debe ser una consideración primordial. De este modo, dado que en abstracto la expulsión de uno o ambos progenitores prácticamente en ninguna circunstancia redundaría en el interés superior de la niña o del niño sino que lo afectaría, se impone al correspondiente Estado la obligación de realizar una adecuada y rigurosa o estricta ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos, correspondiendo determinar, en el contexto de cada caso concreto, que la expulsión de uno o ambos progenitores, no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño.

279. A tal fin, el Estado tendrá subsiguientemente que evaluar las circunstancias particulares de las personas concernidas, entre las cuales destaca: (a) la historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; (b) la consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende expulsar; (c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño, así como el tiempo que ha permanecido en esta unidad familiar, y (d) el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo de la niña o del niño, de forma tal de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o del niño en relación con el interés público imperativo que se busca proteger.

280. En aquellos supuestos en que la niña o el niño tiene derecho a la nacionalidad – originaria, por naturalización o por cualquier otra causa establecida en la legislación interna– del país del cual uno o ambos progenitores pueden ser expulsados a raíz de una situación migratoria irregular, o bien cumple con las condiciones legales para residir permanentemente allí, resulta axiomático que la niña o el niño conserva el derecho a seguir disfrutando de su vida familiar en el referido país y, como componente de ello, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos. La Corte encuentra, en aplicación de los criterios sentados, que la ruptura de la unidad familiar a través de la expulsión de uno o ambos progenitores por infracciones migratorias relacionadas con el ingreso o permanencia resulta desproporcionada en estos supuestos, pues el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la vida familiar que puede traer aparejado repercusiones en la vida y el desarrollo de la niña o del niño aparece como irrazonable o desmedido frente a las ventajas que se obtienen al forzar al progenitor a abandonar el territorio por causa de una infracción de carácter administrativo.

281. En definitiva, la Corte es de la opinión que cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe, al emplear el análisis de ponderación, contemplar las circunstancias particulares del caso concreto y garantizar, del mismo modo, una decisión individual, de acuerdo a los parámetros desarrollados en los párrafos precedentes, evaluando y determinando el interés superior de la niña o del niño.

282. En esta línea, la Corte estima esencial que, al realizar tal evaluación, los Estados aseguren el derecho de las niñas y niños de tener la oportunidad de ser oídos en función de su edad y madurez y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta en aquellos procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la expulsión de sus progenitores. En el caso en que la niña o el niño es nacional del país receptor, pero uno o ninguno de sus padres lo es, escuchar a la niña o al niño es necesario para entender el impacto que una medida de expulsión del progenitor podría generar sobre la misma o el mismo. A su vez, otorgarle a la niña o al niño el derecho a ser oído es fundamental para determinar si hay una alternativa más apropiada a su interés superior.

XI. DERECHO AL NOMBRE

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

127. En cuanto al derecho al nombre, reconocido en el artículo 18 de la Convención y también en diversos instrumentos internacionales, la Corte ha establecido que constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado. Además, el nombre y el apellido son “esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia”. Este derecho implica, por ende, que los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción ni interferencia en la decisión de escoger el nombre y, una vez registrada la persona, que sea posible preservar y restablecer su nombre y su apellido. En el contexto de este caso, María Macarena Gelman vivió con otro nombre e identidad durante más de 23 años. Su cambio de nombre, como medio para suprimir su identidad y ocultar la desaparición forzada de su madre, se mantuvo hasta el año 2005, cuando las autoridades uruguayas le reconocieron su filiación y aceptaron el cambio de nombre.

XII. DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Consideraciones generales

En materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, la Corte IDH ha tratado de forma pormenorizada los alcances del artículo 19 de la CADH. Esta norma constituye una obligación estatal que se suma a las generales de respeto y garantía sin discriminación en aquellos casos en que la persona titular de derechos es menor de 18 años. A partir de este análisis general la Corte IDH ha tratado, además, el tema de los sujetos de protección (definición del sujeto protegido, desarrollo progresivo y situación de vulnerabilidad); el *corpus iuris* internacional sobre la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes; los alcances del interés superior de éstos aplicado al sistema de derecho convencional interamericano y, finalmente, ha esbozado algunas referencias particulares sobre la prohibición de discriminación.

Contenido y alcance. Sujeto de protección

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21

56. Aunado a lo anterior, es preciso considerar que la presente Opinión Consultiva tiene como foco de atención los derechos y garantías de las niñas y los niños en las diferentes etapas del proceso migratorio. La Corte estableció en su Opinión Consultiva OC-17/02 que, por niña o niño, debe entenderse “a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad por mandato de ley”. Las niñas y los niños son titulares de los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos y gozan, además, de derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.

57. [...] la Corte ha recalcado reiteradamente la existencia de un “muy comprensivo *corpus iuris* de derecho internacional de protección de los derechos de los niños”, que debe ser utilizado como fuente de derecho por el Tribunal para establecer “el contenido y los alcances” de las obligaciones que han asumido los Estados a través del artículo 19 de la Convención Americana respecto a las niñas y niños, en particular al precisar las “medidas de protección” a las que se hace referencia en el mencionado precepto. Específicamente, la Corte ya ha resaltado que la Convención sobre los Derechos del Niño es el tratado internacional que posee mayor vocación de universalidad, lo cual “pone de manifiesto un amplio consenso internacional (*opinio iuris communis*) favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento, que refleja el desarrollo actual de esta materia”, habiendo sido ratificada además por casi todos los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. En el marco de la presente Opinión Consultiva, la Corte desea subrayar que, aunque no corresponde que emita una interpretación directa de la Convención sobre los Derechos del Niño pues sus disposiciones no han sido objeto de la consulta, indudablemente los principios y derechos allí reconocidos contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de la Convención Americana, cuando el titular de derechos es una niña o un niño. A este respecto, el propio Comité de los Derechos del Niño ha aclarado que “el disfrute de los derechos estipulados en la Convención [sobre los Derechos del Niño] no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado Parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicables a todos los menores -sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes- con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación en términos de inmigración”.

58. En virtud de la materia sometida a consulta, que concierne centralmente a niñas y niños que se encuentran fuera de su país de origen, bajo la jurisdicción de un Estado del cual no son nacional o, en su caso, que no corresponde a su residencia habitual, es que la Corte tendrá en consideración, como fuentes de derecho internacional adicionales, otras convenciones relevantes en que sean parte los Estados americanos a fin de efectuar una interpretación armónica de las obligaciones internacionales en los términos de la disposición citada. En particular, la Corte considerará los tratados aplicables y la jurisprudencia y decisiones al respecto, así como las resoluciones, pronunciamientos y declaraciones referentes al tema adoptados a nivel internacional.

59. Por consiguiente, al tratarse de un tema en el cual convergen los derechos de niñas y niños con los derechos de las personas en el contexto de las diversas situaciones que rodean la migración, en la presente Opinión Consultiva este Tribunal interpretará y dará contenido a los derechos reconocidos en la Convención, de acuerdo con la evolución del

corpus iuris internacional existente en relación con los derechos humanos de las niñas y los niños, así como de las personas migrantes y lo relativo a la protección internacional debida por los Estados, en específico el derecho internacional de refugiados, tomando en cuenta que la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de estos grupos en situación de vulnerabilidad.

60. En suma, al dar respuesta a la presente consulta, la Corte actúa en su condición de tribunal de derechos humanos, guiada por las normas que gobiernan su competencia consultiva y procede al análisis estrictamente jurídico de las cuestiones planteadas ante ella, conforme al derecho internacional de los derechos humanos teniendo en cuenta las fuentes de derecho internacional relevantes. Al respecto, corresponde precisar que el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos se compone de una serie de reglas expresamente establecidas en tratados internacionales o recogidas en el derecho internacional consuetudinario como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, así como de los principios generales de derecho y de un conjunto de normas de carácter general o de *soft law*, que sirven como guía de interpretación de las primeras, pues dotan de mayor precisión a los contenidos mínimos fijados convencionalmente. Asimismo, la Corte se basará en su propia jurisprudencia ya sentada, tanto en materia de niñez como de derechos de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiados.

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

129. [...] En el caso de los niños y niñas, si bien son sujetos titulares de derechos humanos, aquéllos ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. En consecuencia, la separación de un niño de sus familiares implica, necesariamente, un menoscabo en el ejercicio de su libertad.

Principios rectores

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21

66. La tercera disposición que, en términos generales, inspira a esta Opinión Consultiva es el artículo 19 de la Convención, que al igual que el artículo VII de la Declaración, se refiere a la obligación de adoptar medidas de protección a favor de toda niña o niño en virtud de su condición de tal, la cual irradia sus efectos en la interpretación de todos los demás derechos cuando el caso se refiera a menores de edad. El Tribunal entiende que la debida protección de los derechos de las niñas y niños, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. Sobre el particular, es procedente por de pronto resaltar que dichas normas son de las pocas que se contemplan sobre la base o en consideración de la condición particular o peculiar del beneficiario. En este sentido, las niñas y niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. Por tal motivo, entonces, dispone que las pertinentes medidas de protección a favor de las niñas o niños sean especiales o más específicas que las que se decretan para el resto de

las personas, es decir, los adultos. Téngase presente a este respecto, que la Corte ha señalado que las niñas y niños gozan de los mismos derechos que los adultos y, además, poseen derechos adicionales y que, por tanto, el artículo 19 “debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial”. En tal orden de ideas, la Convención y la Declaración consagran un trato preferente a las niñas o niños en razón precisamente de su peculiar vulnerabilidad y, de esa forma, procuran proporcionarles el instrumento adecuado para que se logre la efectiva igualdad ante la ley de que gozan los adultos por su condición de tales.

67. Pero, además, la indicada norma es también prácticamente la única que, en la Convención, consagra una obligación no solo para el Estado, sino también para la sociedad y la familia. Obviamente, es en cuanto a estas últimas que el Estado tiene el deber de hacer que ellas adopten las medidas de protección que toda niña y niño requiera de su parte. En este sentido, el derecho de las niñas o niños a que se adopten las citadas medidas de protección es contemplado en términos más amplios que los otros derechos reconocidos en la Convención, puesto que en este caso no se trata únicamente que el Estado, adoptando las medidas pertinentes, respete un derecho humano o que lo haga respetar en su territorio y por todas las personas sujetas a su jurisdicción, sino que también las correspondientes familia y sociedad, por su parte, las adopten. Así, las medidas de protección que la niña o el niño requiera por su condición de tal y sean adoptadas por el Estado, pueden ser, por sí solas, insuficientes y deban, en consecuencia, ser complementarias a las que deban adoptar la sociedad y la familia. En esa perspectiva, el estatuto de la niña o del niño no se limita al ámbito de su relación con el Estado sino que se extiende a la que tenga o deba tener con su familia y la sociedad toda, relaciones estas últimas que el Estado debe, por su parte, posibilitar y garantizar y, en el caso de la niña o niño migrante, asegurarse de que los adultos no lo utilicen para sus propios fines migratorios y que, si ello, pese a todo, aconteciere, en definitiva no resulte perjudicado.

68. Por todo lo expuesto, la Corte es de la opinión que, al diseñar, adoptar e implementar sus políticas migratorias relativas a personas menores de 18 años de edad, los Estados deben priorizar el enfoque de los derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de niñas y niños y, en particular, su protección y desarrollo integral, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos, en los términos de los artículos 1.1, 2 y 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración Americana.

69. Cuando se trata de la protección de los derechos de niñas y niños y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, los siguientes cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral: el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña o del niño, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación. Al interpretar las disposiciones traídas a consulta, la Corte también dará aplicación concreta a estos principios rectores en lo que resulte pertinente para responder cada pregunta e identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas y niños.

70. Por de pronto, es necesario recordar que el principio de interés superior implica, como criterio rector, tanto su consideración primordial en el diseño de las políticas públicas y en la elaboración de normativa concerniente a la infancia, como su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de la niña o del niño. En el contexto de la migración, cualquier

política migratoria respetuosa de los derechos humanos, así como toda decisión administrativa o judicial relativa tanto a la entrada, permanencia o expulsión de una niña o de un niño, como a la detención, expulsión o deportación de sus progenitores asociada a su propia situación migratoria, debe evaluar, determinar, considerar y proteger de forma primordial el interés superior de la niña o del niño afectado. En estrecha conexión con lo anterior, destaca la obligación de respetar plenamente el derecho de la niña o del niño a ser oído sobre todos los aspectos relativos a los procedimientos de migración y asilo y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta.

71. Ahora bien, la Corte considera que es preciso evaluar no sólo el requerimiento de medidas especiales en los términos expuestos anteriormente, sino también ponderar factores personales, como por ejemplo el hecho de pertenecer a un grupo étnico minoritario, ser una persona con discapacidad o vivir con el VIH/SIDA, así como las características particulares de la situación en la que se halla la niña o el niño, tales como ser víctima de trata, encontrarse separado o no acompañado, para determinar la necesidad de medidas positivas adicionales y específicas. Por consiguiente, en aplicación del principio del efecto útil y de las necesidades de protección en casos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad, la Corte también pondrá especial énfasis en aquellas condiciones y circunstancias en que las niñas y los niños en el contexto de la migración pueden encontrarse en una situación de vulnerabilidad adicional que conlleve un riesgo agravado de vulneración de sus derechos, a fin de que los Estados adopten medidas para prevenir y revertir este tipo de situaciones en forma prioritaria, así como para asegurar que todas las niñas y los niños, sin excepciones, puedan gozar y ejercer plenamente sus derechos en condiciones de igualdad.

Niñas, niños y adolescentes en contexto de migración y/ o en necesidad de protección internacional

79. Adicionalmente, la Corte nota que los desarrollos producidos en el derecho de refugiados en las últimas décadas han generado prácticas estatales, consistentes en otorgar protección internacional como refugiados a las personas que huyen de su país de origen debido a la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. Atendiendo al desarrollo progresivo del derecho internacional, la Corte considera que las obligaciones derivadas del derecho a buscar y recibir asilo resultan operativas respecto de aquellas personas que reúnan los componentes de la definición ampliada de la Declaración de Cartagena, la cual responde no sólo a las dinámicas de desplazamiento forzado que la originaron, sino que también satisface los desafíos de protección que derivan de otros patrones de desplazamiento que suceden en la actualidad. Este criterio refleja una tendencia a consolidar en la región una definición más incluyente que debe ser tomada en cuenta por los Estados a fin de otorgar la protección como refugiado a personas cuya necesidad de protección internacional es evidente.

80. Ahora bien, es necesario reconocer que los elementos de la definición de refugiado fueron tradicionalmente interpretados a partir de las experiencias de personas adultas o mayores de 18 años. Por ende, dado que las niñas y los niños son titulares del derecho a solicitar y recibir asilo y pueden, consecuentemente, presentar solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiados en calidad propia, se encuentren acompañados o no, debe darse a los elementos de la definición una interpretación que tenga en cuenta las formas particulares en que puede manifestarse la persecución de niñas y niños, tales como el reclutamiento, la trata y la mutilación genital femenina, así como el modo en que éstos pueden experimentar estas situaciones. En este sentido, el

Comité de los Derechos del Niño ha resaltado la necesidad de que la definición de refugiado se interprete también a la luz de la edad y del género. Por otra parte, junto con las referidas causas tradicionales de refugio, resulta pertinente alertar sobre los nuevos factores que llevan a las personas y, en particular a las niñas y niños, a desplazarse forzosamente de sus países de origen, entre los cuales destaca el crimen organizado transnacional y la violencia asociada a la actuación de grupos no estatales.

98. En caso de identificarse necesidad de protección internacional, al constatare los elementos de inclusión para la determinación de la condición de refugiado, es obligación del Estado explicar en un lenguaje comprensible a la niña o niño su derecho a solicitar y recibir asilo conforme el artículo 22.7 de la Convención Americana y XXVII de la Declaración Americana y referirlo a la entidad encargada del mismo, sea una entidad estatal o un organismo internacional como el ACNUR. Al respecto, la Corte ha interpretado previamente que el derecho de buscar y recibir asilo, leído en conjunto con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, garantiza el acceso efectivo a un procedimiento justo y eficiente para determinar la condición de refugiado, de modo tal que la persona solicitante del estatuto de refugiado sea oída por el Estado al que se solicita, con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo [...].

99. La Corte reconoce que también pueden existir casos de afluencia masiva. En este supuesto, los Estados podrán proceder a realizar una evaluación inicial con base en el relato de una de las personas del grupo y, en caso de determinar que del mismo surgen factores que reflejan necesidad de protección internacional, otorgar la misma con base en el reconocimiento grupal, colectivo o *prima facie* [...].

100. Los Estados también se encuentran en la obligación de realizar una identificación temprana de niñas y niños que huyen por temor al reclutamiento forzoso, ya sea por las partes en un conflicto armado o por estructuras del crimen organizado, para así poder esclarecer si su caso amerita la solicitud de asilo o requiere de protección complementaria.

101. Ahora bien, la Corte reconoce que no todos los casos de niñas y niños migrantes llegan al nivel de requerir protección internacional en los términos de los párrafos anteriores. Sin embargo, pueden presentarse situaciones de afectación de derechos de niñas y niños, que se encuentran protegidos internacionalmente, las cuales provocan el desplazamiento del país de origen. Es por ello que se hace necesario recabar información sobre factores personales, tales como la historia personal y su condición de salud, física y psicológica, así como el entorno ambiental en que se desarrolló la migración, para determinar la situación concreta de riesgo de vulneración de derechos en su país de origen, de tránsito o en el receptor que amerite una protección complementaria o evidencie otras necesidades de protección o asistencia humanitaria, como las que provienen de la tortura, la violencia, la trata o experiencias traumáticas.

102. Al evaluar las necesidades de protección internacional es necesario recordar que, “si bien tanto las niñas como los niños hacen frente a muchos de los mismos riesgos que requieren protección, también pueden verse expuestos a problemas de protección propios de su género”, por lo que la información debe ser recabada y analizada tomando en cuenta la perspectiva de género. En este sentido, es necesario identificar los riesgos específicos de sufrir violaciones a sus derechos enfrentados por las niñas a raíz de su género, su posición cultural y socioeconómica y su condición jurídica.

Niñas, niños y adolescentes víctimas de trata

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21

91. En particular, las niñas o niños no acompañados o separados de su familia que se encuentran fuera de su país de origen son particularmente vulnerables a la trata infantil, a la explotación y los malos tratos. La Corte reconoce que las niñas pueden ser aún más vulnerables a ser víctimas de trata, en especial para la explotación sexual y laboral. Por esta razón, resulta esencial que los Estados adopten todas aquellas medidas necesarias para prevenir y combatir la trata de personas, entre las que destacan todas aquellas medidas de investigación, protección para las víctimas y campañas de información y difusión.

92. Específicamente, los Estados tienen la obligación de adoptar determinadas medidas de control de frontera con el objeto de prevenir, detectar y perseguir cualquier tipo de trata de seres humanos. Para ello, deben disponer de funcionarios especializados encargados de identificar a todas aquellas víctimas de la trata de seres humanos, prestando especial atención a las que sean mujeres, niñas o niños. A tal fin, resulta esencial que se tome la declaración de la víctima con el objeto de establecer su identidad y de determinar las causas que le obligaron a salir de su país de origen, tomando en cuenta que las víctimas o víctimas potenciales de trata de personas pueden ser refugiadas en caso de reunir los elementos para ello. Para asegurar un trato adecuado a las víctimas o víctimas potenciales de trata infantil, los Estados deben otorgar las debidas capacitaciones a los funcionarios que actúan en frontera, sobre todo en materia de trata infantil, con el objeto de poder brindar a la niña o al niño un asesoramiento eficaz y una asistencia integral.

106. En cuanto a las niñas y niños víctimas o víctimas potenciales de trata, quienes se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad, los Estados tiene el deber de protegerles contra un nuevo riesgo de victimización y prestarles asistencia jurídica y médica, intentando, en la medida de lo posible, proteger la privacidad e identidad de la víctima. Asimismo, los Estados, en la medida de lo posible, deben considerar la posibilidad de cumplir con los anteriores propósitos a través del suministro de: a) un alojamiento adecuado; b) asesoramiento e información, en particular con respecto a sus derechos jurídicos, en un idioma que las víctimas de la trata de personas puedan comprender; c) asistencia médica, psicológica y material; y d) oportunidades de educación y/o capacitación. Adicionalmente, debido a la especial situación de vulnerabilidad de las víctimas de este delito, los Estados deben cuando proceda facilitar la obtención de un permiso para permanecer en su territorio, sobre todo en aquellos casos en los que su interés superior así lo aconseja o a los efectos de continuar con la investigación penal del perpetrador del delito.

Derecho a la identidad

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

118. Los hechos del caso revelan que la integridad personal de María Macarena Gelman García pudo verse afectada por las circunstancias de su nacimiento y de sus primeras semanas de vida. No obstante, resulta evidente que la vulneración del derecho a la

integridad psíquica ocurrió a partir del momento en que descubrió su verdadera identidad, lo que quiere decir que la violación de su integridad psíquica y moral es una consecuencia tanto de la desaparición forzada de su madre y de haberse enterado de las circunstancias de la muerte de su padre biológico, como de la violación de su derecho a conocer la verdad sobre su propia identidad, de la falta de investigaciones efectivas para el esclarecimiento de los hechos y del paradero de María Claudia García y, en general, de la impunidad en la que permanece el caso, lo cual le ha generado sentimientos de frustración, impotencia y angustia.

120. Lo anterior revela que la sustracción de niños y/o niñas efectuada por agentes estatales para ser entregados ilegítimamente en crianza a otra familia, modificando su identidad y sin informar a su familia biológica sobre su paradero, tal como ocurrió en el presente caso, constituye un hecho complejo que implica una sucesión de acciones ilegales y violaciones de derechos para encubrirlo e impedir el restablecimiento del vínculo entre los menores de edad sustraídos y sus familiares.

121. En su condición de ese entonces, como niña, María Macarena Gelman tenía derecho a medidas especiales de protección que, bajo el artículo 19 de la Convención, correspondían a su familia, la sociedad y el Estado. A su vez, las alegadas violaciones a los derechos reconocidos en los artículos 3, 17, 18 y 20 de la Convención deben interpretarse a la luz del *corpus juris* de los derechos de la niñez y, en particular según las circunstancias especiales del caso, armónicamente con las demás normas que les atañen, en especial con los artículos 7, 8, 9, 11, 16, y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

122. Así, la referida situación afectó lo que se ha denominado el derecho a la identidad, que si bien no se encuentra expresamente contemplado en la Convención, en las circunstancias del presente caso es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. Asimismo, el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso.

123. Al respecto, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante la “OEA”) señaló “que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana”. Asimismo estableció que “la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”. En ese mismo sentido, el Comité Jurídico Interamericano expresó que el “derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana” y que, en consecuencia, “es un derecho humano fundamental oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la [c]omunidad [i]nternacional en su conjunto[,] que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana”.

124. En cuanto a la sustracción y apropiación ilícita de niños y niñas, jurisprudencia argentina ha considerado que ello afectaba el derecho a la identidad de las víctimas, toda vez que se había alterado el estado civil de los niños y se habían atribuido datos filiatorios que impidieron conocer la verdadera identidad de los mismos, quedando eliminado

cualquier indicio relativo a su verdadero origen y evitando el contacto con la verdadera familia. En ese mismo sentido, la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín afirmó, en relación con la identidad de los niños sustraídos en Argentina y citando un voto minoritario de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, que "[e]l reconocimiento social del derecho prevaleciente de la familia a educar a los niños que biológicamente traen a la vida, se cimenta además en un dato que cuenta con muy fuerte base científica, que es la herencia genética de las experiencias culturales acumuladas por las generaciones precedentes", añadiendo que "la personalidad no se forma, entonces, en un proceso sólo determinado mediante la transmisión de actitudes y valores por los padres y otros integrantes del grupo familiar, sino también por las disposiciones hereditarias del sujeto, ante lo cual la vía normal de formación de la identidad resulta ser la familia biológica", concluyendo que el "derecho del niño es, ante todo, el derecho a adquirir y desarrollar una identidad, y, consecuentemente, a su aceptación e integración por el núcleo familiar en el que nace".

Identidad cultural de niñas, niños y adolescentes migrantes

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21

168. En lo que se refiere a niñas y niños pertenecientes a comunidades indígenas, la Corte ha señalado que "para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma". Por ende, cuando se han desplazado voluntaria o forzosamente fuera de su territorio y comunidad, las medidas de protección deben ser adoptadas e implementadas teniendo en consideración su contexto cultural.

XIII. DERECHO A LA NACIONALIDAD

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

128. Por otra parte, el derecho a la nacionalidad, consagrado en el artículo 20 de la Convención, en tanto vínculo jurídico entre una persona y un Estado, es un prerequisite para que puedan ejercerse determinados derechos y es también un derecho de carácter inderogable reconocido en la Convención Americana. En consecuencia, el derecho a la nacionalidad conlleva el deber del Estado con el que se establece tal vinculación, tanto de dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, como de protegerlo contra la privación en forma arbitraria de su nacionalidad y, por tanto, de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en ésta. Igualmente, importa, cuando se trate de niños y niñas, tener en cuenta la protección específica que les corresponde, por ejemplo, que no se les prive arbitrariamente del medio familiar y que no sean retenidos y trasladados ilícitamente a otro Estado. En el presente caso, el traslado ilícito a otro Estado de la madre de María Macarena Gelman en estado de embarazo, con el referido propósito [...], frustraron el nacimiento de la niña en el país de origen de su familia biológica donde normalmente hubiese nacido, lo que tuvo como

consecuencia que, mediante su supresión de identidad, adquiriera la nacionalidad uruguaya por una situación arbitraria, en violación del derecho reconocido en el artículo 20.3 de la Convención.

XIV. DERECHO DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA

La Corte IDH ha desarrollado de manera específica los alcances del derecho de circulación y residencia respecto de las personas migrantes. Específicamente, en cuanto a las disposiciones 22.8 y 22.9 de la CADH, la Corte IDH ha indicado las garantías que deben cumplirse en los procesos de expulsión, a la luz de diversos tratados y resoluciones de organismos internacionales, y que la prohibición del artículo 22.8 de expulsión o devolución de extranjeros, en cuyo país estaría en peligro su vida o libertad, no es solo un derecho reconocido a los asilados o refugiados, sino que a los extranjeros en general.

Movilidad humana y protección internacional

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21

34. Al año 2013, existían a nivel mundial 231.522.215 personas migrantes, de las cuales 61.617.229 correspondían a las Américas. A su vez, del total de personas migrantes en nuestro continente, 6.817.466 eran menores de 19 años. Según datos de finales de 2013, en el continente americano había alrededor de 806.000 personas refugiadas y personas en situación similar a la de los refugiados. En ese año, se presentaron más de 25.300 solicitudes de asilo individuales de niñas y niños no acompañados o separados en 77 países alrededor del mundo.

35. Las niñas y los niños se movilizan internacionalmente por muy variadas razones: en busca de oportunidades, ya sea por consideraciones económicas o educacionales; con fines de reunificación familiar, a fin de reagruparse con familiares que ya migraron; por cambios repentinos o progresivos del medio ambiente que afectan adversamente su vida o sus condiciones de vida; por afectaciones derivadas del crimen organizado, desastres naturales, abuso familiar o extrema pobreza; para ser transportados en el contexto de una situación de explotación, incluida la trata infantil; para huir de su país, ya sea por temor fundado a ser perseguidos por determinados motivos o porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. Si bien las niñas y los niños generalmente se trasladan junto a sus padres, miembros de la familia ampliada u otros adultos, en la actualidad un número creciente y significativo migra en forma independiente y sin compañía.

36. La migración internacional es un fenómeno complejo que puede involucrar a dos o más Estados, entre países de origen, de tránsito y de destino, tanto de migrantes como de solicitantes de asilo y refugiados. En este contexto y, en particular, de los flujos migratorios mixtos que implican movimientos poblacionales de carácter diverso, las causas y características del traslado que emprenden niñas y niños por aire, mar o tierra hacia países distintos a los de su nacionalidad o residencia habitual pueden abarcar tanto

personas que requieren de una protección internacional, como otras que se movilizan en busca de mejores oportunidades por motivos de índole diversa, los cuales pueden alterarse en el propio transcurso del proceso migratorio. Esto hace que las necesidades y requerimientos de protección puedan variar ampliamente.

37. Por protección internacional se entiende aquella que ofrece un Estado a una persona extranjera debido a que sus derechos humanos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o residencia habitual, y en el cual no pudo obtener la protección debida por no ser accesible, disponible y/o efectiva. Si bien la protección internacional del Estado de acogida se encuentra ligada inicialmente a la condición o estatuto de refugiado, las diversas fuentes del derecho internacional -y en particular del derecho de los refugiados, del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario-, revelan que esta noción abarca también otro tipo de marcos normativos de protección. De este modo, la expresión protección internacional comprende: (a) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en los convenios internacionales o las legislaciones internas; (b) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en la definición ampliada de la Declaración de Cartagena; (c) la protección recibida por cualquier extranjero con base en las obligaciones internacionales de derechos humanos y, en particular, el principio de no devolución y la denominada protección complementaria u otras formas de protección humanitaria, y (d) la protección recibida por las personas apátridas de conformidad con los instrumentos internacionales sobre la materia.

38. Sólo es posible asegurar la protección internacional, de conformidad con los compromisos internacionales derivados del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del derecho de los refugiados, admitiendo a un potencial solicitante de asilo en un país seguro, garantizando el derecho a buscar y recibir asilo y el respeto del principio de no devolución, entre otros derechos, hasta lograr una solución duradera.

39. Bajo este panorama, este Tribunal ha insistido en su jurisprudencia consultiva y contenciosa en el hecho de que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. En efecto, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes. Esto no significa que no se pueda iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, sino que al adoptar las medidas que correspondan, los Estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. Además, los Estados deben respetar las obligaciones internacionales conexas resultantes de los instrumentos internacionales del derecho humanitario y del derecho de los refugiados.

40. En esta línea, los Estados se han comprometido a “[p]romover el fortalecimiento de los derechos humanos como un componente central de las políticas y prácticas migratorias de los países de origen, de tránsito y de destino, asegurando la protección de los derechos humanos de los migrantes en el marco del ordenamiento jurídico de cada Estado, independientemente de su condición migratoria, y cualquiera que sea su nacionalidad, origen étnico, género o edad”. Asimismo, han reiterado su compromiso con las personas que tienen el derecho a la protección internacional de los refugiados en América Latina.

41. Lo anterior comporta la necesidad imperiosa de adoptar un enfoque de derechos humanos con relación a las políticas migratorias y respecto a las necesidades de protección internacional, asumiendo la interrelación y convergencia entre estas diferentes ramas del derecho internacional. Pero, más aún, por tratarse de niñas y niños debe prevalecer un enfoque encaminado a la protección y garantía de sus derechos en forma integral.

42. Bajo esta óptica, la Corte considera pertinente, primeramente, establecer la metodología de la interpretación que utilizará para responder a la consulta planteada, así como desarrollar las obligaciones generales y los principios rectores que se aplican de forma transversal a todas y cada una de las cuestiones que serán abordadas. En este sentido, la Corte advierte que las diversas preguntas presentadas en la consulta sometida por los Estados solicitantes abarcan una serie de etapas del proceso migratorio, iniciando con la movilización transfronteriza de la niña o del niño y su contacto inicial con las autoridades del Estado receptor hasta la consecución de una solución duradera.

Derecho a buscar y recibir asilo, y condición de refugiado

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie C No. 21

73. La Corte ha reconocido previamente que, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 22.7 como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XXVII, han cristalizado el derecho subjetivo de todas las personas, incluidas las niñas y los niños, a buscar y recibir asilo superando el entendimiento histórico de esta institución como una “mera prerrogativa estatal” bajo las diversas convenciones interamericanas sobre asilo.

74. En esta línea, es pertinente recordar que el propio texto de los artículos 22.7 de la Convención y XXVII de la Declaración prescribe dos criterios para la determinación de las personas titulares del derecho, por un lado, “la legislación de cada país”, esto es, del país en el que se procura el asilo; y por el otro, “los convenios internacionales”. Es decir, es a través de los convenios internacionales o de la legislación interna que se regula los supuestos en los cuales la persona puede ejercer el derecho a buscar y recibir asilo y acceder a la protección internacional. Es, entonces que debe tenerse presente que, si bien la noción de asilo se encontraba inicialmente anclada en la llamada tradición latinoamericana del asilo, que comprendía el asilo diplomático y territorial así como la no extradición por motivos o delitos políticos, lo cierto es que a partir de la adopción de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (en adelante “Convención de 1951”) y su Protocolo de 1967, la institución del asilo asumió una específica forma y modalidad a nivel universal: la del estatuto del refugiado.

75. Conforme la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, los elementos de inclusión para el reconocimiento de la condición de refugiado son: a) estar fuera del país de origen, esto es el país de nacionalidad o, en caso de las personas apátridas, de residencia habitual; b) tener un temor fundado; c) de persecución o amenaza de la misma; d) que el motivo de ésta haya sido la raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, y e) que no se pueda o, a causa de temores, no se quiera acoger a la protección interna del país de origen. La definición de refugiado es integral, lo cual significa que se debe cumplir con todos y cada uno de los elementos mencionados para obtener el reconocimiento.

76. Además, con la adopción hace 30 años, esto es en 1984, de la Declaración de Cartagena, la cual, si bien no es un acuerdo entre Estados, ha sido respaldada por la OEA desde 1985 al recomendar a sus Estados Miembros que apliquen su contenido en el tratamiento de los refugiados que se encuentren en su territorio, se ha ampliado la definición de refugiado en los siguientes términos: Tercera. Reiterar que, en vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, se hace necesario encarar la extensión del concepto de refugiado, teniendo en cuenta, en lo pertinente, y dentro de las características de la situación existente en la región, el precedente de la Convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

77. En concordancia, diversos Estados Miembros de la OEA han incorporado en su normativa interna lo prescrito en los instrumentos internacionales en materia de refugiados, inclusive con sustento en lineamientos establecidos por ACNUR, y adoptado la definición ampliada de refugiado para abarcar, además de los elementos de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967, “a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”.

78. En suma, a través de una interpretación armónica de la normativa interna e internacional que informa de forma convergente y complementaria el contenido del derecho previsto en los artículos 22.7 de la Convención y XXVII de la Declaración y tomando en cuenta las pautas específicas de interpretación contenidas en el artículo 29 de la Convención Americana [...], la Corte es de la opinión que el derecho a buscar y recibir asilo en el marco del sistema interamericano se encuentra configurado como un derecho humano individual a buscar y recibir protección internacional en territorio extranjero, incluyendo con esta expresión el estatuto de refugiado según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas o las correspondientes leyes nacionales, y el asilo conforme a las diversas convenciones interamericanas sobre la materia.

79. Adicionalmente, la Corte nota que los desarrollos producidos en el derecho de refugiados en las últimas décadas han generado prácticas estatales, consistentes en otorgar protección internacional como refugiados a las personas que huyen de su país de origen debido a la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. Atendiendo al desarrollo progresivo del derecho internacional, la Corte considera que las obligaciones derivadas del derecho a buscar y recibir asilo resultan operativas respecto de aquellas personas que reúnan los componentes de la definición ampliada de la Declaración de Cartagena, la cual responde no sólo a las dinámicas de desplazamiento forzado que la originaron, sino que también satisface los desafíos de protección que derivan de otros patrones de desplazamiento que suceden en la actualidad. Este criterio refleja una tendencia a consolidar en la región una definición más incluyente que debe ser tomada en cuenta por los Estados a fin de otorgar la protección como refugiado a personas cuya necesidad de protección internacional es evidente.

80. Ahora bien, es necesario reconocer que los elementos de la definición de refugiado fueron tradicionalmente interpretados a partir de las experiencias de personas adultas o mayores de 18 años. Por ende, dado que las niñas y los niños son titulares del derecho a solicitar y recibir asilo y pueden, consecuentemente, presentar solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiados en calidad propia, se encuentren acompañados o no, debe darse a los elementos de la definición una interpretación que tenga en cuenta las formas particulares en que puede manifestarse la persecución de niñas y niños, tales como el reclutamiento, la trata y la mutilación genital femenina, así como el modo en que éstos pueden experimentar estas situaciones. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha resaltado la necesidad de que la definición de refugiado se interprete también a la luz de la edad y del género. Por otra parte, junto con las referidas causas tradicionales de refugio, resulta pertinente alertar sobre los nuevos factores que llevan a las personas y, en particular a las niñas y niños, a desplazarse forzosamente de sus países de origen, entre los cuales destaca el crimen organizado transnacional y la violencia asociada a la actuación de grupos no estatales.

81. Este derecho a buscar y recibir asilo comporta, en los términos de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, determinados deberes específicos por parte del Estado receptor, los cuales incluyen: (i) permitir que la niña o el niño pueda peticionar el asilo o el estatuto de refugiado, razón por la cual no pueden ser rechazados en la frontera sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo; (ii) no devolver a la niña o al niño a un país en el cual puede sufrir riesgo de ser afectada su vida, libertad, seguridad o integridad, o a un tercer país desde el cual pueda ulteriormente ser devuelto al Estado donde sufre dicho riesgo; y (iii) otorgar la protección internacional cuando la niña o el niño califique para ello y beneficiar con ese reconocimiento a otros miembros de la familia, en atención al principio de unidad familiar. Todo lo anterior conlleva, tal como ha resaltado previamente este Tribunal, el correspondiente derecho de los solicitantes de asilo a que se asegure una correcta evaluación por las autoridades nacionales de las solicitudes y del riesgo que pueda sufrir en caso de devolución al país de origen.

Procedimiento de evaluación inicial de niñas, niños y adolescentes migrantes

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie C No. 21

82. Por consiguiente, a raíz del abanico de situaciones que pueden llevar a que una niña o un niño se desplace de su país de origen [...], resulta relevante diferenciar entre aquellos que migran en búsqueda de oportunidades para mejorar su nivel de vida, de quienes requieren de algún tipo de protección internacional, incluyendo pero no limitada a la protección de refugiados y solicitantes de asilo [...]. Es por ello que, para cumplir con los compromisos internacionales, los Estados se encuentran obligados a identificar a las niñas y niños extranjeros que requieren de protección internacional dentro de sus jurisdicciones, ya sea como refugiado o de algún otro tipo, a través de una evaluación inicial con garantías de seguridad y privacidad, con el fin de proporcionarles el tratamiento adecuado e individualizado que sea necesario mediante la adopción de medidas de protección especial. La Corte considera que el establecimiento de procedimientos de identificación de necesidades de protección es una obligación positiva de los Estados y el no instituirlos constituiría una falta de debida diligencia.

83. La Corte considera que, en virtud de las normas internacionales invocadas, incluyendo en especial los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración, las autoridades fronterizas no deben impedir el ingreso de niñas y niños extranjeros al territorio nacional, aún cuando se encuentren solos, no deben exigirles documentación que no pueden tener y deben proceder a dirigirlos de inmediato a personal que pueda evaluar sus necesidades de protección, desde un enfoque en el cual prevalezca su condición de niñas y niños. En esta línea, resulta indispensable que los Estados permitan el acceso de la niña o niño al territorio como condición previa para llevar a cabo el procedimiento de evaluación inicial. Asimismo, la Corte es de la opinión que la creación de una base de datos con el registro de las niñas y los niños que ingresen al país es necesaria para una protección adecuada de sus derechos.

84. La Corte considera que el procedimiento de evaluación inicial debería contar con mecanismos efectivos, cuyo objetivo sea obtener información tras la llegada de la niña o niño al lugar, puesto o puerto de entrada o tan pronto como las autoridades tomen conocimiento de su presencia en el país, para determinar su identidad, y de ser posible, la de sus padres y hermanos, a fin de transmitirla a las entidades estatales encargadas de evaluar y brindar las medidas de protección, de conformidad con el principio del interés superior de la niña o del niño. En esta línea, el Comité de los Derechos del Niño ha especificado que “[l]a determinación del interés superior del niño exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección”. La obtención de dicha información se debe realizar mediante un procedimiento que tome en cuenta la diferenciación de niñas y niños con adultos y el tratamiento sea acorde a la situación.

85. Este procedimiento de evaluación inicial debe efectuarse en un ambiente amigable y que otorgue garantías de seguridad y privacidad, así como encontrarse a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género. Además, los Estados deben tomar en cuenta las garantías procedimentales mínimas acordes a los principios de interés superior de la niña o del niño y su protección integral, los cuales incluyen, pero no están limitadas a las siguientes: que la entrevista se realice en un idioma que la niña o el niño pueda comprender; que sea centrado en las niñas y niños, sensible al género, y asegure su participación; que el análisis tome en cuenta la seguridad y la posible reunificación familiar; que reconozca la cultura de la niña o niño y considere su rechazo a pronunciarse en presencia de adultos o familiares; que provea de un intérprete en caso de ser necesario; que cuente con personal altamente calificado para tratar con niñas y niños y facilidades adecuadas; que provea asesoría legal en caso de ser requerida; que brinde información clara y entendible sobre los derechos y obligaciones que tiene la niña o el niño y sobre la continuación del procedimiento.

86. Al ser una etapa inicial de identificación y evaluación, la Corte considera que el mecanismo procedimental que los Estados adopten, aparte de ofrecer ciertas garantías mínimas, debe tener como meta, acorde a la práctica generalmente seguida, los siguientes objetivos prioritarios básicos: (i) tratamiento acorde a su condición de niña o niño y, en caso de duda sobre la edad, evaluación y determinación de la misma; (ii) determinación de si se trata de una niña o un niño no acompañado o separado; (iii) determinación de la nacionalidad de la niña o del niño o, en su caso, de su condición de apátrida; (iv) obtención de información sobre los motivos de su salida del país de origen, de su separación familiar si es el caso, de sus vulnerabilidades y cualquier otro elemento que evidencie o niegue su necesidad de algún tipo de protección internacional; y (v) adopción, en caso de ser necesario y pertinente de acuerdo con el interés superior de la niña o del niño, de medidas

de protección especial. Estos datos deberían recabarse en la entrevista inicial y registrarse adecuadamente, de modo tal que se asegure la confidencialidad de la información.

87. A continuación, la Corte desarrollará los componentes específicos de dichos objetivos prioritarios básicos a satisfacer durante el procedimiento de evaluación inicial, sin que ello implique que las cuestiones a abordar deban indefectiblemente limitarse a las indicadas por la Corte, es decir, que tengan un carácter taxativo, o que sean etapas necesariamente sucesivas.

Determinación de la edad

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie C No. 21

88. La verificación de la edad de una persona es una cuestión crucial, toda vez que la determinación de que se trata de una persona menor de 18 años exige que el tratamiento otorgado por el Estado deba ser prioritario, diferenciado y de forma excluyente acorde a dicha condición. En caso de que haya dudas acerca de la edad, se procederá a determinar la misma con base no sólo en la apariencia física, sino también en la madurez psicológica del individuo y, en su caso, deberá realizarse una evaluación con criterios científicos, de forma segura, respetando la dignidad humana, que sea culturalmente apropiada y con consideraciones de género. Cuando no sea posible llegar a una determinación certera de la edad, debe considerarse que se trata de una niña o niño y brindarle un tratamiento acorde, esto es, el Estado debe otorgar “al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se lo trate como tal”.

Determinación de si se trata de una niña, un niño o adolescente no acompañado

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie C No. 21

89. La determinación temprana de la situación de una niña o un niño no acompañado o separado de su familia [...] debe realizarse con carácter preferente, dada su especial vulnerabilidad bajo dichas circunstancias, lo que tiene como consecuencia que el Estado deba actuar con un mayor escrutinio y rijan algunas garantías diferenciadas, como será desarrollado en los capítulos subsiguientes. De igual forma, resulta pertinente que consten las razones por las que se encuentra separado de su familia o no acompañado.

90. En este sentido, la Corte resalta que la situación de niña o niño no acompañado o separado los expone a “diversos riesgos que afectan a la vida, supervivencia y desarrollo, [como] por ejemplo, la trata dirigida a la explotación sexual o de otra índole o la participación en actividades delictivas de las que puede resultar perjuicio para el menor o, en casos extremos, la muerte”, especialmente en aquellos países o regiones con presencia del crimen organizado.

91. En particular, las niñas o niños no acompañados o separados de su familia que se encuentran fuera de su país de origen son particularmente vulnerables a la trata infantil, a la explotación y los malos tratos. La Corte reconoce que las niñas pueden ser aún más

vulnerables a ser víctimas de trata, en especial para la explotación sexual y laboral. Por esta razón, resulta esencial que los Estados adopten todas aquellas medidas necesarias para prevenir y combatir la trata de personas, entre las que destacan todas aquellas medidas de investigación, protección para las víctimas y campañas de información y difusión.

92. Específicamente, los Estados tienen la obligación de adoptar determinadas medidas de control de frontera con el objeto de prevenir, detectar y perseguir cualquier tipo de trata de seres humanos. Para ello, deben disponer de funcionarios especializados encargados de identificar a todas aquellas víctimas de la trata de seres humanos, prestando especial atención a las que sean mujeres, niñas o niños. A tal fin, resulta esencial que se tome la declaración de la víctima con el objeto de establecer su identidad y de determinar las causas que le obligaron a salir de su país de origen, tomando en cuenta que las víctimas o víctimas potenciales de trata de personas pueden ser refugiadas en caso de reunir los elementos para ello. Para asegurar un trato adecuado a las víctimas o víctimas potenciales de trata infantil, los Estados deben otorgar las debidas capacitaciones a los funcionarios que actúan en frontera, sobre todo en materia de trata infantil, con el objeto de poder brindar a la niña o al niño un asesoramiento eficaz y una asistencia integral.

93. En los casos de niñas y niños que se encuentren acompañados de adultos, la autoridad fronteriza u otra debe asegurarse que aquellos conozcan a sus acompañantes para evitar casos de trata y explotación. Esto no conlleva, de modo alguno, a que todo caso en que una niña o niño se haya movilizado en forma independiente y se encuentre acompañado de un adulto que no sea familiar deba automáticamente ser considerado un caso de trata por las autoridades correspondientes y devuelto a su país de origen. Al respecto, se exige la más estricta diligencia por parte de las autoridades fronterizas para identificar las diferentes situaciones que requieren de una actuación oportuna, adecuada y justa.

Determinación de la nacionalidad o de su condición de apátrida

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie C No. 21

94. Un apátrida es “toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”. Esta condición podría originarse por varias razones, entre las cuales destaca la pérdida de la nacionalidad; la privación de la nacionalidad; la interpretación o aplicación de legislaciones relativas a la adquisición de la nacionalidad, y la sucesión de Estados. Sobre esta base, la Corte entiende que la prueba de la condición de apátrida viene de considerar un relato combinado con información del país de origen. La Corte reitera que la apatridia ocasiona una condición de extrema vulnerabilidad y los Estados tienen el deber de identificar, prevenir y reducir la apatridia, así como proteger a la persona apátrida. Entre otras, los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas y conceder su nacionalidad a la persona nacida en su territorio, que de otro modo quedaría en condición de ser apátrida.

95. La determinación de la nacionalidad o, en su caso, de la condición de apátrida resulta relevante en situaciones variadas, tales como las siguientes: (i) cuando se cuestiona el derecho de una persona de permanecer en un país en los procedimientos de expulsión; (ii) en la identificación del país o países en relación con los cuales la persona alega poseer

un temor fundado de ser perseguida, en el sentido de la definición de refugiado; o (iii) cuando una persona busca la aplicación de las garantías establecidas en la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961.

96. En el contexto migratorio, constituye una obligación del Estado receptor determinar si la niña o el niño es apátrida, sea refugiado o no, a fin de asegurar su protección como tal y, dependiendo de los motivos de salida del país de residencia habitual, referirlo a un procedimiento de determinación de la condición de refugiado y/o de apátrida, o a un mecanismo complementario de protección.

Obtención de información que evidencie o niegue la necesidad de la niña, el niño o adolescente de algún tipo de protección internacional

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie C No. 21

97. A fin de atender a la situación concreta de la niña o del niño, es necesario recabar información adicional que permita determinar la posible existencia de necesidades de protección internacional, en razón de su edad, ya sea como refugiado o bajo otras formas, y una vez identificada la necesidad de protección específica o la potencial necesidad de protección de la persona, asegurar la remisión de su caso a las entidades competentes.

Niñas, niños y adolescentes que requieren medidas de protección internacional

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie C No. 21

98. En caso de identificarse necesidad de protección internacional, al constatare los elementos de inclusión para la determinación de la condición de refugiado, es obligación del Estado explicar en un lenguaje comprensible a la niña o niño su derecho a solicitar y recibir asilo conforme el artículo 22.7 de la Convención Americana y XXVII de la Declaración Americana y referirlo a la entidad encargada del mismo, sea una entidad estatal o un organismo internacional como el ACNUR. Al respecto, la Corte ha interpretado previamente que el derecho de buscar y recibir asilo, leído en conjunto con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, garantiza el acceso efectivo a un procedimiento justo y eficiente para determinar la condición de refugiado, de modo tal que la persona solicitante del estatuto de refugiado sea oída por el Estado al que se solicita, con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo.

99. La Corte reconoce que también pueden existir casos de afluencia masiva. En este supuesto, los Estados podrán proceder a realizar una evaluación inicial con base en el relato de una de las personas del grupo y, en caso de determinar que del mismo surgen factores que reflejan necesidad de protección internacional, otorgar la misma con base en el reconocimiento grupal, colectivo o *prima facie*.

100. Los Estados también se encuentran en la obligación de realizar una identificación temprana de niñas y niños que huyen por temor al reclutamiento forzoso, ya sea por las partes en un conflicto armado o por estructuras del crimen organizado, para así poder esclarecer si su caso amerita la solicitud de asilo o requiere de protección complementaria.

101. Ahora bien, la Corte reconoce que no todos los casos de niñas y niños migrantes llegan al nivel de requerir protección internacional en los términos de los párrafos anteriores. Sin embargo, pueden presentarse situaciones de afectación de derechos de niñas y niños, que se encuentran protegidos internacionalmente, las cuales provocan el desplazamiento del país de origen. Es por ello que se hace necesario recabar información sobre factores personales, tales como la historia personal y su condición de salud, física y psicológica, así como el entorno ambiental en que se desarrolló la migración, para determinar la situación concreta de riesgo de vulneración de derechos en su país de origen, de tránsito o en el receptor que amerite una protección complementaria o evidencie otras necesidades de protección o asistencia humanitaria, como las que provienen de la tortura, la violencia, la trata o experiencias traumáticas.

102. Al evaluar las necesidades de protección internacional es necesario recordar que, “si bien tanto las niñas como los niños hacen frente a muchos de los mismos riesgos que requieren protección, también pueden verse expuestos a problemas de protección propios de su género”, por lo que la información debe ser recabada y analizada tomando en cuenta la perspectiva de género. En este sentido, es necesario identificar los riesgos específicos de sufrir violaciones a sus derechos enfrentados por las niñas a raíz de su género, su posición cultural y socioeconómica y su condición jurídica.

103. Una vez recabada la información sobre los diferentes factores que pueden hacer que las niñas o niños se encuentren en una situación concreta de vulnerabilidad, corresponde al Estado determinar, en los términos de los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración y de conformidad con una evaluación del interés superior de la niña o del niño, las medidas de protección especial que se requieren para asegurar su vida, supervivencia y desarrollo. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha afirmado que se requiere también la “[e]valuación de aspectos particulares de vulnerabilidad, en especial relativos a la salud, y de índole física, psicosocial y material, y de otras necesidades de protección como las derivadas de la violencia en el hogar, la trata o el trauma”.

104. En esta línea, resulta necesario que el Estado receptor de la niña o del niño evalúe, a través de procedimientos adecuados que permitan determinar de forma individualizada su interés superior en cada caso concreto, la necesidad y pertinencia de adoptar medidas de protección integral, incluyendo aquellas que propendan al acceso a la atención en salud, tanto física como psicosocial, que sea culturalmente adecuada y con consideración de las cuestiones de género; que brinden un nivel de vida acorde con su desarrollo físico, mental, espiritual y moral a través de la asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda; y aseguren un pleno acceso a la educación en condiciones de igualdad. Y, ciertamente, ésta y las demás obligaciones señaladas precedentemente, adquieren particular relevancia tratándose de niñas o niños migrantes afectados por alguna discapacidad física o mental que, consecuentemente, el Estado que los recibe debe prestarle particular atención y proceder a su respecto con la máxima diligencia.

105. En lo que se refiere a las niñas o niños en situación de no acompañados o separados de su familia, resulta indispensable que los Estados procuren la localización de los miembros de su familia, no sin antes verificar que estas medidas correspondan al interés superior de la niña o del niño y, si resulta posible y satisface el interés superior de la niña o del niño, procedan a su reunificación o reagrupación lo antes posible.

106. En cuanto a las niñas y niños víctimas o víctimas potenciales de trata, quienes se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad, los Estados tiene el deber de protegerles contra un nuevo riesgo de victimización y prestarles asistencia jurídica y médica, intentando, en la medida de lo posible, proteger la privacidad e identidad de la

víctima. Asimismo, los Estados, en la medida de lo posible, deben considerar la posibilidad de cumplir con los anteriores propósitos a través del suministro de: a) un alojamiento adecuado; b) asesoramiento e información, en particular con respecto a sus derechos jurídicos, en un idioma que las víctimas de la trata de personas puedan comprender; c) asistencia médica, psicológica y material; y d) oportunidades de educación y/o capacitación. Adicionalmente, debido a la especial situación de vulnerabilidad de las víctimas de este delito, los Estados deben cuando proceda facilitar la obtención de un permiso para permanecer en su territorio, sobre todo en aquellos casos en los que su interés superior así lo aconseja o a los efectos de continuar con la investigación penal del perpetrador del delito.

107. Finalmente, la Corte considera crucial que los Estados definan de forma clara y dentro de su diseño institucional, la correspondiente asignación de funciones en el marco de las competencias que incumben a cada órgano estatal y, en caso que fuese necesario, adopten las medidas pertinentes para lograr una eficaz coordinación interinstitucional en la determinación y adopción de las medidas de protección especial que correspondan, dotando a las entidades competentes de recursos presupuestales adecuados y brindando la capacitación especializada a su personal.

Procedimientos para garantizar el derecho de las niñas, los niños y adolescentes a buscar y recibir asilo

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie C No. 21

244. A fin de otorgarle efecto útil al derecho a buscar y recibir asilo previsto en los artículos 22.7 de la Convención y XXVII de la Declaración Americana y garantizar su ejercicio en condiciones de igualdad y sin discriminación, la Corte ha resaltado la necesidad primordial de que los Estados diseñen y hagan operativos procedimientos justos y eficientes destinados a determinar si la persona solicitante reúne los criterios para ejercer dicho derecho y solicitar el estatuto de refugiado, tomando en cuenta que las definiciones contienen elementos subjetivos y objetivos que sólo pueden conocerse por medio de procedimientos individualizados y que, a su vez, permitan un correcto examen de la solicitud de asilo y prevengan devoluciones contrarias al derecho internacional.

245. Los tratados aplicables del derecho internacional de refugiados, y en particular la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, no contienen referencias explícitas sobre los procedimientos a seguir para la determinación de la condición de refugiado y las garantías procesales, por lo que correspondería a los propios Estados determinar dichos procedimientos y las autoridades competentes para hacer efectivo ese derecho. Sin embargo, el Tribunal ha resaltado que todo procedimiento relativo a la determinación de la condición de refugiado de una persona implica una valoración y decisión sobre el posible riesgo de afectación a sus derechos más básicos, como la vida, la integridad y la libertad personal. En razón de “la naturaleza de los derechos que podrían verse afectados por una determinación errónea del riesgo o una respuesta desfavorable, las garantías de debido proceso resultan aplicables, en lo que corresponda, a este tipo de procedimientos”. Por ello, esta Corte ha considerado que, en aplicación de los principios de no discriminación y debido proceso, se hacen necesarios procedimientos previsibles que aseguren a la persona solicitante, incluyendo las niñas y los niños, su derecho a ser oído con las debidas garantías de conformidad con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, así como coherencia

y objetividad en la toma de decisiones en cada etapa del procedimiento para evitar decisiones arbitrarias.

246. Ahora bien, en virtud de la protección especial derivada de los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración, la Corte entiende que la obligación estatal de establecer y seguir procedimientos justos y eficientes para poder identificar a los potenciales solicitantes de asilo, y determinar la condición de refugiado a quienes satisfagan los requisitos para obtener la protección internacional, debe incorporar también los componentes y las garantías específicas desarrolladas a la luz de la protección integral debida a todas las niñas y niños. De este modo, los principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño deben orientar tanto los aspectos sustantivos como procedimentales de la determinación de la solicitud de la condición de refugiado de la niña o del niño. Así, cuando son solicitantes, las niñas y los niños deben gozar, además de las garantías generales en los términos de los artículos 8 y 25 la Convención Americana, de garantías procedimentales específicas y probatorias para garantizar su acceso a dicho procedimiento y que decisiones justas sean tomadas en la determinación de sus solicitudes para la condición de refugiado, lo cual requiere de un desarrollo e integración de procedimientos apropiados y seguros para las niñas y los niños, y un ambiente que les genere confianza en todas las etapas del proceso de asilo.

247. Para cerciorarse que los procedimientos para atender solicitudes de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiado sean adecuados, los Estados deben aplicar a cabalidad los principios rectores [...]. En especial, lo referente al interés superior de la niña o del niño, como consideración primordial en todas las acciones que los afecten, y a su participación, que involucra el derecho de las niñas y los niños solicitantes de asilo y refugiados de gozar de la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento administrativo o judicial que los afecte. Sobre la relación significativa entre estos dos principios, la Corte ya ha resaltado que la misma “facilita el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”, incluyendo los procedimientos de asilo o para la determinación de la condición de refugiado. Además, es relevante referirse al contenido del artículo 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual reconoce el derecho a que los Estados aseguren que el niño que intente obtener el estatuto de refugiado, o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables, reciba la protección y asistencia necesaria para salvaguardar sus derechos.

248. Específicamente, el Comité Ejecutivo del ACNUR ha hecho hincapié en que la adaptación de dichos procedimientos a las necesidades específicas de la infancia incluya “los requisitos de prueba pertinentes, prioridad en la tramitación de las solicitudes de asilo de niños no acompañados o separados de su familia, representación letrada cualificada y gratuita o representación de otra índole para los niños no acompañados o separados de su familias, y [...] la posibilidad de aplicar la Convención de 1951 teniendo en cuenta la edad y el género y reconociendo, a esos efectos, las manifestaciones y formas de persecución específicamente dirigidas contra los niños”.

249. De este modo, es posible considerar que los artículos 19, 22.7 y 22.8 de la Convención Americana, VII y XXVII de la Declaración Americana, 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la Convención de 1951, su Protocolo de 1967 y la definición regional de la Declaración de Cartagena, conforman el *corpus iuris* internacional para la protección de los derechos humanos de las niñas y los niños solicitantes de asilo y refugiados en el continente americano. Bajo el marco desarrollado, la Corte procederá a continuación a exponer los componentes esenciales que se derivan de la obligación estatal de establecer y seguir procedimientos justos y eficientes para poder identificar a los potenciales solicitantes de asilo y, en su caso, determinar la condición de refugiado a

quienes satisfagan los requisitos para obtener este tipo de protección internacional teniendo en cuenta las formas particulares que puede adquirir la persecución de niñas y niños [...], así como aquellos específicos que se requieren para asegurar un procedimiento accesible y adecuado para las niñas y niños.

250. En este sentido, cuando se identifica a una niña o un niño migrante como un potencial solicitante de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiado, ésta o éste debe recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse, en un lenguaje y modo que pueda comprender y, en su caso, se le debe dar la oportunidad de ponerse en contacto con un representante de ACNUR o la entidad que haga sus funciones en caso de no encontrarse en el país.

251. Del mismo modo, la Corte ha previamente señalado que integra la referida obligación el otorgamiento al solicitante de asilo de las facilidades necesarias, incluyendo los servicios de un intérprete competente, así como, en su caso, el acceso a asesoría y representación legal, tanto para someter su solicitud ante las autoridades como durante el trámite de la misma. En el caso de niñas y niños, la representación legal debe ser gratuita y contar con capacitación especializada. Al igual que en los procedimientos migratorios [...], en caso que se trate de una niña o niño no acompañado o separado, deviene una obligación ineludible el nombramiento de un tutor que vele por el bienestar e interés superior de la niña o del niño.

252. Una vez que la niña o el niño es referido a la autoridad competente, la cual debe estar claramente identificada en el marco del procedimiento establecido, corresponde que la misma realice el examen de la solicitud con objetividad. A este efecto, constituye un requisito ineludible la realización de una entrevista personal a fin de que el solicitante exponga su caso, de modo tal que se garantice su derecho a ser oído. El derecho de las niñas y los niños a expresar sus opiniones y participar de una manera significativa es también importante en el contexto de los procedimientos de asilo o para la determinación de la condición de refugiado, cuyos alcances pueden depender de si la niña o el niño es solicitante o no, independientemente de que sea acompañado, no acompañado o separado de sus padres o de las personas encargadas de su cuidado. En los supuestos en que las niñas o los niños no pudieran dar una entrevista, corresponde atender a los métodos de comunicación no verbales que resulten más idóneos en cada caso concreto para dar cumplimiento al principio de participación.

253. Asimismo, la Corte considera que se cumple con lo dispuesto en los citados artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración, cuando se sigue la práctica de otorgar una atención prioritaria para la entrevista a niñas y niños no acompañados, luego a los separados, después de estos a los acompañados de un solo progenitor y, finalmente, a los que vienen como parte de una familia, a fin de atender oportunamente y determinar la urgencia de la necesidad de protección.

254. La entrevista debe ser realizada en un lugar adecuado a las necesidades y seguridad de las niñas y niños, lo cual significa un espacio que no resulte amenazante, y por un profesional que cuente con una capacitación especializada. Al inicio de la entrevista la autoridad debe informar a la niña o niño lo que sucederá, procurando en todo momento evitar la incomodidad y resaltando que se trata de una entrevista confidencial. Al respecto, la Corte ya ha determinado que, con la finalidad de proteger los derechos de los solicitantes que puedan estar en riesgo, el procedimiento debe respetar en todas sus etapas la protección de los datos del solicitante y de la solicitud, así como el principio de confidencialidad.

255. La Corte estima que la entrevista no sólo constituye una forma de recabar información sobre la situación actual de la niña o niño solicitante y de obtener y comprobar todos los elementos de prueba accesibles, sino también permite identificar necesidades inmediatas de asistencia como ropa, comida e higiene, entre otras.

256. La Corte recuerda que los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de niñas y niños deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades. Por tal motivo, debe existir la menor demora posible en el reconocimiento de la condición de refugiado a las niñas y niños. La Corte considera que el Estado es responsable de brindar protección y cuidado a la niña o niño solicitante de manera especial durante el tiempo que dure la toma de decisión. Esto significa asegurar vivienda y comida, así como acceso a la salud, atención psicosocial y educación.

Principio de no devolución de refugiados, migrantes y solicitantes de ese estatuto

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21

222. En cuanto al riesgo de violación a los derechos de la niña o del niño, la Corte considera que éstos deben ser entendidos y analizados con un enfoque de edad y de género, así como dentro de la lógica establecida por la propia Convención sobre los Derechos del Niño, que contempla la garantía efectiva e interdependiente de los derechos civiles y políticos y la progresiva plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, y en el marco del cual el derecho a la vida incorpora también el componente de desarrollo adecuado y supervivencia. En este sentido, los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño incluyen en el derecho a la vida la obligación del Estado de garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. El Comité de los Derechos del Niño ha interpretado la palabra “desarrollo” de una manera amplia y holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social. Estas medidas adquieren fundamental importancia debido a que las niñas y los niños se encuentran en una etapa crucial de su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social que impactará de una u otra forma su proyecto de vida. En esta línea, el Comité listó una serie de circunstancias a evaluar, que incluyen: a) la seguridad personal y pública y otras condiciones, en particular socioeconómicas, que encontrará el niño a su regreso, efectuando, en su caso, las organizaciones sociales un estudio sobre las condiciones en el país; b) la existencia de mecanismos para la atención individual del niño; c) las opiniones del niño manifestadas al amparo de su derecho en virtud del artículo 12, así como las de las personas que le atienden; d) el nivel de integración del niño en el país de acogida y el período de ausencia de su país de origen; e) el derecho del niño a “preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares” (art. 8); f) la “conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño” y se preste atención “a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico” (art. 20); g) si los padres o miembros del círculo familiar ampliado no estuvieran en condiciones de atender al niño, el retorno al país de origen no se efectuará, en principio, sin tomar previamente disposiciones seguras y concretas de atención y custodia al regreso.

223. Habiendo sentado la interpretación que otorga esta Corte al artículo 22.8 de la Convención, resulta necesario abordar las otras disposiciones traídas a consulta, en particular aquellas que se refieren a la prohibición de la tortura. En efecto, los tratados internacionales generales, como la Convención Americana, contienen disposiciones que

recogen el mandato normativo que prohíbe los actos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

224. La Convención Americana reconoce expresamente el derecho a la integridad personal en su artículo 5, bien jurídico cuya protección encierra la finalidad principal de la prohibición absoluta e imperativa de derecho internacional consuetudinario de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Este Tribunal ha considerado de forma constante en su jurisprudencia que dicha prohibición pertenece hoy día al dominio del *ius cogens*. De esta forma, se ha conformado un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, y respecto a esta última, se ha reconocido que las amenazas y el peligro real de someter a una persona a graves lesiones físicas produce, en determinadas circunstancias, una angustia moral de tal grado que puede ser considerada “tortura psicológica”.

225. Desde sus primeras sentencias, la Corte se ha pronunciado acerca de la intrínseca conexión existente entre las obligaciones generales de respeto y garantía señaladas en el artículo 1.1 de la Convención y los derechos específicos protegidos por este instrumento que impone, respecto de cada uno de los derechos y libertades reconocidos, deberes concretos que deben ser determinados caso por caso y según el derecho o libertad de que se trate. Una de las obligaciones internacionales asociadas con la prohibición de la tortura es el principio de no devolución o *non-refoulement*. Dicho principio busca, de manera primordial, asegurar la efectividad de la prohibición de la tortura en toda circunstancia y respecto de toda persona, sin discriminación alguna. Siendo una obligación derivada de la prohibición de tortura, el principio de no devolución en este ámbito es absoluto y adquiere también el carácter de norma imperativa de derecho internacional consuetudinario, es decir, de *ius cogens*.

226. Es así que a partir del artículo 5 de la Convención Americana, leído en conjunto con las obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección de los derechos humanos, se desprende el deber del Estado de no deportar, devolver, expulsar, extraditar o remover de otro modo a una persona que esté sujeta a su jurisdicción a otro Estado, o a un tercer Estado que no sea seguro, cuando exista presunción fundada para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes.

227. A su vez, los Estados han acordado, tanto a nivel universal como interamericano, tratados internacionales específicos sobre la temática, que desarrollan las obligaciones que surgen de las normas sobre prohibición de la tortura, al precisar determinadas medidas que los Estados deben implementar a nivel interno, toda vez que se consideran eficaces para atender el objetivo y fin último de dichos convenios cual es la prevención y sanción de la tortura y asegurar su no repetición. El sistema interamericano cuenta con un tratado específico, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, que obliga a los Estados Parte a adoptar medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción. Una de las medidas identificadas es justamente el principio de no devolución, recogido en el cuarto párrafo de su artículo 13, relacionado con las personas requeridas por casos de tortura, de la siguiente forma: “[n]o se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente”. Por otra parte, el principio, tal como se encuentra regulado, está asociado también a la protección del derecho a la vida y de determinadas garantías judiciales, de modo tal que no se limita únicamente a la protección contra la tortura.

229. En esta línea, esta Corte ya ha resaltado la vinculación directa e inmediata que existe entre los derechos a la vida y a la integridad personal con la atención a la salud humana. Así, la expulsión o devolución de una persona podría considerarse violatoria de las obligaciones internacionales, dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, en casos en que dicha medida redunde en la afectación o el deterioro grave de la salud de la misma o, incluso, cuando pueda derivar en su muerte. A efectos de evaluar una posible vulneración de la Convención o de la Declaración habrá de tenerse en cuenta el estado de salud o el tipo de dolencia que padece la persona, así como la atención en salud disponible en el país de origen y la accesibilidad física y económica a la misma, entre otros aspectos. Así lo ha entendido también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

231. Es más, en lo que se refiere a niñas y niños, el Comité de los Derechos del Niño ha concluido que la obligación de no devolver no se limita al peligro real que pueda existir para la niña o el niño de daño irreparable a sus derechos contenidos en los artículos 6 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sino que también aplica a otras violaciones de los derechos garantizados por dicho instrumento consideradas graves, como por ejemplo “la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios”, “sean imputables a actores no estatales o de que las violaciones en cuestión sean directamente premeditadas o sean consecuencia indirecta de la acción o inacción”. La Corte concuerda con el Comité de los Derechos del Niño en cuanto a que “[e]l retorno al país de origen sólo podrá contemplarse en principio si redunde en el interés superior” por lo que se encuentra prohibido cuando “produce un ‘riesgo razonable’ de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del [niño o niña] y, en particular, si es aplicable el principio de no devolución”.

232. Por consiguiente, considerando la norma general en orden a que cuando un extranjero alegue ante un Estado un riesgo en caso de devolución, las autoridades competentes de ese Estado deberán, al menos, entrevistar a la persona, dándole la debida oportunidad de exponer las razones que lo asistan en contra de la devolución, y realizar una evaluación previa o preliminar a efectos de determinar si existe o no ese riesgo y, de constatarse, no debería ser devuelto a su país de origen o donde exista el riesgo, en el caso de niñas y niños se impone también determinar su interés superior en los términos previamente expuestos.

233. De este modo, la prohibición de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o remover a una niña o niño a un Estado cuando su vida, seguridad y/o libertad estén en riesgo de violación a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde corra el riesgo de ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a un tercer Estado desde el cual pueda ser enviado a uno en el cual pueda correr dichos riesgos, encuentra en otras normas de derechos humanos una protección adicional que se extiende a otro tipo de graves violaciones a sus derechos humanos, entendidos y analizados con un enfoque de edad y de género, así como dentro de la lógica establecida por la propia Convención sobre los Derechos del Niño, que hace de la determinación del interés superior rodeada de las debidas garantías un aspecto central al adoptar cualquier decisión que concierne a la niña o al niño y, especialmente, si el principio de no devolución se ve involucrado.

XV. PROTECCIÓN JUDICIAL

Consideraciones generales sobre el derecho a la protección judicial

En el presente apartado se tratan las consideraciones generales respecto al derecho a la protección judicial reconocido en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Particularmente, se considera el alcance general que se le ha otorgado al derecho a un recurso en el marco de la jurisprudencia de la Corte IDH respecto de la República de Uruguay, el cual debe ser efectivo. Por otra parte, es constante la consideración de la Corte IDH del derecho a la protección judicial como un pilar del Estado de derecho, a la vez que integra aquellas garantías que no pueden suspenderse.

Derecho a un recurso efectivo

Corte IDH. Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay. Fondo Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234

200. La Corte ha señalado que el artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Parte de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes. En ese sentido, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque falten los medios para ejecutar sus decisiones o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia. Así, el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento.

201. De otra parte, como lo ha señalado anteriormente el Tribunal, al evaluar la efectividad de los recursos incoados en la jurisdicción contencioso administrativa nacional, la Corte debe observar si las decisiones tomadas en aquélla han contribuido efectivamente a poner fin a una situación violatoria de derechos, a asegurar la no repetición de los actos lesivos y a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos protegidos por la Convención. El Tribunal no evalúa la efectividad de los recursos interpuestos en función a una eventual resolución favorable a los intereses de la víctima.

203. Este Tribunal se referirá a algunos factores relevantes tratándose de casos como el presente, en donde se somete a los órganos judiciales el conocimiento de una decisión administrativa previa que se alega violatoria de los derechos de una presunta víctima. Para ello, la Corte toma en cuenta el desarrollo jurisprudencial realizado por la Corte Europea de Derechos Humanos sobre esta materia. Al respecto, el Tribunal considera que resulta importante analizar factores tales como: a) la competencia del órgano judicial en cuestión; b) el tipo de materia sobre la cual se pronunció el órgano administrativo, teniendo en cuenta si ésta involucra conocimientos técnicos o especializados; c) el objeto de la controversia planteado ante el órgano judicial, lo cual incluye los alegatos de hecho

y de derecho de las partes, y d) las garantías del debido proceso ante el órgano judicial. Sobre esto último, la Corte ha establecido, a través de su jurisprudencia reiterada, que para que se preserve el derecho a un recurso efectivo, en los términos del artículo 25 de la Convención, es indispensable que dicho recurso se tramite conforme a las reglas del debido proceso, consagradas en el artículo 8 de la Convención.

204. Este Tribunal coincide con la Corte Europea, en términos generales, en entender que existe una revisión judicial suficiente cuando el órgano judicial examina todos los alegatos y argumentos sometidos a su conocimiento sobre la decisión del órgano administrativo, sin declinar su competencia al resolverlos o al determinar los hechos. Por el contrario, esta Corte estima que no hay una revisión judicial si el órgano judicial está impedido de determinar el objeto principal de la controversia, como por ejemplo sucede en casos en que se considera limitado por las determinaciones fácticas o jurídicas realizadas por el órgano administrativo que hubieran sido decisivas en la resolución del caso.

Protección judicial y obstáculos en el derecho interno para investigar graves violaciones a los derechos humanos

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

227. En especial, las leyes de amnistías afectan el deber internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos al impedir que los familiares de las víctimas sean oídos por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención Americana y violan el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 del mismo instrumento precisamente por la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos, incumpliendo asimismo el artículo 1.1 de la Convención.

228. A la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Parte tienen el deber de adoptar providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención y, una vez ratificada la Convención Americana corresponde al Estado, de conformidad con el artículo 2 de la misma, adoptar todas las medidas para dejar sin efecto las disposiciones legales que pudieran contravenirla, como son las que impiden la investigación de graves violaciones a derechos humanos puesto que conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, además que impiden a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad de los hechos.

229. La incompatibilidad respecto de la Convención incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe sólo a las denominadas “autoamnistías” y ello en atención, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la ley de amnistía, a su *ratio legis*: dejar impunes graves violaciones al derecho internacional cometidas. La incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

244. La Corte Interamericana concluye que el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, previstos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y los artículos I.b y IV de la

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por la falta de una investigación efectiva de la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena y la sustracción, supresión y sustitución de identidad y entrega a terceros de María Macarena Gelman, en perjuicio de Juan y María Macarena Gelman.

246. En particular, debido a la interpretación y a la aplicación que se ha dado a la Ley de Caducidad, la cual carece de efectos jurídicos respecto de graves violaciones de derechos humanos en los términos antes indicados [...], ha incumplido su obligación de adecuar su derecho interno a la Convención, contenida en el artículo 2 de la misma, en relación con los artículos 8.1, 25 y 1.1 del mismo tratado y los artículos I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. **(En similar sentido, ver entre otros: Corte IDH. Caso Maidanik y otros Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 15 de noviembre de 2021. Serie C No. 444, párrs. 142-150).**

XVI. SUSPENSIÓN DE DERECHOS

Corte IDH. Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/ 87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9⁸

21. Del artículo 27.1, además, se deriva la necesidad genérica de que en todo estado de excepción subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que ellas se adecúen razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan de los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella.

22. La Convención proporciona otros elementos de juicio para precisar las características fundamentales que deben tener las garantías judiciales. El punto de partida del análisis debe ser la obligación que está a cargo de todo Estado Parte en la Convención de “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y (de) garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción” (art. 1.1). De esa obligación general se deriva el derecho de toda persona, prescrito en el artículo 25.1, “a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención”.

23. Como ya lo ha señalado la Corte, el artículo 25.1 de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales [...]. Establece este artículo, igualmente, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley. De donde se concluye, *a fortiori*, que el régimen de protección judicial dispuesto por el artículo 25 de la Convención es aplicable a los derechos no susceptibles de suspensión en estado de emergencia.

⁸ La Opinión Consultiva OC-9/87 solicitada por Uruguay se relaciona con las garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Puede consultar la opinión consultiva en el siguiente enlace: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf

24. El artículo 25.1 incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos. Como ya la Corte ha señalado, según la Convención los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción [...]. Según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.

25. Las conclusiones precedentes son válidas, en general, respecto de todos los derechos reconocidos por la Convención, en situación de normalidad. Pero, igualmente, debe entenderse que en la implantación del estado de emergencia - cualquiera que sea la dimensión o denominación con que se le considere en el derecho interno- no puede comportar la supresión o la pérdida de efectividad de las garantías judiciales que los Estados Partes están obligados a establecer, según la misma Convención, para la protección de los derechos no susceptibles de suspensión o de los no suspendidos en virtud del estado de emergencia.

26. Por consiguiente, es violatoria de la Convención toda disposición adoptada por virtud del estado de emergencia, que redunde en la supresión de esas garantías.

38. La Corte concluye que las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos no susceptibles de suspensión, según lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Convención, son aquéllas a las que ésta se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías.

39. Naturalmente, cuando en un estado de emergencia el Gobierno no haya suspendido algunos derechos y libertades de aquéllos susceptibles de suspensión, deberán conservarse las garantías judiciales indispensables para la efectividad de tales derechos y libertades.

40. Debe reconocerse que no es posible ni sería aconsejable que la Corte, en la presente opinión consultiva, trate de dar una enumeración exhaustiva de todas las posibles "garantías judiciales indispensables" que no pueden ser suspendidas de conformidad con el artículo 27.2, que dependerá en cada caso de un análisis del ordenamiento jurídico y la práctica de cada Estado Parte, de cuáles son los derechos involucrados y de los hechos concretos que motiven la indagación. Desde luego y por las mismas razones, la Corte

tampoco ha considerado en esta opinión las implicaciones de otros instrumentos internacionales (art. 27.1) que pudieren ser aplicables en casos concretos.

XVII. ALCANCE DE LAS RESTRICCIONES DE DERECHOS

Corte IDH. La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/ 86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6⁹

12. La convención establece:

Artículo 30.- Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

13. La interpretación de esta norma ha de hacerse de buena fe, conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a los términos empleados por el tratado en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Los términos empleados limitan las restricciones posibles a los derechos y libertades reconocidos por la Convención a los casos en que ellas deriven de leyes que cumplan con las exigencias impuestas por el propio artículo.

14. El artículo 30 se refiere a las restricciones que la propia Convención autoriza a propósito de los distintos derechos y libertades que la misma reconoce. Debe subrayarse que, según la Convención (art. 29.a), es ilícito todo acto orientado hacia la supresión de uno cualquiera de los derechos proclamados por ella. En circunstancias excepcionales y bajo condiciones precisas, la Convención permite suspender temporalmente algunas de las obligaciones contraídas por los Estados (art. 27). En condiciones normales, únicamente caben restricciones al goce y ejercicio de tales derechos. La distinción entre restricción y supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades resulta de la propia Convención (arts. 16.3, 29.a y 30). Se trata de una distinción importante y la enmienda introducida al respecto en la última etapa de la elaboración de la Convención, en la Conferencia Especializada de San José, para incluir las palabras "al goce y ejercicio", clarificó conceptualmente la cuestión (Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA/Ser. K/XVI/1.2, Washington, D.C. 1973 (en adelante "Actas y Documentos") repr. 1978, esp. pág. 274).

15. La Corte entra ahora a analizar la disyuntiva de si "la expresión leyes utilizada por la disposición transcrita... se refiere a leyes en sentido formal -norma jurídica emanada del Parlamento y promulgada por el Poder Ejecutivo, con las formas requeridas por la Constitución-" o si en cambio se la usa "en sentido material, como sinónimo de ordenamiento jurídico, prescindiendo del procedimiento de elaboración y del rango normativo que le pudiera corresponder en la escala jerárquica del respectivo orden jurídico".

⁹ La Opinión Consultiva OC-6/86 solicitada por la República Oriental del Uruguay se relaciona con la expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Puede consultar la opinión consultiva en el siguiente enlace: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf

16. La pregunta se limita a indagar sobre el sentido de la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención. No se trata, en consecuencia, de dar una respuesta aplicable a todos los casos en que la Convención utiliza expresiones como "leyes", "ley", "disposiciones legislativas", "disposiciones legales", "medidas legislativas", "restricciones legales" o "leyes internas". En cada ocasión en que tales expresiones son usadas, su sentido ha de ser determinado específicamente. En el mismo sentido: Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986, párr. 31.

17. No obstante lo anterior, los criterios del artículo 30 sí resultan aplicables a todos aquellos casos en que la expresión ley o locuciones equivalentes son empleadas por la Convención a propósito de las restricciones que ella misma autoriza respecto de cada uno de los derechos protegidos. En efecto, la Convención no se limita a proclamar el conjunto de derechos y libertades cuya inviolabilidad se garantiza a todo ser humano, sino que también hace referencia a las condiciones particulares en las cuales es posible restringir el goce o ejercicio de tales derechos o libertades sin violarlos. El artículo 30 no puede ser interpretado como una suerte de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos protegidos por la Convención, que se agregaría a las limitaciones permitidas en la regulación particular de cada uno de ellos. Por el contrario, lo que el artículo pretende es imponer una condición adicional para que las restricciones, singularmente autorizadas, sean legítimas.

18. Al leer el artículo 30 en concordancia con otros en que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones: a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida; b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a "razones de interés general" y no se aparten del "propósito para el cual han sido establecidas". Este criterio teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder; y c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas.

19. El significado del vocablo leyes ha de buscarse como término incluido en un tratado internacional. No se trata, en consecuencia, de determinar la acepción del sustantivo leyes en el derecho interno de un Estado Parte.

20. En este sentido, la Corte tiene en cuenta el hecho de que los sistemas jurídicos de los Estados Partes en la Convención se derivan de tradiciones diferentes. Algunos se inscriben en el sistema del "common law" y otros siguen la tradición romanista. Sus regímenes constitucionales muestran particularidades vinculadas con su desarrollo jurídico y político. El concepto de leyes no puede interpretarse en abstracto y, en consecuencia, no debe divorciarse del contexto del orden jurídico que le presta sentido e incide en su aplicación (Cfr. Eur. Court H.R., *The Sunday Times case*, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párr. 47).

21. El sentido de la palabra leyes dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen. En efecto, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los

derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.

22. Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulnere los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder.

23. Lo anterior se deduciría del principio -así calificado por la Corte Permanente de Justicia Internacional (Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City, Advisory Opinion, 1935, P.C.I.J., Series A/B, No. 65, pág. 56)- de legalidad, que se encuentra en casi todas las constituciones americanas elaboradas desde finales del Siglo XVIII, que es consubstancial con la idea y el desarrollo del derecho en el mundo democrático y que tiene como corolario la aceptación de la llamada reserva de ley, de acuerdo con la cual los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación.

24. La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos.

26. En tal perspectiva no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual "los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos".

27. La expresión leyes, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir,

norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.

28. La Convención no se limita a exigir una ley para que las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades sean jurídicamente lícitas. Requiere, además, que esas leyes se dicten "por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas". El criterio según el cual las restricciones permitidas han de ser aplicadas "con el propósito para el cual han sido establecidas" se encontraba ya reconocido en el Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos (1959), en el que se expresaba que tales restricciones "no podrán ser aplicadas con otro propósito o designio que aquél para el cual han sido previstas" (Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1968, Washington, D.C.: Secretaría General, OEA, 1973, pág. 248). En cambio, la exigencia de que la aplicación de las restricciones esté "conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general" es el resultado de una enmienda introducida al proyecto final, en la Conferencia Especializada de San José, en 1969 (Actas y Documentos, supra 14, pág. 274).

29. El requisito según la cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del "bien común" (art. 32.2), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es "la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad" ("Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre" (en adelante "Declaración Americana"), Considerandos, párr. 1).

30. "Bien común" y "orden público" en la Convención son términos que deben interpretarse dentro del sistema de la misma, que tiene una concepción propia según la cual los Estados americanos "requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa" (Carta de la OEA, art. 3.d); y los derechos del hombre, que "tienen como fundamento los atributos de la persona humana", deben ser objeto de protección internacional (Declaración Americana, Considerandos, párr. 2; Convención Americana, Preámbulo, párr. 2).

32. La ley en el Estado democrático no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos necesarios elementos formales. Implica un contenido y está dirigida a una finalidad. El concepto de leyes a que se refiere el artículo 30, interpretado en el contexto de la Convención y teniendo en cuenta su objeto y fin, no puede considerarse solamente de acuerdo con el principio de legalidad [...]. Este principio, dentro del espíritu de la Convención, debe entenderse como aquel en el cual la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la Constitución de cada Estado Parte, y a él deben ajustar su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas. En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al "ejercicio efectivo de la democracia representativa", que se traduce, *inter alia*, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común [...].

34. No es posible desvincular el significado de la expresión leyes en el artículo 30 del propósito de todos los Estados americanos expresado en el Preámbulo de la Convención "de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre" (Convención Americana, Preámbulo, párr. 1). La democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte. Es

un "principio" reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano. El régimen mismo de la Convención reconoce expresamente los derechos políticos (art. 23), que son de aquellos que, en los términos del artículo 27, no se pueden suspender, lo que es indicativo de la fuerza que ellos tienen en dicho sistema.

35. En consecuencia, las leyes a que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano. Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.

36. Lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención.

37. La necesaria existencia de los elementos propios del concepto de ley en el artículo 30 de la Convención, permite concluir que los conceptos de legalidad y legitimidad coinciden a los efectos de la interpretación de esta norma, ya que sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona humana.

XIII. DERECHO A LA VERDAD

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

192. La satisfacción de la dimensión colectiva del derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades.

243. Toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, tiene, de acuerdo con los artículos 1.1, 8.1, 25, así como en determinadas circunstancias al artículo 13 de la Convención, el derecho a conocer la verdad, por lo que aquéllos y la sociedad toda deben ser informados de lo sucedido, derecho que también ha sido reconocido en diversos instrumentos de Naciones Unidas y por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos y cuyo contenido, en particular en casos de desaparición forzada, es parte del mismo un "derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos" y que se enmarca en el derecho de acceso a la justicia y la obligación de investigar como forma de reparación para conocer la verdad en el caso concreto.

Corte IDH. Caso Maidanik y otros Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 15 de noviembre de 2021. Serie C No. 444

176. Conforme ha señalado este Tribunal, “toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, tiene el derecho a conocer la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas y la sociedad deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones”. El derecho a la verdad tiene autonomía y una naturaleza amplia. Dependiendo del contexto y circunstancias del caso, la vulneración de este derecho puede relacionarse con diversos derechos receptados expresamente en la Convención Americana, como es el caso de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos por los artículos 8 y 25 del tratado, o el derecho de acceso a información, tutelado por su artículo 13. En el presente caso, esta Corte no encuentra sustento para examinar la última disposición citada.

177. Como ha señalado el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “[e]l derecho a la verdad entraña tener un conocimiento pleno y completo de los actos que se produjeron, las personas que participaron en ellos y las circunstancias específicas, en particular de las violaciones perpetradas y su motivación”. En ese sentido, resulta relevante que, según los casos, las indagaciones dirigidas a determinar lo sucedido se realicen, por ejemplo, considerando una perspectiva de género, o las motivaciones políticas que pudieron tener las violaciones a derechos humanos. Por otra parte, en casos de desaparición forzada, es parte del derecho a la verdad el “derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos”.

178. La Corte nota que Uruguay ha llevado a cabo diversas políticas para satisfacer el derecho a la verdad de las víctimas de este caso y de la sociedad en general. Valora en forma positiva, en ese sentido, la creación de una Comisión Investigadora Parlamentaria, de la Comisión para la Paz, y de la Comisión Investigadora del Ejército Nacional, y de la actividad e informes producidos por dichas entidades, así como por la Institución Nacional de Derechos Humanos. Valora también la creación de una Fiscalía Especializada en Crímenes de Lesa Humanidad. Lo anterior denota un compromiso del Estado, en ámbitos vinculados tanto al Poder Ejecutivo como a los Poderes Legislativo y Judicial, respecto a la indagación y conocimiento de la verdad de lo ocurrido durante el periodo del régimen *de facto*. Este tipo de acciones contribuyen al esclarecimiento de los hechos, la preservación de la memoria histórica y la determinación de responsabilidades.

179. Sin perjuicio de lo expresado, de conformidad con la jurisprudencia constante de este Tribunal, la “verdad histórica” que pueda resultar de este tipo de políticas no sustituye ni satisface la obligación del Estado de establecer la verdad y asegurar la determinación judicial de responsabilidades individuales a través de los procesos judiciales penales.

180. Al respecto, el Estado no ha esclarecido judicialmente los hechos violatorios ni deducido las responsabilidades individuales, a través de la investigación y juzgamiento de las ejecuciones extrajudiciales de Diana Maidanik, Silvia Reyes y Laura Raggio y de las desapariciones forzadas de Luis Eduardo González y Óscar Tassino Asteazu. Ya se ha determinado que las actuaciones judiciales de investigación, que no han concluido, se vieron menoscabadas por la aplicación de una ley contraria a las obligaciones internacionales del Estado, la Ley de Caducidad, tuvieron fallas a la diligencia debida e inobservaron un plazo razonable. Cabe concluir, entonces, que Uruguay ha violado el derecho a conocer la verdad en perjuicio de los familiares de las cinco personas nombradas. Dicha violación, en el caso, se enmarca en el derecho de acceso a la justicia. Uruguay incumplió, al respecto, los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo tratado.

XI X. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control de convencionalidad debe ser realizado *ex officio* y en el marco de competencias y regulaciones procesales correspondientes

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

193. Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Valor de la jurisprudencia interamericana como parámetro de convencionalidad: cosa juzgada internacional

Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013

65. Por otro lado, se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del “control de convencionalidad”, concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal.

66. Así, en varias sentencias la Corte ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

67. De tal manera, es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional.

68. En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. En esta situación se encuentra el Estado de Uruguay respecto de la Sentencia dictada en el caso *Gelman*. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma, de conformidad con lo señalado anteriormente [...].

69. Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.

70. La Corte estima pertinente precisar que la concepción del llamado control de convencionalidad tiene íntima relación con el “principio de complementariedad”, en virtud del cual la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Este principio de complementariedad (también llamado “de subsidiariedad”) informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”.

71. Lo anterior significa que, como consecuencia de la eficacia jurídica de la Convención Americana en todos los Estados Parte en la misma, se ha generado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad. Según fue señalado [...], precisamente en el presente *caso Gelman vs. Uruguay*, la Corte consideró que, antes de tomar la referida decisión de 22 de febrero de 2013, la Suprema Corte de Justicia uruguaya ya había ejercido un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al declararla inconstitucional en octubre de 2009 en el *caso Sabalsagaray*.

72. De tal modo, el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Así adquiere sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad.

73. Sin perjuicio de lo anterior, y de conformidad con lo señalado anteriormente en cuanto a la primera manifestación del control de convencionalidad cuando existe cosa juzgada internacional [...], este control también posee un rol importante en el cumplimiento o implementación de una determinada Sentencia de la Corte Interamericana, especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de los jueces nacionales. Bajo este supuesto, el órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso.

74. Lo anterior se deduce del compromiso de los Estados de cumplir con sus obligaciones internacionales y no solo de prácticas judiciales reiteradas a niveles nacionales, que son por supuesto relevantes. Así, tribunales de la más alta jerarquía en varios Estados de la región, se han referido al carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana o han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por ésta.

87. En atención a todo lo anterior, la Corte reitera, por un lado, que sus sentencias producen el efecto de cosa juzgada y tienen carácter vinculante, lo cual deriva de la ratificación de la Convención y del reconocimiento de la jurisdicción del Tribunal, actos soberanos que el Estado Parte realizó conforme sus procedimientos constitucionales y, por otro, que el control de convencionalidad es una obligación de las autoridades estatales y su ejercicio compete, solo subsidiaria o complementariamente, a la Corte Interamericana cuando un caso ha sido sometido a su jurisdicción.

88. En consecuencia, la pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad que ejerce la Corte, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional

y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquéllos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria.

102. Una vez que este Tribunal ha dictado Sentencia en el presente caso, la cual produce los efectos de la autoridad de cosa juzgada, de conformidad con los principios generales del Derecho Internacional y con lo dispuesto en los artículos 67 y 68 de la Convención Americana, el Estado y todos sus órganos se encuentran obligados a darle pleno cumplimiento. La Sentencia no se limita en su efecto vinculante a la parte dispositiva del fallo, sino que incluye todos los fundamentos, motivaciones, alcances y efectos del mismo, de modo que aquélla es vinculante en su integridad, incluyendo su *ratio decidendi*. Así, puesto que la parte resolutive o dispositiva de la Sentencia refiere expresa y directamente a su parte considerativa, ésta es claramente parte integral de la misma y el Estado también está obligado a darle pleno acatamiento. La obligación del Estado de dar pronto cumplimiento a las decisiones de la Corte es parte intrínseca de su obligación de cumplir de buena fe con la Convención Americana y vincula a todos sus poderes y órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, por lo cual no puede invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento de la Sentencia. En razón de estar en presencia de cosa juzgada internacional, y precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, sería contradictorio utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir la Sentencia en su integridad.

Control de convencionalidad en el ámbito interno

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013

79. Además, en el caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, la Corte Interamericana ordenó al Estado la realización de un nuevo juicio al que debía ser sometido el peticionario. La Corte observó y valoró positivamente los términos del Acuerdo No. 96-2006 tomado por la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, el cual constituía un precedente de importante trascendencia en el ámbito del sistema interamericano en lo concerniente a la ejecución de sentencias de este Tribunal, al designar un tribunal para que realizara un nuevo juicio en virtud de lo resuelto por la Corte Interamericana.

80. Por otra parte, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala emitió diversas resoluciones declarando la autoejecutabilidad de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos De la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros), De los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), Bámaca Velásquez, y Carpio Nicolle y otros, todos contra el Estado de Guatemala. En estos fallos, la Corte Interamericana encontró que el proceso penal referido a cada uno de los casos mencionados había violado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que, en consecuencia, ordenó al Estado guatemalteco investigar efectivamente los hechos que generaron dichas violaciones, así como identificar, juzgar y sancionar a los responsables. En cumplimiento de lo ordenado por la Corte Interamericana, la Cámara Penal de la Corte Suprema declaró la nulidad de las sentencias nacionales correspondientes, así como de todo lo actuado con posterioridad y, en consecuencia, ordenó un nuevo procesamiento respetuoso de las reglas del debido proceso y el

cumplimiento de los fines del proceso penal de demostración de los hechos y sanción de los autores responsables. Finalmente, la Cámara Penal de la Corte Suprema declaró que como la República de Guatemala no podía oponer su Derecho interno ni alegar ausencia de procedimientos o normativa para el cumplimiento de la sentencia internacional, el acto de ejecución de la misma tenía el efecto de acto extraordinario del procedimiento común.

81. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha señalado que "las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorias para el Poder Judicial de la Federación en sus términos. Por tanto [en los casos en que México haya sido parte del caso], para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio".

82. Asimismo, el 12 de mayo de 2010, mediante el Acuerdo Número 240, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá indicó que "la República de Panamá, como miembro de la comunidad internacional, reconoce, respeta y acata las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", y resolvió remitir el Fallo de este Tribunal en relación con el caso Tristán Donoso a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Posteriormente, la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia emitió una sentencia en la que se indicó que "en atención a lo dispuesto en la sentencia de 27 de enero de 2009, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considera[ba] esta Superioridad necesaria la absolución del señor Santander Tristán Donoso de los cargos como autor del delito de Calumnia [...] y en consecuencia, dejar sin efecto, la pena".

Parámetro de convencionalidad ampliado a las opiniones consultivas

Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/ o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/ 14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21

31. Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima 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, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos". A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.I) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos.

XX. DESAPARICIÓN FORZADA

Naturaleza y características de la desaparición forzada

La desaparición forzada de personas es una violación de derechos humanos que tiene características especiales, y que la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha ido sistematizando. Uno de los elementos que caracteriza este tipo de violación es que se trata de una violación múltiple y compleja de derechos. Además, la desaparición forzada es un ejemplo de violación continua de derechos humanos. A partir de estas características, la Corte Interamericana ha calificado esta violación de derechos como una de particular gravedad. Asimismo, fundada en las características de las desapariciones, ha establecido estándares particulares.

Elementos de la desaparición forzada

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

64. Dada la particular relevancia de las transgresiones que conlleva y la naturaleza de los derechos lesionados, el concepto de desaparición forzada de personas se ha consolidado internacionalmente en tanto grave violación de derechos humanos.

65. Esta caracterización resulta consistente con otras definiciones contenidas en diferentes instrumentos internacionales que señalan como elementos concurrentes y constitutivos de la desaparición forzada: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de éstos, y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la persona interesada. Además, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las decisiones de diferentes instancias de las Naciones Unidas, al igual que varias Cortes Constitucionales y otros altos tribunales de los Estados americanos, coinciden con la caracterización indicada. **(En similar sentido, ver entre otros: Corte IDH. Caso Maidanik y otros Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 15 de noviembre de 2021. Serie C No. 444, párr. 112).**

Violación múltiple y compleja de carácter continuo y permanente

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

72. En este caso es necesario reiterar el fundamento jurídico que sustenta una perspectiva integral sobre la desaparición forzada de personas en razón de la pluralidad de conductas que, cohesionadas por un único fin, vulneran de manera permanente, mientras subsistan, bienes jurídicos protegidos por la Convención.

73. En una perspectiva comprensiva de la gravedad y el carácter continuado o permanente de la figura de la desaparición forzada de personas, ésta permanece mientras no se conozca el paradero de la persona desaparecida y se determine con certeza su identidad.

74. La desaparición forzada constituye una violación múltiple de varios derechos protegidos por la Convención Americana que coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otras vulneraciones conexas, siendo particularmente grave cuando forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado.

75. La práctica de desaparición forzada implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su prohibición ha alcanzado carácter de *jus cogens*. (En similar sentido, ver entre otros: Corte IDH. *Caso Maidanik y otros Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 15 de noviembre de 2021. Serie C No. 444, párrs. 113-114).

Derecho a la vida, integridad personal y libertad personal

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

94. Por otro lado, la desaparición forzada de María Claudia García es violatoria del derecho a la integridad personal porque el solo hecho del aislamiento prolongado y de la incomunicación coactiva, representa un tratamiento cruel e inhumano en contradicción con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 de la Convención.

95. Además, una vez detenida, ella estuvo bajo control de cuerpos represivos oficiales que impunemente practicaban la tortura, el asesinato y la desaparición forzada de personas, lo que representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad personal y a la vida, reconocidos en los artículos 5 y 4 de la Convención Americana, aún en el supuesto de que no puedan demostrarse los hechos de torturas o de privación de la vida de la persona en el caso concreto.

96. Si bien no hay información categórica acerca de lo ocurrido a María Claudia García con posterioridad a la sustracción de su hija, la práctica de desapariciones ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la Convención.

99. Esta desaparición forzada constituye, por la naturaleza de los derechos lesionados, una violación de una norma *jus cogens*, especialmente grave por haber acontecido como parte de una práctica sistemática de “terrorismo de Estado” a nivel inter-estatal.

100. La preparación y ejecución de la detención y posterior desaparición forzada de María Claudia García no habrían podido perpetrarse sin el conocimiento u órdenes superiores de las jefaturas militares, de policía e inteligencia de ese entonces, o sin la colaboración, aquiescencia o tolerancia, manifestadas en diversas acciones realizadas en forma coordinada o concatenada, de miembros de los cuerpos de seguridad y servicios de inteligencia (e inclusive diplomáticos) de los Estados involucrados, por lo que los agentes estatales faltaron gravemente a sus deberes de prevención y protección de los derechos de las víctimas, consagrados en el artículo 1.1 de la Convención Americana, y utilizaron la investidura oficial y recursos otorgados por el Estado para cometer las violaciones. (En similar sentido, ver entre otros: Corte IDH. *Caso Maidanik y otros Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 15 de noviembre de 2021. Serie C No. 444, párr. 114).

Sustracción de niñas, niños y adolescentes como una forma de desaparición forzada**Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221**

131. La situación de un menor de edad cuya identidad familiar ha sido alterada ilegalmente y causada por la desaparición forzada de uno de sus padres, como es el caso relativo a María Macarena Gelman, solo cesa cuando la verdad sobre su identidad es revelada por cualquier medio y se garantizan a la víctima las posibilidades jurídicas y fácticas de recuperar su verdadera identidad y, en su caso, vínculo familiar, con las consecuencias jurídicas pertinentes. Así, el Estado no garantizó su derecho a la personalidad jurídica, en violación del artículo 3 de la Convención.

132. En mérito de lo anterior, la sustracción, supresión y sustitución de identidad de María Macarena Gelman García como consecuencia de la detención y posterior traslado de su madre embarazada a otro Estado pueden calificarse como una forma particular de desaparición forzada de personas, por haber tenido el mismo propósito o efecto, al dejar la incógnita por la falta de información sobre su destino o paradero o la negativa a reconocerlo, en los propios términos de la referida Convención Interamericana. Esto es consistente con el concepto y los elementos constitutivos de la desaparición forzada ya abordados [...], entre ellos, la definición contenida en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de 2007, que en su artículo 2° se refiere a “cualquier otra forma de privación de libertad”. Además, tal situación está prevista específicamente en el artículo 25 de esta Convención Internacional y ha sido reconocida por varios órganos internacionales de protección de los derechos humanos. En el caso del Uruguay, sus disposiciones internas reconocen a los niños y niñas sustraídas como víctimas de desapariciones forzadas.

Obligación de investigar**Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221**

184. La obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención. El deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas, de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios.

186. En definitiva, toda vez que haya motivos razonables para sospechar que una persona ha sido sometida a desaparición forzada debe iniciarse una investigación. Esta obligación es independiente de que se presente una denuncia, pues en casos de desaparición forzada el derecho internacional y el deber general de garantía, imponen la obligación de investigar el caso *ex officio*, sin dilación, y de una manera seria, imparcial y efectiva. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientarse a la determinación de la verdad. Este es un elemento fundamental y condicionante para la protección de los derechos afectados por esas situaciones. En cualquier caso, toda autoridad estatal, funcionario público o particular que haya tenido noticia de actos destinados a la desaparición forzada de personas, deberá denunciarlo inmediatamente.

Caso Maidanik y otros Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 15 de noviembre de 2021. Serie C No. 444

138. A la luz del deber de investigar, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar *ex officio* y sin dilación una investigación seria, imparcial y efectiva, que se realice por todos los medios legales disponibles y esté orientada a la determinación de la verdad.

139. Si bien el deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado, debe ser asumida por el Estado “como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas, de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios”. La debida diligencia en la investigación “exige que se lleve[n] a cabo todas aquellas actuaciones y averiguaciones necesarias para procurar el resultado que se persigue”.

140. Por otra parte, el artículo 8.1 de la Convención requiere que los hechos investigados en un proceso penal sean resueltos en un plazo razonable, toda vez que “una demora prolongada en el proceso puede llegar a constituir, en ciertos casos, por sí misma, una violación de las garantías judiciales”.

Respecto a la determinación del paradero de personas desaparecidas

Corte IDH. Caso Maidanik y otros Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 15 de noviembre de 2021. Serie C No. 444

151. La Corte advierte, en primer lugar, que en casos de personas desaparecidas la respuesta estatal resulta esencial para la protección de la vida e integridad de la persona afectada. Es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades, a partir del conocimiento de la desaparición, ordenando y llevando a cabo medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de la persona o el lugar donde pueda encontrarse privada de libertad. La investigación, por la vía judicial o administrativa, debe llevarse a cabo con la debida diligencia, en forma seria de modo que se realicen todos los esfuerzos, de manera sistemática y rigurosa.

152. Pese a lo anterior, no surge de los hechos que el Estado hubiera realizado acciones de búsqueda en forma inmediata luego de recibir, entre mayo y julio de 1985, denuncias sobre las desapariciones de Óscar Tassino Asteazu y Luis Eduardo González. Los primeros actos estatales que recogen y asientan información sobre el posible destino de las víctimas datan de 2005, y de los dichos del propio Estado surge que dicha información no es conclusiva. Uruguay, en efecto, ha manifestado que hay “versiones diferentes”, y que la búsqueda continúa. En definitiva, luego de más de 44 años de sus desapariciones, todavía no hay certeza sobre el paradero de las dos personas nombradas o de sus restos mortales, y no constan acciones efectivas tendientes a ello. El Estado, en este aspecto, no ha observado una conducta diligente.

Respecto a la determinación de responsabilidades penales

Corte IDH. Caso Maidanik y otros Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 15 de noviembre de 2021. Serie C No. 444

153. En relación con las actuaciones tendientes a determinar responsabilidades penales, con anterioridad a 2006 el principal obstáculo al avance en las investigaciones judiciales se debió a la aplicación de la Ley de Caducidad, cuestión que ya ha sido examinada. Por ello, la Corte entiende que resulta innecesario ahondar en el examen de aspectos puntuales de las actuaciones con anterioridad a ese año. En ese marco, este Tribunal, en particular, hace notar que no resulta necesario analizar alegadas violaciones relacionadas con la intervención del fuero militar o conflictos de competencia entre el fuero ordinario y el fuero militar, resueltos a favor del primero.

154. En relación con lo sucedido a partir de 2006, la Corte advierte que, respecto a las investigaciones de las desapariciones forzadas de los señores González Gonzalez y Tassinio Asteazu, los argumentos de la Comisión y los representantes refieren a aspectos que se relacionan con la razonabilidad de la duración de los procesos y el derecho a conocer la verdad, cuestiones que se analizan más adelante. En relación con la indagación sobre las muertes violentas de Diana Maidanik, Silvia Reyes y Laura Raggio, es posible examinar dos cuestiones adicionales: la falta de perspectiva de género y la demora en la tramitación de los recursos. [...]

Dilaciones procesales

Corte IDH. Caso Maidanik y otros Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 15 de noviembre de 2021. Serie C No. 444

159. Por otro lado, respecto a las demoras en la resolución de recursos, este Tribunal recuerda que los [órganos judiciales] como rectores del proceso tienen el deber de dirigir y encausar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad. De este modo, si las autoridades permiten y toleran el uso [desproporcionado de acciones o recursos que pueden tener efectos dilatorios], los transforman en un medio para que los que cometen un ilícito penal dilaten y entorpezcan el proceso judicial. Esto conduce a la violación de la obligación internacional del Estado de prevenir y proteger los derechos humanos y menoscaba el derecho de la víctima y de sus familiares a saber la verdad de lo sucedido, a que se identifique y se sancione a todos los responsables y a obtener las consecuentes reparaciones.

Obligaciones de cooperación interestatal en relación a investigación y extradición

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

234. Igualmente, por tratarse no solo de un patrón sistemático en que múltiples autoridades pudieron estar implicadas sino también de una operación transfronteriza, el Estado ha debido utilizar y aplicar en este caso las herramientas jurídicas adecuadas para el análisis del caso, las categorías penales correspondientes con los hechos por investigar y el diseño de una adecuada investigación capaz de recopilar y sistematizar la diversa y

vasta información que ha sido reservada o que no puede fácilmente accederse a ella y que contemple la necesaria cooperación inter-estatal.

Incompatibilidad de las normas eximentes de responsabilidad con el deber de investigar

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

195. Las amnistías o figuras análogas han sido uno de los obstáculos alegados por algunos Estados para investigar y, en su caso, sancionar a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos. Este Tribunal, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los órganos de las Naciones Unidas y otros organismos universales y regionales de protección de los derechos humanos se han pronunciado sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía relativas a graves violaciones de derechos humanos con el derecho internacional y las obligaciones internacionales de los Estados.

XXI. DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES

Falta de perspectiva de género

Corte IDH. Caso Maidanik y otros Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 15 de noviembre de 2021. Serie C No. 444

155. Respecto a la primera cuestión, la aducida falta de perspectiva de género en los procesos internos, aunque no fue alegado por las partes en sus escritos iniciales, la Corte tendrá en consideración la Convención de Belém do Pará, tratado en vigor para Uruguay desde mayo de 1996. Lo hará con base en el principio *iura novit curia*, y considerando que el derecho de defensa del Estado no se ve afectado, ya que pudo referirse a los hechos que sustentarían la violación a ese instrumento, y ha hecho manifestaciones sobre la cuestión en la audiencia pública y en sus alegatos finales escritos.

156. La Corte ha indicado que el artículo 7.b de la Convención de Belém do Pará obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Ante un acto de violencia contra una mujer, “resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección”.

157. La Corte nota lo señalado por el Fiscal Especializado en su declaración testimonial oral en la audiencia pública, quien explicó que la perspectiva de género “no fue analizada” pues “lo que se produjo en esa causa fue llanamente una ejecución de las personas que estaban dentro de la casa sin tener conocimiento los victimarios de que se trataba de mujeres o no”. Pese a lo anterior, constan declaraciones que señalan la posibilidad de que los militares pudieran advertir que en la casa había una mujer embarazada, y que las tres mujeres gritaban que por favor no las mataran, lo que hace suponer que los victimarios pudieron figurarse que atacarían contra mujeres. Hubo señalamientos, además de que el

cuerpo de una de ellas fue hallado desnudo, sin que conste que se haya indagado sobre las circunstancias de por qué se encontraba así.

158. Dado lo anterior, la Corte entiende que no puede descartarse a priori que en el caso se hubieren presentado actos de violencia de género, y que ello debió ser específicamente investigado. De las aseveraciones del Fiscal Especializado surge con claridad que no se han realizado indagaciones al respecto. Esto configura una conducta omisiva negligente y contraria al deber de sancionar actos de violencia contra las mujeres. Por ello, el Estado incumplió el artículo 7.b de la Convención de Belém do Pará.

XXII. MEDIDAS DE REPARACIÓN

Consideraciones generales

Corte IDH. Caso Maidanik y otros Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 15 de noviembre de 2021. Serie C No. 444

191. Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana, la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado.

192. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación a fin de resarcir los daños de manera integral por lo que, además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados.

193. La Corte ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por lo tanto, la Corte deberá observar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho.

Obligación de investigar

Investigación, determinación, enjuiciamiento y, en su caso, sanción de todos los responsables

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

250. Tanto la Comisión como los representantes solicitaron que se ordene al Estado la realización de una investigación completa, imparcial, efectiva y pronta de los hechos con

el objeto de establecer y sancionar la responsabilidad intelectual y material de todas las personas que participaron en los hechos.

251. Al respecto, además de lo señalado en su reconocimiento de responsabilidad, en sus alegatos finales el Estado manifestó que actualmente hay una contundente interpretación administrativa y judicial que ha llevado a la rotunda desaplicación de la Ley de Caducidad en este caso y, en general, por las decisiones de la Suprema Corte que evidencian “el cambio radical que [...] ha operado con relación a los efectos y alcance” de dicha Ley. Manifestó que la Cámara de Representantes aprobó en octubre de 2010 un proyecto de ley interpretativa de la Ley de Caducidad, que “suprime los efectos” de la misma y que estaría “siendo tratado por la Cámara de Senadores”.

252. La Corte determina, en vista de los hechos probados y de conformidad con las violaciones declaradas, que el Estado debe investigar los hechos, identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de la desaparición forzada de María Claudia García, la de María Macarena Gelman, esta última como consecuencia de la sustracción, supresión y sustitución de su identidad, así como de los hechos conexos.

253. Para ello, dado que la Ley de Caducidad carece de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, el Estado deberá asegurar que aquélla no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay.

254. En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo.

255. El Estado debe conducir la mencionada investigación eficazmente, de modo que se lleve a cabo en un plazo razonable, disponiendo al respecto la indispensable celeridad de la actual causa incoada o la instrucción de una nueva, según sea más conveniente para ello y asegurando que las autoridades competentes realicen las investigaciones correspondientes *ex officio*, contando al efecto de las facultades y recursos necesarios y permitiendo que las personas que participen en la investigación, entre ellas los familiares de las víctimas, los testigos y los operadores de justicia, cuenten con las debidas garantías de seguridad.

256. Particularmente, la Corte considera que, con base en su jurisprudencia, el Estado debe asegurar el pleno acceso y capacidad de actuar de los familiares de las víctimas en todas las etapas de la investigación y el juzgamiento de los responsables. Adicionalmente, los resultados de los procesos correspondientes deberán ser publicados para que la sociedad uruguaya conozca los hechos objeto del presente caso, así como a sus responsables.

Corte IDH. Caso Maidanik y otros Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 15 de noviembre de 2021. Serie C No. 444

204. Para ello, dado que como ya ha determinado este Tribunal, “la Ley de Caducidad carece de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir la

investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos”, el Estado deberá asegurar que aquella no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso.

205. En relación con lo dicho, es preciso recordar que este Tribunal ya ha advertido, en su Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia sobre el caso *Gelman Vs Uruguay* de 20 de marzo de 2013, en primer término, que “no resulta admisible que se considere prescrita la acción penal de dichos delitos que hasta la fecha se pueden seguir consumando, como lo es la desaparición forzada. Al ser un delito permanente, está fuera de discusión la aplicabilidad del principio de irretroactividad de la ley penal o de la prescripción”.

206. En segundo lugar, en relación tanto con actos de desaparición forzada como respecto a otras graves violaciones a derechos humanos, como ejecuciones extrajudiciales, en la misma oportunidad este Tribunal señaló que “es incompatible con las obligaciones internacionales de un Estado Parte en la Convención que éste deje de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos que por su naturaleza sean imprescriptibles, en perjuicio del derecho de las víctimas de acceso a la justicia, amparándose en una situación de impunidad que sus propios poderes y órganos hayan propiciado”.

207. La Corte agregó, en la misma oportunidad, que “en casos en que el aparato estatal ha servido de instrumento para la comisión de esos graves crímenes y en que los agentes responsables contaban, al momento de su comisión, con la tolerancia, apoyo y garantías de impunidad que les aseguró y aseguraría el propio Estado”, no cabe una interpretación estricta de la garantía procesales de prescripción, sin que ello implique “desnaturalizar su sentido mismo y dejar de atender la consecución de las expectativas legítimas de las víctimas a su derecho de acceso a la justicia”.

208. El Estado debe conducir las investigaciones ordenadas en la presente sentencia de conformidad a las pautas antes mencionadas.

209. Asimismo, debe llevar a cabo tales investigaciones de modo eficaz, con la máxima celeridad posible y en un plazo razonable, disponiendo al respecto las medidas conducentes a tales efectos, incluso para evitar y, de ser procedente de conformidad con el derecho interno, sancionar, el uso abusivo de recursos u otras acciones claramente dilatorias por parte de las personas imputadas o su representación legal.

210. Al respecto, como ya ha señalado este Tribunal respecto de Uruguay, el Estado no debe permitir que el ejercicio de acciones o recursos tengan efectos dilatorios y entorpecedores en los procesos y constituyan un obstáculo en el acceso a la justicia de las víctimas. Los jueces, como rectores de proceso, deben dirigir y encausar los procedimientos judiciales con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso en pro del formalismo y de la impunidad, así como tramitar los recursos judiciales de manera tal que se restrinja el uso desproporcionado de acciones que puedan tener efectos dilatorios o entorpecedores. Las autoridades, a su vez, deben abstenerse de realizar actos que impliquen la obstrucción de los procesos investigativos.

211. El Estado debe asegurar que las autoridades competentes realicen las investigaciones correspondientes *ex officio*, contando, para ese cometido, con las facultades y recursos necesarios, inclusive logísticos y científicos, para recabar y procesar las pruebas, así como para acceder plenamente a la documentación e información pertinente y para llevar a cabo las actuaciones y averiguaciones esenciales para esclarecer lo sucedido a las personas desaparecidas y a las víctimas de ejecución extrajudicial. Deben evitarse, al respecto,

omisiones en la consideración y valoración de la prueba y el seguimiento de líneas lógicas de investigación. Todas las autoridades estatales están obligadas a colaborar en la recaudación de la prueba, por lo que deberán brindar al juez de la causa toda la información que requiera y abstenerse de actos que impliquen la obstrucción para la marcha del proceso investigativo.

212. El Estado debe, en tanto resulte necesario, adoptar todas las medidas procedentes, de carácter judicial y diplomático, para juzgar y sancionar a todos los responsables de las violaciones cometidas, impulsando por todos los medios a su alcance las solicitudes de extradición que correspondan bajo las normas internas o de derecho internacional pertinentes. Uruguay y el resto de los Estados Partes en la Convención Americana, deben colaborar entre sí para erradicar la impunidad de las violaciones cometidas en este caso mediante el juzgamiento y sanción de sus responsables.

213. El Estado, por otra parte, debe asegurar el pleno acceso y capacidad de actuar de los familiares de las víctimas en todas las etapas de la investigación y el juzgamiento de los responsables. Dichas personas, así como otras que participen en las investigaciones, tales como testigos y operadores de justicia, deben contar con debidas garantías de seguridad.

214. El Estado, en relación con las ejecuciones extrajudiciales de Diana Maidanik, Silvia Reyes y Laura Raggio, debe llevar a cabo las actuaciones observando la perspectiva de género, de acuerdo a las pautas señaladas en la presente Sentencia.

215. Adicionalmente, los resultados de los todos los procesos correspondientes deberán ser públicos, para que la sociedad uruguaya conozca los hechos objeto del presente caso, así como a sus responsables.

Búsqueda del paradero

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

258. La aspiración de los familiares de las víctimas de identificar el paradero de los desaparecidos y, en su caso, conocer donde se encuentran sus restos, recibirlos y sepultarlos de acuerdo a sus creencias, cerrando así el proceso de duelo que han estado viviendo a lo largo de los años, constituye una medida de reparación y, por lo tanto, genera el deber correlativo para el Estado de satisfacer esa expectativa, además de proporcionar con ello información valiosa sobre los autores de las violaciones o la institución a la que pertenecían.

259. En consecuencia, como una medida de reparación del derecho a conocer la verdad que tienen las víctimas, el Estado debe continuar con la búsqueda efectiva y localización inmediata de María Claudia García, o de sus restos mortales, ya sea a través de la investigación penal o mediante otro procedimiento adecuado y efectivo. La realización de dichas diligencias debe ser efectuada acorde a los estándares internacionales.

260. Las referidas diligencias deberán ser informadas a sus familiares y en lo posible procurar su presencia. En el evento que se encuentren los restos mortales de María Claudia García, éstos deberán ser entregados a sus familiares a la mayor brevedad posible, previa comprobación genética de filiación. Además, el Estado deberá asumir los gastos fúnebres, en su caso, de común acuerdo con sus familiares. Los gastos que todo lo anterior ocasione deberán ser asumidos por el Estado.

Corte IDH. Caso Maidanik y otros Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 15 de noviembre de 2021. Serie C No. 444

220. En consecuencia, como una medida de reparación del derecho a conocer la verdad que tienen las víctimas, el Estado debe efectuar una búsqueda rigurosa por la vía judicial y administrativa pertinente, en la cual realice todos los esfuerzos para determinar, a la mayor brevedad, el paradero de Óscar Tassino Asteazu y Luis Eduardo González González, la cual deberá realizarse de manera sistemática y contando con los recursos humanos, técnicos y científicos adecuados e idóneos. Para las referidas diligencias se debe establecer una estrategia de comunicación con los familiares y acordar un marco de acción coordinada, para procurar su participación, conocimiento y presencia. Si las víctimas o alguna de ellas se encontrare fallecida, los restos mortales deberán ser entregados a sus familiares, previa comprobación fehaciente de identidad, a la mayor brevedad posible y sin costo alguno para ellos. Además, el Estado deberá cubrir los gastos fúnebres, en su caso, de común acuerdo con los familiares.

Medidas de satisfacción

Acceso público a los archivos estatales

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

282. La Corte valora positivamente que exista una ley en Uruguay que proteja el derecho al acceso a la información pública, como lo ha informado el Estado. Si bien en el presente caso no se ha constatado la aplicación de dicha norma a favor de las víctimas, el Tribunal ha observado que una de las limitaciones para avanzar en la investigación es que la información acerca de las graves violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura reposa en diferentes archivos de seguridad nacional que se encuentran disgregados y cuyo control no es adecuado. Puesto que tal información puede ser útil para los funcionarios que realizan las investigaciones judiciales al respecto, el Estado deberá adoptar las medidas pertinentes y adecuadas para garantizar el acceso técnico y sistematizado a esa información, medidas que deberá apoyar con las asignaciones presupuestarias adecuadas.

Publicación y difusión de la sentencia

Corte IDH. Caso Maidanik y otros Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 15 de noviembre de 2021. Serie C No. 444

233. La Corte, como en otros casos, dispone que el Estado deberá publicar, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia: a) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el Diario Oficial, en un tamaño de letra legible y adecuado; b) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional, en un tamaño de letra legible y adecuado, y c) la presente Sentencia en su integridad, disponible por un período de un año, en un sitio web oficial del Gobierno Nacional. El Estado deberá informar de forma inmediata a esta Corte una vez que proceda a realizar cada una de las publicaciones dispuestas, independiente del plazo de un año para presentar su primer informe dispuesto en el punto resolutivo 9 de esta Sentencia.

Acto público de reconocimiento de responsabilidad

Corte IDH. Caso Maidanik y otros Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 15 de noviembre de 2021. Serie C No. 444

234. Por otra parte, este Tribunal aprecia la información brindada por el Estado, sobre diversas medidas de reparación simbólica que ha adoptado respecto a víctimas de violaciones a derechos humanos cometidas durante la dictadura militar. En ese sentido, como lo ha hecho en anteriores oportunidades, y en particular al pronunciarse sobre el caso *Gelman Vs. Uruguay*, la Corte valora favorablemente aquellos actos realizados por los Estados que tienen como efecto la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos, tales como los mencionados en el párrafo.

235. No obstante, esta Corte considera también la gravedad de las violaciones cometidas en este caso, así como la circunstancia de que todavía, luego de más de 44 años, no se haya determinado el paradero de Óscar Tassino Asteazú y Luis Eduardo González González así como de que no hayan concluido las investigaciones y procesos penales relativos a sus desapariciones forzadas y las ejecuciones extrajudiciales de Diana Maidanik, Silvia Reyes y Laura Raggio. Al respecto, sin perjuicio del valor de las reparaciones simbólicas ya adoptadas por el Estado, las circunstancias aludidas hacen que resulte pertinente que el Estado, a través de sus altas autoridades, reafirme públicamente su voluntad de dar con el paradero de las víctimas desaparecidas e investigar, sancionar y reparar adecuadamente las violaciones a derechos humanos cometidas en este caso.

236. Por lo tanto, la Corte ordena a Uruguay realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en relación con los hechos del presente caso, refiriéndose a las violaciones establecidas en esta Sentencia, así como al compromiso del Estado de cumplir la misma y de dar con el paradero de las víctimas desaparecidas e investigar, sancionar y reparar adecuadamente las violaciones a derechos humanos cometidas en este caso. El acto deberá llevarse a cabo mediante una ceremonia pública conducida por altas autoridades nacionales, con presencia de altas autoridades del Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial, así como de altas autoridades militares y de la Fiscalía Especializada, la Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo (INDDHH). El acto público, asimismo, debe contar con presencia de las víctimas del presente caso. El Estado deberá acordar con las víctimas o sus representantes la modalidad de cumplimiento del acto público de reconocimiento, así como las particularidades que se requieran, tales como el lugar y la fecha para su realización. Dicho acto deberá ser difundido a través de medios de comunicación y, para su realización, el Estado cuenta con el plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia.

Medidas de rehabilitación

Corte IDH. Caso Maidanik y otros Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 15 de noviembre de 2021. Serie C No. 444

224. La Corte ha determinado la afectación a la integridad personal de las víctimas familiares de las tres víctimas ejecutadas y de las dos víctimas de desaparición forzada.

225. Por ello, este Tribunal considera que es preciso disponer una medida de reparación que brinde una atención adecuada a los padecimientos psicológicos y/o psiquiátricos

sufridos por las víctimas familiares de Luis Eduardo González González, Óscar Tassino, Diana Maidanik, Silvia Reyes y Laura Raggio, que atienda a sus especificidades y antecedentes.

226. En consecuencia, esta Corte ordena al Estado que, conforme las pautas que se indican en los párrafos siguientes, brinde a tales personas tratamiento psicológico o psiquiátrico, en tanto estas así lo requieran.

227. El tratamiento deberá prestarse a las víctimas en forma gratuita y prioritaria, y deberá incluir la provisión de los medicamentos que pudieran ser necesarios y, en su caso, el transporte y otros gastos directamente relacionados y necesarios. El tratamiento, asimismo, deberá prestarse, en la medida de lo posible, en los centros más cercanos a los lugares de residencia de las personas beneficiarias, por el tiempo que sea necesario. Al proveer los tratamientos deben considerarse las circunstancias y necesidades particulares de cada víctima, según lo que se acuerde con ella y después de una evaluación individual.

228. El Estado, podrá cumplir la medida ordenada mediante instituciones públicas y/o por medio de la aplicación de las acciones previstas en las leyes No. 18.033 y 18.596, y el Decreto No. 297/010, así como de otras disposiciones normativas vigentes o políticas públicas que tuviera, siempre y cuando ello se adecuó a las pautas antes referidas. En cualquier caso, la atención psiquiátrica o psicológica a las víctimas no podrá ser obstaculizada o demorada por requisitos o trámites administrativos o burocráticos. En ese sentido, sin perjuicio de la eventual aplicación de disposiciones normativas o políticas estatales para el cumplimiento de la medida de rehabilitación ordenada, la misma es debida a las víctimas por su calidad de tales y en virtud del mandato directo de la presente Sentencia, y ello no puede quedar supeditado, limitado, demorado u obstaculizado por requisitos o trámites previstos en la normativa interna.

229. Las personas beneficiarias disponen de un plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, para confirmar al Estado su intención de recibir atención psicológica y/o psiquiátrica. A su vez, el Estado dispondrá de un plazo máximo de seis meses, contado a partir de la recepción de dicha solicitud, para comenzar a brindar de manera efectiva la atención solicitada. En cualquier caso, sin perjuicio de los plazos establecidos, el Estado debe cumplir la medida ordenada con la máxima celeridad posible. Si las personas beneficiarias no comunicaren en el plazo establecido su intención de recibir atención psicológica y/o psiquiátrica el Estado queda eximido de brindarla.

Garantías de no repetición

Fortalecimiento de la Fiscalía Especializada en Crímenes de Lesa Humanidad

Corte IDH. Caso Maidanik y otros Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 15 de noviembre de 2021. Serie C No. 444

254. Este Tribunal, teniendo en cuenta la necesidad evidente de celeridad en las actuaciones dirigidas a investigar y sancionar graves violaciones a derechos humanos cometidas durante la dictadura, dispone que el Estado, en un plazo razonable y con la mayor celeridad posible, adopte las acciones correspondientes, legislativas, administrativas, financieras, presupuestarias o de cualquier otra índole, para fortalecer la capacidad de actuación de la Fiscalía Especializada, mediante la provisión a la misma de mayor personal y/o presupuesto, así como de cualquier otro recurso que se estime pertinente.

255. En el marco de esas acciones de fortalecimiento de la Fiscalía Especializada, dicho organismo deberá adoptar un plan estratégico dirigido a enjuiciar y castigar debidamente a los autores de actos de violencia contra la mujer cometidos durante la dictadura cívico militar.

Capacitación a la administración de justicia y a las fuerzas militares

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

278. En mérito de lo constatado en el expediente, el Tribunal establece que, sin perjuicio de los programas de capacitación para funcionarios públicos en materia de derechos humanos que ya existan en Uruguay, el Estado debe implementar, en el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, programas permanentes sobre Derechos Humanos dirigidos a los agentes del Ministerio Público y a los jueces del Poder Judicial del Uruguay, que contemplen cursos o módulos sobre la debida investigación y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas y de sustracción de niños y niñas.

Corte IDH. Caso Maidanik y otros Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 15 de noviembre de 2021. Serie C No. 444

258. La Corte valora el señalamiento estatal sobre la “disposición” para “fortalecer” el conocimiento de integrantes de las fuerzas armadas sobre la “realidad histórica”. Toma nota de la información presentada por Uruguay al respecto, aunque advierte que no refiere a acciones permanentes o continuas de capacitación y sensibilización. Por ello, en atención a la naturaleza de los hechos que dieron lugar a las violaciones a derechos humanos determinadas en el presente caso, este Tribunal ordena al Estado que, en el plazo de un año, integre a la currícula de formación o planes de estudios de integrantes de las Fuerzas Armadas, con la respectiva asignación presupuestaria, cursos de capacitación en relación con derechos humanos, que incluyan, sin perjuicio de otros aspectos relevantes, contenido relativo a las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura, a su incompatibilidad con el derecho internacional y a la necesidad e importancia de evitar su repetición.

Indemnizaciones compensatorias

Corte IDH. Caso Maidanik y otros Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 15 de noviembre de 2021. Serie C No. 444

247. Al supervisar el cumplimiento de su sentencia, en el mismo caso, la Corte advirtió que Uruguay había aprobado el Decreto 323 de 30 de junio de 2011 y la Ley 18.831 de 27 de octubre de 2011, la cual en su artículo 1 dejó sin efecto la Ley de Caducidad. Señaló que estas medidas resultaban “pasos concretos orientados al cumplimiento de la reparación ordenada”, por lo cual, la Corte consideró “que la expedición de estas normas constituye un cumplimiento parcial de esta medida de reparación”. No obstante, el Tribunal señaló que no podía “valorar el cumplimiento total de [la] medida” ordenada porque “persisten interpretaciones judiciales que podrían representar un obstáculo para la investigación de graves violaciones a derechos humanos cometidas durante la dictadura”. En particular, se refirió a interpretaciones judiciales que entendieron inconstitucionales los artículos 2 y 3 de la Ley No. 18.831, que se refieren a la

imprescriptibilidad y carácter de crímenes de lesa humanidad de las violaciones ocurridas durante la dictadura, y que no reconoce el carácter imprescriptible de tales graves violaciones a derechos humanos.

Costas y gastos

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

298. Como ya lo ha señalado la Corte en oportunidades anteriores, las costas y gastos están comprendidos dentro del concepto de reparación consagrado en el artículo 63.1 de la Convención Americana.

302. Los gastos y costas comprenden los generados tanto ante las autoridades de la jurisdicción interna, como ante el Sistema Interamericano. Al respecto, el Tribunal reitera que las pretensiones de las víctimas o sus representantes en materia de costas y gastos, y las pruebas que las sustentan, deben presentarse en el primer momento procesal que se les concede, esto es, en el escrito de solicitudes y argumentos, sin perjuicio de que tales pretensiones se actualicen en un momento posterior, conforme a las nuevas costas y gastos en que se haya incurrido con ocasión del procedimiento. Asimismo, no es suficiente la remisión de documentos probatorios, sino que se requiere que las partes hagan una argumentación que relacione la prueba con el hecho que se considera representado, y que, al tratarse de alegados desembolsos económicos, se establezcan con claridad los rubros y la justificación de los mismos.

303. La Corte observa que de los comprobantes enviados respecto de algunos gastos no se desprende claramente su relación con erogaciones vinculadas al presente caso. Sin embargo, también constata que los representantes incurrieron en diversos gastos ante ella, relativos, entre otros aspectos, a recolección de prueba, transporte, servicios de comunicación en el trámite interno e internacional del presente caso. El Tribunal reitera que le corresponde apreciar prudentemente tales gastos, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de protección de los derechos humanos, apreciación que puede realizar con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su *quantum* sea razonable, disponiendo el reembolso por parte del Estado a las víctimas o sus representantes de aquellos que considere razonables y debidamente comprobados.

Composición 2022-2023

Corte Interamericana de Derechos Humanos



Por orden de precedencia: Presidente Ricardo César Pérez Manrique, vicepresidente Humberto Antonio Sierra Porto, juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, jueza Nancy Hernández López, jueza Verónica Gómez, jueza Patricia Pérez Goldberg, y juez Rodrigo Mudrovitsch.