

Estudios de casos líderes interamericanos

Vol. II. El derecho a la salud / Los derechos culturales / El derecho al nivel de vida adecuado / Los derechos de la familia y de la niñez / El derecho a la movilidad humana / Los derechos a la libertad e integridad personal.

Luis Efrén Ríos Vega - Irene Spigno
Directores

Magda Yadira Robles Garza
Coordinadora

ESTUDIOS DE CASOS LÍDERES INTERAMERICANOS

Vol. II. El derecho a la salud / Los derechos culturales/El derecho al nivel de vida adecuado / Los derechos de la familia y de la niñez / El derecho a la movilidad humana / Los derechos a la libertad e integridad personal

Directores

LUIS EFRÉN RÍOS VEGA-IRENE SPIGNO

Coordinadora

MAGDA YADIRA ROBLES GARZA

Coautores

María Dalli Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
María del Carmen Galván Tello Ricardo García Manrique
Jesús Manuel Martínez Torres Oscar Pérez de la Fuente
Rocío Guadalupe Quiñones Andrade Miguel Revenga Sánchez
Magda Yadira Robles Garza José Manuel Rodríguez Uribe
Tullio Scovazzi Irene Sobrino Guijarro
Ángeles Solanes Corella Irene Spigno



CEDESICA
CENTRO DE DERECHOS
ECONÓMICOS
SOCIALES
CULTURALES Y
AMBIENTALES

tirant lo blanch

Ciudad de México, 2019

Copyright © 2019

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/mex/

© Luis Efrén Ríos Vega
Irene Spigno

© EDITA: TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Río Tiber 66, Piso 4
Colonia Cuauhtémoc
Delegación Cuauhtémoc
CP 06500 Ciudad de México
Tel: +52 1 55 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN: 978-84-9190-772-5
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Does/RSC/Tirant.pdf>

Índice

TABLAS

Jurisprudencia	I
Legislación.....	XV
Otros documentos	XXIX
Abreviaturas	XXXIII
Lista de Autores	XXXVII
Presentación	XXXIX

ESTUDIO INTRODUCTORIO

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: dos lecturas en el sistema interamericano de derechos humanos	45
MAGDA YADIRA ROBLES GARZA	

PRIMERA PARTE

EL DERECHO A LA SALUD

Capítulo 1. El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de los casos <i>Ximenes Lopes vs. Brasil</i> [2006] y <i>Albán Cornejo y otros vs. Ecuador</i> [2007]	91
IRENE SOBRINO GUILJARRO	
Capítulo 2. El derecho a la salud a partir del análisis de casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: <i>Suárez Peralta vs. Ecuador</i> [2013] y <i>Chinchilla Sandoval vs. Guatemala</i> [2016]	113
MARÍA DALÍ	

SEGUNDA PARTE

LOS DERECHOS CULTURALES

Capítulo 3. Derechos culturales y a los territorios ancestrales de los pueblos indígenas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Análisis de los casos <i>Awas Tingni</i> [2001] y <i>Yakye Axa</i> [2005]	143
OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE	
Capítulo 4. El derecho de consulta de los pueblos indígenas en los casos <i>Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador</i> [2012] y <i>Pueblos Kalina y Lokono vs. Surinam</i> [2015]	179
IRENE SPIGNO	

TERCERA PARTE

EL DERECHO AL NIVEL DE VIDA ADECUADO: ALIMENTACIÓN, AGUA Y VIVIENDA

- Capítulo 5. Los derechos a la alimentación, al agua y a la vivienda según la Corte Interamericana de Derechos Humanos 213
TULLIO SCOVAZZI
- Capítulo 6. El derecho a una vida digna como derecho al mínimo vital 239
RICARDO GARCÍA MANRIQUE

CUARTA PARTE

LOS DERECHOS DE LA FAMILIA Y DE LA NIÑEZ

- Capítulo 7. La justiciabilidad de los derechos sociales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a partir de los casos “*Instituto de Reeducción del Menor*” vs. Paraguay [2004] y *Atala Riffó y Niñas* vs. Chile [2012] 259
MARÍA DEL CARMEN GALVÁN TELLO
- Capítulo 8. La protección a los derechos de la familia y de la niñez en la Corte Idh: a propósito de las sentencias *Artavia Murillo y otras vs. Costa Rica* [2012] y *Furlán y familiares vs. Argentina* [2012] 287
MAGDA YADIRA ROBLES GARZA

QUINTA PARTE

EL DERECHO A LA MOVILIDAD HUMANA: MIGRANTES Y DESPLAZADOS

- Capítulo 9. Movilidad humana: desplazamiento forzado interno y asilo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 329
ÁNGELES SOLANES CORELLA
- Capítulo 10. Migrantes y desplazados en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador* [2012] y *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* [2014] 367
JESÚS MANUEL MARTÍNEZ TORRES

SEXTA PARTE

LOS DERECHOS A LA LIBERTAD E INTEGRIDAD PERSONAL

- Capítulo 11. Sobre los derechos a la libertad, a la integridad personal y a la vida. A propósito de las sentencias de la Corte IDH *Cantoral Benavides vs. Perú* [2000] y *Montero Aranguren y otros vs. Venezuela* [2006] 387
JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ URIBES

Capítulo 12. Los derechos a la libertad e integridad personal a la luz del Derecho convencional: los casos <i>Fleury y otros vs. Haití</i> [2011] y <i>Vélez Loor vs. Panamá</i> [2010]	405
MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ ROCÍO GUADALUPE QUIÑONES ANDRADE	

ESTUDIO FINAL

El derecho al trabajo y la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Una nueva etapa en la jurisprudencia interamericana	423
EDUARDO FERRER MAC-GREGOR	

Capítulo 9

Movilidad humana: desplazamiento forzado interno y asilo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

ÁNGELES SOLANES CORELLA*
Universitat de València

SUMARIO: I. Introducción. II. Dos casos paradigmáticos sobre movilidad humana en la Corte IDH. 1. *Comunidades afrodescendientes desplazadas en la Cuenca del Río Caicara (Operación Génesis) vs. Colombia* [2012]. 2. *Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia* [2013]. III. Las vulneraciones de derechos: una interpretación extensiva. 1. Desplazamiento forzado interno. 2. Asilo. IV. La necesidad de reparaciones. 1. La responsabilidad del Estado Colombiano. 2. La responsabilidad del Estado Plurinacional de Bolivia. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Los diferentes procesos de movilidad humana han sido y son una característica inherente de los seres humanos a lo largo de la historia. El surgimiento del denominado como Estado-nación, a partir de los Tratados de Westfalia de 1648, trajo consigo la migración internacional que se ha intensificado como consecuencia de la globalización y, con ella, la resignificación de las fronteras (Solanes Corella 2016). Tanto en Latinoamérica (Lienhard 2011) como en Europa (De Lucas 2015) los movimientos de personas, en todas sus variables, no han dejado de crecer en las últimas décadas, con un aumento considerable de las situaciones de vulnerabilidad y constantes violaciones de derechos.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto I+D+I DER2015-65840-R (MINECO/FEDER) “Diversidad y Convivencia: los derechos humanos como guía de acción”, del Ministerio de Economía y Competitividad y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional; y el proyecto del programa de investigación de excelencia PROMETEO/2014/078 “Justicia social, exigibilidad de los derechos humanos e integración”, de la Generalitat Valenciana.

Es imprescindible comenzar advirtiendo que la movilidad humana comprende la migración internacional y la migración interna. La migración internacional implica “el cruce de una persona o grupo de personas de una frontera estatal internacionalmente reconocida de su país de origen, con el propósito de establecerse por un periodo de tiempo o de manera permanente en otro país del cual no es nacional; mientras que la migración interna se da cuando una persona o grupo de personas se desplazan de un lugar a otro del país del que es nacional, para establecerse allí por un periodo de tiempo o de manera permanente” (Comisión IDH 2015a: 11).

Este estudio pretende analizar ambas realidades a partir de dos casos paradigmáticos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) que, en su papel de garante de los derechos, ha abordado el desplazamiento forzado interno y el asilo. Como se evidenciará, la Corte IDH, en los dos supuestos que se estudian, hace efectivo el principio de interpretación dinámica de los derechos humanos en su doble dimensión. Por una parte, en relación a la progresividad, entendida como la protección cada vez más amplia de los derechos en el contexto internacional y en el nacional; y por otra, en conexión con el dinamismo y la no regresividad que hacen referencia a la obligación de los Estados de no adoptar medidas que puedan reducir el nivel de reconocimiento y protección de los derechos humanos en el ámbito de su jurisdicción nacional.

Además, asegura una lectura extensiva que permite poner en conexión los derechos analizados con los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (en adelante DESCAs), dejando así constancia de la interdependencia de los derechos humanos, que es imprescindible en el examen de las violaciones de los mismos y en los mecanismos de reparaciones. Todo ello, desde una perspectiva semejante a la de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante Tribunal EDH), aunque pueda considerarse, como señala una parte de la doctrina, que “las posiciones de la instancia americana son más audaces que las de la europea, que suele tener opiniones conservadoras en relación con la protección de los migrantes”, si bien “es de destacar la notable precisión conceptual del Tribunal Europeo, frente a los grandes defectos de la técnica americana” (Arletazz 2015: 86).

II. DOS CASOS PARADIGMÁTICOS SOBRE MOVILIDAD HUMANA EN LA CORTE IDH

En los dos casos que se analizarán a continuación, la Corte IDH se ocupa de los derechos de los desplazados internos y los solicitantes de asilo. Para entender el alcance de estas resoluciones, dentro del ámbito de la movilidad humana, es necesario partir de dos precisiones terminológicas. En primer lugar, por lo que a los desplazados internos se refiere, los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos los definen como las personas o grupos de personas que han sido forzados u obligados a huir de sus hogares o lugares de residencia habitual, o a abandonarlos, en particular, a causa de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o desastres naturales o causados por el ser humano, y que aún no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida. En todo caso esta definición no agota todas las posibilidades de desplazamiento interno que puede darse también, por ejemplo, por proyectos de desarrollo a gran escala.¹

En segundo lugar, el término solicitante de asilo alude a la persona que pide el reconocimiento de la condición de refugiado y cuya solicitud todavía no ha sido evaluada de manera definitiva en el país de acogida (Corte IDH, OC-21/14, 19 agosto 2014: párr. 49).

1. *Comunidades afrodescendientes desplazadas en la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia [2013]*

El 20 de noviembre de 2013, dieciséis años después de que ocurrieran los hechos que se enjuiciaban, la Corte IDH dictó sentencia en el caso conocido como *Operación Génesis* u *Operación Cacarica* (en la

¹ Vid. ONU. *Informe del Representante del Secretario General sobre las Personas Internacionalmente Desplazadas*, Sr. Francis M. Deng, presentado con arreglo a la resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos, Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, E/CN.4/1998/53/Add.2 de 11 de febrero de 1998, Introducción: Alcance y Finalidad; Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Representante del Secretario General, señor Francis M. Deng, presentado con arreglo a la Resolución 1997/39. Adición: Principios Rectores de los Desplazamientos Internos. 11 de febrero de 1998, E/CN.4/1998/53/Add.2; y Comisión IDH 2015: 72.

terminología de la Corte *Comunidades afrodescendientes desplazadas en la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*, en la que declaraba responsable internacionalmente al Estado de Colombia por las violaciones de derechos humanos cometidas por haber incumplido con su obligación de garantizar los derechos a la integridad personal y a no ser desplazado forzosamente, dando lugar a la desposesión ilegal de los territorios ancestrales, en perjuicio de los miembros de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Riosucio, Departamento del Chocó).

Asimismo, la Corte IDH consideró al Estado responsable de la privación de vida de Marino López, así como de los actos crueles, inhumanos y degradantes a que fue sometido, cometidos por miembros de grupos paramilitares, por considerar que agentes de la fuerza pública colaboraron para las operaciones de dichos grupos, lo cual les facilitó las incursiones a las comunidades del Cacarica y propició o permitió la comisión de este tipo de actos.

Como quedó demostrado en sede judicial, del 24 al 27 de febrero de 1997 el Ejército Nacional, Brigada XVII, de Colombia, llevó a cabo una operación militar conocida como *Operación Génesis*. Al mismo tiempo, grupos paramilitares de las denominadas Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá (Accu), en el marco de dicha *Operación Cacarica*, emprendieron un avance del norte hacia el sur, desde el Parque Nacional de los Katios, a lo largo del río Cacarica, pasando por Bijao y otras comunidades ubicadas en la ribera de ese río, hasta llegar a las riberas de los ríos Salaquí y Truandó, donde desarrollaron operaciones conjuntas con el Ejército. Dentro de la mencionada *Operación Cacarica*, los paramilitares ejecutaron a Marino López en Bijao y desmembraron su cuerpo. De acuerdo con lo alegado por la defensa del Estado, la finalidad de la *Operación Génesis* era atacar al grupo guerrillero de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC).

Como consecuencia de estas actuaciones, varios centenares de pobladores de la cuenca del río Cacarica se vieron forzados a desplazarse a Turbo, Bocas de Atrato y Panamá, donde permanecieron en asentamientos durante los cuatro años posteriores, en situación de hacinamiento, malas condiciones, falta de privacidad y, en general, sin atención por parte del gobierno. Incluso con el desplazamiento, tras los hechos de febrero de 1997, las personas afectadas continuaron

siendo objeto de actos de hostigamiento, amenazas y violencia por parte de grupos paramilitares. Algunas de las personas desplazadas volvieron a otras comunidades en territorios del río Cacarica.

Los desplazamientos forzados conllevaron, asimismo, no sólo la privación de bienes individuales, sino también colectivos de las comunidades del Cacarica por las destrucciones y saqueos que se produjeron y los daños causados en sus territorios comunitarios. Dichas comunidades sufrieron, además, la desposesión de sus territorios ancestrales, que fueron objeto de explotación ilegal por parte de empresas madereras con permiso o tolerancia del Estado.

Por todo ello, la Corte IDH concluyó en 2013 que el Estado colombiano era responsable por la violación de los derechos reconocidos en los artículos 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 8.1 (garantías judiciales), 19 (derechos del niño), 21 (derecho a la propiedad), 22.1 (derecho de circulación y residencia) y 25 (protección judicial), todos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención ADH).

Siguiendo el procedimiento dual propio del sistema interamericano hasta llegar a esta resolución de la Corte, se sustanció el procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) con la presentación de la petición (12.573) el 1 de junio de 2004, los informes de admisibilidad (86/06) el 21 de octubre de 2006 y el informe de fondo (64/11) el 31 de marzo de 2011. El caso se remitió a la Corte IDH el 25 de julio de 2011. La Comisión IDH solicitó que se declarase al Estado responsable por la violación de los artículos 4 y 5 de la Convención ADH en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento, los artículos 1.1, 5, 11, 17, 19, 21, 24 de la Convención ADH en relación con su artículo 19, los artículos 8 y 25 en relación con el artículo 1.1 de la Convención ADH, así como en relación con los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST). Los representantes de las víctimas no alegaron nuevos derechos. La audiencia ante la Corte IDH se realizó el 11 y 12 de febrero de 2013.

Resulta interesante para llegar a conocer el amplio alcance de este caso y ver cómo se ha ido gestando la protección que finalmente concede la Corte IDH, tomar en consideración la Resolución del presiden-

te de la Corte IDH de 19 de diciembre de 2012 y la solicitud de medidas provisionales en la Resolución de la Corte IDH de 30 de mayo de 2013.

La *Operación Génesis* y todos los acontecimientos que derivaron de la misma son conocidos en Colombia por la brutalidad de los hechos y las duras situaciones que tuvieron que afrontar las comunidades ante la ausencia de protección por parte del Estado no sólo antes o durante, sino incluso después de desplazamiento. Las operaciones militares y paramilitares provocaron el desplazamiento forzado de más de tres mil personas y el asesinato o desaparición de ochenta y seis durante y tras los hechos (Comisión Intereclesial de Justicia y Paz 2009).

El impacto de esta sentencia de la Corte IDH es muy relevante en un contexto como el colombiano, como constatan los informes del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (2011 y 2013), el desplazamiento ha tenido una gran repercusión en la población afrocolombiana y en las comunidades indígenas. En concreto, las comunidades afrocolombianas son uno de los grupos más vulnerables frente a las consecuencias del conflicto armado, puesto que, viven en zonas rurales con altas tasas de pobreza, escasos servicios que condicionan los DESCA, como el de la educación y la salud, y prácticamente no cuentan con ningún programa de asistencia, pero en las que al mismo tiempo existe una gran riqueza de recursos naturales y operan los grupos paramilitares con extrema violencia. Todo ello constituye un problema de largo recorrido histórico, no en vano Colombia es el Estado con el mayor número de desplazados internos en el mundo (ACNUR 2016). Cerca de un millón de víctimas de la violencia son indígenas o afrodescendientes que viven en la selva, el mismo lugar en el que se conquistó la guerra. Esta cifra es significativa si se toma en consideración que, de acuerdo con los datos del censo del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE 2006), las comunidades étnicas representan solo el catorce por ciento de la población total.

Incluso cuando algunas de estas comunidades intentaron retornar y exigir los derechos sobre sus tierras, descubrieron que respecto a ellas se habían aprobado licencias de explotación minera, había extensos cultivos de palma de aceite en su territorio o cultivos de coca y yacimientos de minería ilegal (Navarrete 2017), puesto que, como se señalaba, se trata de tierras en las que confluyen múltiples intereses de índole económica y geoestratégica.

Por todo ello, la sentencia de la Corte IDH relativa a la *Operación Génesis* reviste una gran importancia. Como señalan Dittrich y Rühl (2015), esta resolución muestra un avance muy importante en la protección de los derechos humanos, en general, en América Latina y, en particular, en Colombia. Es reseñable el hecho de que la Corte IDH no incluye demandas de reparaciones individuales únicamente, sino que también hace referencia a las demandas colectivas de las víctimas afrodescendientes, de tal manera que se abre la posibilidad de analizar la concurrencia de conceptos relacionados a ideas culturales de las minorías como, por ejemplo, el de identidad, en la jurisprudencia de la Corte IDH acerca de la protección de los derechos humanos.

En esa línea, es significativo el hecho de que la Comisión IDH titulara su informe *Marino López y otros (Operación Génesis)* y la Corte IDH cambiara la denominación de la sentencia para referirse expresamente a las comunidades afrodescendientes, dejando constancia de que los acontecimientos que se enjuiciaban habían sucedido en un marco fáctico más amplio. Se alude así a los derechos colectivos de esas comunidades, construyendo un discurso que no había estado presente en la jurisprudencia anterior de la Corte IDH. En efecto, como se reconoce en la sentencia, son determinantes las *condiciones que enfrentaron las personas que fueron desplazadas y también la desposesión y explotación ilegal de sus territorios comunales antes, durante y después de esos hechos (Operación Génesis: párr. 97)*.

2. *Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia* [2013]

El 25 de noviembre de 2013, la Corte IDH dictó sentencia en el caso *Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, en la que consideró que el mencionado Estado había violado los derechos relativos a buscar y recibir asilo, el principio de no devolución, a ser oído con las debidas garantías, a la protección judicial, a la integridad psíquica y moral, a la protección de los niños y de la familia, reconocidos en los artículos 22.7 y 22.8, 8, 25, 5.1, 19 y 17 de la Convención ADH, en perjuicio de los miembros de dicha familia.

Como en el caso anterior, para llegar a conocer el amplio alcance de este asunto y ver cómo fue ido gestando, hay que tomar como pun-

to de partida la Resolución del presidente de la Corte IDH del día 19 de febrero de 2013.

Los hechos se remontan a los años 90 y el *iter* temporal posterior es fundamental para entender la sentencia de la Corte IDH. A principios de dicha década, Rumaldo Pacheco y Fredesvinda Tineo fueron condenados por las autoridades peruanas por supuestos delitos de terrorismo. Como reconoció con posterioridad la Corte (Corte IDH, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, 25 noviembre 2006), durante su detención fueron víctimas de violaciones a su integridad personal. En 1994 fueron absueltos y se les dejó en libertad, aunque la sentencia absolutoria sería, más tarde, anulada.

En 1995 la familia Pacheco Tineo (compuesta por el matrimonio y sus dos hijas) solicitó y obtuvo el estatuto de refugiado en Bolivia. El 4 de marzo de 1998 el señor Rumaldo Pacheco firmó una declaración jurada *de repatriación voluntaria*, pero en lugar de volver a Perú, se trasladó a Chile. Así, en 1998 les fue reconocido en Chile, a su vez, el estatuto de refugiado. El hijo menor de la familia nació ya en este país.

En 2001 la familia regresó por un período breve de tiempo con la finalidad de gestionar su posible retorno definitivo. Al ser advertidos, por su abogado, de que seguían vigentes las órdenes de detención en su contra, decidieron abandonar Perú para volver a Chile; sin embargo, ante el temor a ser detenidos por las autoridades peruanas, atravesaron de forma irregular la frontera peruano-boliviana para llegar posteriormente a Chile.

El matrimonio Pacheco Tineo acudió al Servicio Nacional de Migración de Bolivia para solicitar su ayuda que le permitiera llegar a Chile. Sin embargo, esta institución retuvo sus pasaportes y detuvo a Fredesvinda Tineo. Dicha detención fue declarada posteriormente como ilegal como consecuencia del procedimiento *habeas corpus*, confirmado por el Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional n. 233/01 de revisión de la decisión que juzgó parcialmente procedente el recurso de Habeas Corpus interpuesto, 21 febrero 2001).

Rumaldo Juan Pacheco solicitó entonces el reconocimiento del estatuto de refugiados, tras lo cual se puso en libertad a la señora Tineo, pero dicha solicitud fue rechazada por la Comisión Nacional

del Refugiado (CONARE) en un procedimiento sin audiencia, alegando la declaración jurada de repatriación voluntaria que había firmado el señor Pacheco, lo que se interpretaba como que había cesado la persecución que dio lugar al reconocimiento de dicho estatuto.

La familia Pacheco Tineo fue expulsada, siendo entregada a las autoridades peruanas en la frontera, a pesar de que existía un acuerdo con el consulado de Chile para que éste fuera el destino de la familia. Estuvieron detenidos en la ciudad fronteriza de Puno hasta el 3 de marzo de 2001, junto con sus hijos, para luego fueron separados de ellos y trasladados a Lima, donde permanecieron detenidos hasta el 3 de julio de 2001. Finalmente, en agosto de 2001, regresaron a Chile.

Esta sentencia marca un punto de inflexión y reviste una especial trascendencia, puesto que es la primera vez que la Corte IDH examina el derecho de buscar y recibir asilo y el principio de no devolución (reconocidos en los artículos 22.7 y 22.8 respectivamente, de la Convención ADH) en conjunción con los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial, así como con el mismo principio de no devolución en casos de expulsión de migrantes y de solicitantes del estatuto de refugiado, en relación con los artículos 8° y 25 de la Convención ADH, y las medidas especiales de protección que los Estados deben adoptar con relación a los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y solicitantes de asilo, atendiendo al tenor del artículo 19 de la Convención ADH (Arletazz 2016).

Dicho análisis se articula a la luz de los instrumentos internacionales, con una especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal EDH. En efecto, existe en la dimensión internacional un corpus destinado al amparo de aquellos que, en uno u otro sentido, necesitan protección internacional, que se desarrolla especialmente como respuesta a las atrocidades de la II Guerra Mundial, evidenciando, como recoge el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) (en adelante DUDH), que “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país” sin que este derecho se pueda invocar contra una acción judicial originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas (en adelante ONU). En esa línea, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, aprobada en Ginebra el 28 de julio de 1951, así como el Protocolo sobre el Estatuto de los

Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, constituyen las dos disposiciones de referencia a nivel internacional respecto al derecho de asilo. Todas estas previsiones tienen un punto en común: proteger al perseguido dotándole de instrumentos jurídicos que le amparen (Solanes Corella 2015).

Como señala Morgades (2016: 233-234), “el refugio y el asilo son dos institutos de protección internacional aplicables a personas que han huido de sus países de origen (...) Se entiende que son demandantes de asilo todas las personas que se encuentran fuera del país de su nacionalidad (o residencia habitual en el caso de los apátridas) y están en situación de necesidad de protección”. Sin embargo, el reconocimiento de la condición de refugiado y la concesión de asilo territorial, es decir, de una autorización de residencia que permita el refugiado quedarse en el país que se la ha reconocido como tal, (y posteriormente, en su caso, trabajar), depende de la normativa interna. El asilo se ha defendido, en su configuración, como un principio general del Derecho Internacional y ha sido reconocido como derecho subjetivo individual en algunas constituciones estatales (Gil-Bazo, 2015: 23-27).

En esa línea es en la que se pronuncia la Corte IDH en el caso *Familia Pacheco Tineo*. La Corte deja la decisión de fondo de la solicitud de asilo en manos del Estado, lo que exige el régimen interamericano es el respeto a las garantías del debido proceso. Como expresamente señala, la Convención de 1951 no contiene referencias explícitas sobre los procedimientos a seguir para la determinación de la condición de refugiado y las garantías procesales. El Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante Comité Ejecutivo del ACNUR) ha insistido en

“la importancia de establecer, de conformidad con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, procedimientos justos y eficientes, a los que tengan acceso todos los solicitantes de asilo, con el fin de asegurar que se identifique y se otorgue protección a los refugiados y otras personas que reúnan las condiciones para acogerse a protección en virtud del derecho internacional o nacional” (Comité Ejecutivo del ACNUR, Conclusiones Adoptadas por el Comité Ejecutivo para la Protección Internacional de Refugiados, núm. 71 (XLIV), 1993: párr. i).

Ese ha sido el criterio seguido por los Estados Partes de la Convención de 1951 en su Declaración de diciembre de 2001.²

Desde la ONU, la Asamblea ha enfatizado la importancia del derecho a procedimientos justos para los solicitantes de asilo en diferentes resoluciones.³ También el Comité contra la Tortura (en adelante Cct) se ha pronunciado sobre la importancia de regular dichos procedimientos desde el debido proceso y enfatizando la posibilidad de audiencia (*Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Venezuela, 05/05/1999. A/54/44, (Concluding Observations/Comments):* párr 148).

Además de esos precedentes en este supuesto, la Corte IDH expresamente se refiere a dos resoluciones del Tribunal EDH. En primer lugar, el caso *Gebremedhin vs. Francia*, en el que se definió el derecho al asilo como una libertad fundamental cuyo corolario es precisamente el derecho de la persona a solicitar el estatuto de refugiado (Tribunal EDH, *Gebremedhin vs. Francia*, 26 abril 2007: párr. 65.), lo cual conlleva el derecho de los solicitantes 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. En segundo lugar, en el caso *Jabari vs. Turquía*, el Tribunal entendió que, dado el carácter irreversible del daño que podría ocurrir si el riesgo de tortura o malos tratos alegados se materializa, así como la importancia que atribuye al artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante Convenio EDH), la noción de un recurso efectivo bajo el artículo 13 de dicho Convenio “exige un escrutinio independiente y riguroso de la afirmación de que hay razones fundadas para temer un riesgo real de algún trato contrario al artículo 3 y la posibilidad de suspender la aplicación de la medida impugnada” (Tribunal EDH, *Jabari vs. Turquía*, 11 julio 2000: párrs. 48 a 50).

² *Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, adoptada el 13 de diciembre de 2001 en Ginebra en la Reunión Ministerial de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, párrafo operativo 6.

³ Resolución de la Asamblea General de la ONU, 52/132 Derechos humanos y éxodos en masa, 27 febrero 1998, A/RES/52/132; Resolución de la Asamblea General de la ONU, 49/169 Oficina del ACNUR, 24 de febrero de 1995, A/RES/49/169; Resolución de la Asamblea General de la ONU, 45/140 Oficina del ACNUR, 14 diciembre 1990.

También el Comisionado de Derechos Humanos del Consejo de Europa (en adelante CDE) se ha posicionado a favor de la necesidad de garantizar a los solicitantes de asilo el acceso a los procedimientos, beneficiándose de “un examen minucioso, justo e individual de su reclamación” (CDE 2010).

III. LAS VULNERACIONES DE DERECHOS: UNA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA

En la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención ADH que realiza la Corte IDH en los dos casos que se analizan, es fundamental tomar en consideración lo que la doctrina denomina como teoría de los derechos indivisibles, que hace que la violación de unos afecte a otros, especialmente en el caso de los DESCA. La tesis de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos procede de una idea acuñada en la evolución del derecho internacional de los derechos humanos y que conlleva grandes potencialidades. La indivisibilidad de los derechos humanos es una doctrina oficial de la ONU respaldada por la Asamblea General y por la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos (en adelante OACDH). Podemos hablar de indivisibilidad en sentido amplio para referirnos a la interrelación entre derechos sociales y civiles (Añón Roig 2010: 27).

Es también posible establecer una diferenciación entre indivisibilidad e interacción de los derechos; o entre indivisibilidad e interdependencia (Nickel 2008: 985-987). Como recuerda Añón Roig (2010: 28), la indivisibilidad es la forma más fuerte de relación siendo bidireccional, de tal forma que constituye un vínculo en el que un derecho es indispensable para otro y viceversa. La indivisibilidad hace referencia a la idea de que los derechos humanos no se pueden articular de forma jerárquica. En cambio, la interdependencia alude a las relaciones de apoyo entre derechos. Esta noción es más adecuada para entender la posibilidad de realización de derechos de forma progresiva, para introducir excepciones en momentos de emergencia y para poder calibrar el tipo de conexión en aquellos casos en que no existen niveles muy amplios de efectividad de los derechos.

1. *Desplazamiento forzado interno*

De los distintos derechos que la Corte IDH consideró en el caso *Operación Génesis*, el análisis ahora se centrará en el desplazamiento forzado, en concreto, en los mencionados artículos: 5 (derecho a la integridad personal), 19 (derechos del niño), 21 (derecho a la propiedad), y 22 (derecho de circulación y residencia), para destacar cómo a partir del desplazamiento forzado interno se ven también afectados los DESC.

Esta resolución encaja en la ampliación que en la última década se ha producido en la jurisprudencia de la Corte IDH para incluir la protección especial de grupos étnicos en lugar de considerar los derechos humanos en el ámbito estrictamente individual. Dicha opción tiene que ver con la apreciación de que la preservación de diferentes formas de vida y de cultura es esencial para el desarrollo y la constitución de identidades individuales de los miembros del grupo que, por su diferencia cultural, han sido excluidos del imaginario nacional (Costa y Leite Gonçalves 2011: 52-58). Por eso resulta determinante la referencia a las comunidades afrodescendientes y la conexión que en la propia sentencia se hace con disposiciones internacionales como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que ha sido ratificado por la mayoría de los países latinoamericanos, propiciando leyes nacionales que garantizan la protección de dichos grupos.

Al mismo tiempo, la ampliación de la protección convencional a la propiedad colectiva indígena y tribal es uno de los aspectos más destacados de la interpretación en esta sentencia, en relación al artículo 21. La Corte IDH viene así a confirmar una lectura amplia de la Convención ADH al abordar una forma de propiedad que no se concretaba inicialmente en dicho tratado (Rodríguez-Piñero 2013: 134; Ruiz y Donoso 2014: 953-954). Tal interpretación extensiva está presente también cuando la Corte IDH, a propósito de los derechos que considera violados, los vincula a otros, confirmando la teoría de la indivisibilidad de los mismos.

En ese sentido, la Corte IDH en el caso *Operación Génesis*, reiterando lo ya mantenido en su jurisprudencia (Corte IDH, *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, 25 mayo 2010: párr. 141; Corte IDH, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*: párr. 179; Corte IDH, *Masacre de Río Negro vs.*

Guatemala, 4 septiembre 2012: párr. 174), insiste en la complejidad del desplazamiento interno, la amplia gama de derechos humanos que se ponen en riesgos y se ven afectados por las circunstancias de especial vulnerabilidad e indefensión en que las que generalmente se encuentran las personas desplazadas, y la obligación de los Estados de adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de esa condición de debilidad, vulnerabilidad e indefensión, incluso frente a actuaciones y prácticas de terceros particulares.

La Corte IDH estimó que se produce una vulneración directa del derecho a la integridad personal de quienes sufrieron el desplazamiento, debido a las consecuencias físicas y psíquicas que debieron afrontar. Las medidas de asistencia básicas proporcionadas por el Estado, durante el período del desplazamiento, fueron insuficientes y no acordes con estándares mínimos exigibles en este tipo de casos. La violación de este derecho conecta con otros debido al hacinamiento, los problemas en la alimentación y el suministro del agua y la falta de adopción de medidas en materia de salud que evidenciaron el incumplimiento de las obligaciones estatales de protección con posterioridad al desplazamiento (*Operación Génesis*: párr. 323). Además, el Estado infringió

“(...) sus obligaciones de garantizar la asistencia humanitaria y un retorno seguro, en el marco del derecho de circulación y residencia, y la protección del derecho a la integridad personal, reconocidos en los artículos 22.1 y 5.1 de la Convención ADH, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de las comunidades del Cacarica que estuvieron en situación de desplazamiento forzado durante un período de tres a cuatro años” (*Operación Génesis*: párr. 324).

Por lo que se refiere al mencionado artículo 22.1 de la Convención ADH, la Corte IDH, mediante una interpretación evolutiva, protege el derecho a no ser desplazado forzadamente dentro de un Estado Parte en la misma (*Operación Génesis*: párr. 324; *Masacre de Mapiripán*: párr. 188; Corte IDH, *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, 25 octubre 2012: párr. 186). La Corte IDH recuerda, además, que la obligación de garantizar el derecho de circulación y residencia también debe tomar en cuenta las acciones emprendidas por el Estado para asegurar que las poblaciones desplazadas puedan regresar a sus lugares de origen sin riesgo de que se vean vulnerados sus derechos.

Puesto que los hechos ocurrieron en el contexto de un conflicto armado no internacional, la Corte IDH, en su línea de lectura extensiva, interpreta el alcance de las obligaciones convencionales en forma complementaria con la normativa del Derecho Internacional Humanitario, particularmente, los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (el artículo 3 común a los cuatro Convenios) y el Protocolo II de los Convenios relativos a la protección de las víctimas de conflictos armados de carácter no internacional y el derecho internacional humanitario consuetudinario.

En concreto, el artículo 17 del mencionado Protocolo Adicional II prohíbe ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, salvo que esté en peligro la seguridad de los civiles o por razones militares imperiosas y, en este último caso, se deberán tomar “todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación” (Corte IDH, *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, 30 noviembre 2012: párr. 187; Corte IDH, *Masacre de Mapiripán*: párr. 172; Corte IDH, *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, 15 junio 2005: párr. 113 a 120).

Por lo que se refiere a la vulneración del artículo 19 de la Convención ADH, la Corte IDH insiste en que los derechos de los niños y niñas deberán ser interpretados a la luz del *corpus iuris* de los derechos de la niñez, lo que obliga al Estado, más allá del mencionado precepto, a respetar y asegurar los derechos reconocidos en otros instrumentos internacionales aplicables en la línea establecida en su jurisprudencia (Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, 24 febrero 2011: párr. 121; Corte IDH, *Forneron e hija vs. Argentina*, 27 abril 2012: párr. 44). Entre dichos instrumentos es especialmente relevante la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) que hace referencia a la prevalencia del interés superior del niño y a la posibilidad de acudir a *cuidados especiales*, en la misma dirección que el mencionado artículo 19 se refiere a las *medidas especiales de protección* (como se concretaron en Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Oc-17/02, 28 agosto 2002: párr. 60 y en Corte IDH, *Atala Ríffo y Niñas vs. Chile*, 24 febrero 2012: párr. 108).

Como en los preceptos anteriores, la interpretación extensiva por parte de la Corte IDH le lleva a entender que el Estado “es responsable

por la violación a los derechos de niños y niñas, por no haber desarrollado las acciones positivas suficientes a su favor, en un contexto de mayor vulnerabilidad, en particular mientras estuvieron alejados de sus territorios ancestrales, período en que se vieron afectados por la falta de acceso a educación y a salud, el hacinamiento y la falta de alimentación adecuada” (*Operación Génesis*: párr. 330).

Además de la vulnerabilidad propia de la niñez, se alude a la especial situación de los niños y niñas afrodescendientes, insistiendo en la importancia del desarrollo cultural e individual vinculado al territorio comunitario de Cacarica (Dittrich y Rühl: 109). La Corte IDH expresamente se refiere a las restricciones a las que tuvieron que hacer frente dichos niños al ser alejados de sus territorios ancestrales.

Por último, la Corte IDH condenó al Estado por la vulneración del artículo 21 de la Convención ADH, lo cual ha servido de precedente para condenas posteriores (Corte IDH, *Pueblos Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*, 14 octubre 2014). La relación entre la protección del derecho a la propiedad colectiva y la esencia de la identidad cultural ha sido puesta de relieve por la doctrina al señalar que el enfoque cultural del territorio puede producir la exclusión de grupos culturales y la culturalización del derecho de utilización y explotación de los recursos naturales no protege suficientemente a los territorios colectivos de la explotación de terceros (Comisión IDH 2010). Por eso se considera que la Corte IDH debería contextualizar los casos de violaciones de los derechos humanos reconociendo que estos “ocurren y son agravados debido al racismo estructural y las desigualdades persistentes en América Latina” (Dulitzky 2010: 21).

En la interpretación llevada a cabo por la Corte IDH en *Operación Génesis* se hizo un esfuerzo de contextualización y se estableció la conexión entre el derecho a la propiedad privada y el derecho a la salud, la alimentación y la cultura. Como lo constata en este caso la Corte IDH, la conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales, como las comunidades afrodescendientes, son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como para el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, y todo ello está protegido por el artículo 21 de la Convención ADH. Por ello, es necesario garantizar que puedan continuar viviendo

su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas sean respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados. La falta de acceso a los territorios puede impedir a dichas comunidades usar y disfrutar de los recursos naturales necesarios para procurar su subsistencia, mediante sus actividades acostumbradas, acceder a los sistemas tradicionales de salud y otras funciones socioculturales. Todo ello puede exponerlas a condiciones de vida precarias o infrahumanas, a mayor vulnerabilidad ante enfermedades y epidemias, así como someterlos a situaciones de desprotección extrema.

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal EDH también ha hecho hincapié en la importancia de proteger el patrimonio natural en los casos en que el derecho de propiedad estaba en juego, al referirse al concepto más amplio de medio ambiente (véase, por ejemplo, respecto a la protección de los bosques, Tribunal EDH, *Hamer vs. Bélgica*, 27 noviembre 2007 y Tribunal EDH, *Turgut y otros vs. Turquía*, 8 julio 2008: párr. 90; y para la protección de zonas costeras Tribunal EDH, *Depalle vs. Francia*, 29 marzo 2010: párr. 81). Sin embargo, en todos estos asuntos el Tribunal sostuvo que la protección del medio ambiente o el patrimonio natural debe ser considerado como un objetivo legítimo que puede justificar una interferencia del Estado en la propiedad. Por otra parte, el Tribunal EDH también ha analizado supuestos en los que la protección del patrimonio y los recursos naturales que eran reivindicados por personas pertenecientes a minorías nacionales y pueblos indígenas, como un derecho que surgía del derecho al respeto de su propiedad. En el caso *Hingitaq 53 y otros vs. Dinamarca* (Tribunal EDH, 12 enero 2006) los solicitantes (inuit de Groenlandia) trataron de argumentar que, tras la ubicación de una base aérea estadounidense, fueron privados de su tierra natal y sus territorios de caza, con lo cual se les negó la posibilidad de usar, gozar y disponer de su propiedad como resultado de su reubicación forzada. Tomando en consideración la cantidad de la compensación pagada por los tribunales daneses tras su desalojo y la consiguiente pérdida de los derechos de caza, el Tribunal EDH declaró que la queja era manifiestamente infundada (Otis y Laurent 2013: 1701-1704).

2. *Asilo*

En el caso *Familia Pacheco Tineo* la Corte IDH reitera que el derecho de buscar y recibir asilo, establecido en el artículo 22.7 de la Convención ADH, no asegura que deba reconocerse el estatuto de refugiado a la persona solicitante, pero sí que su solicitud sea tramitada con las debidas garantías. En este caso, en relación con la denegación de la solicitud de asilo, el Estado Plurinacional de Bolivia violó los derechos a las garantías judiciales, a buscar y recibir asilo, el principio de no devolución y el derecho a la protección judicial, reconocidos en los artículos 8, 22.7, 22.8 y 25 de la Convención ADH, en relación con el artículo 1.1 de la misma. Así mismo, señala que la expulsión al país de origen de los miembros de una familia en violación de las garantías mínimas de debido proceso, y con conocimiento de que podrían contar con protección como refugiados de un tercer país, resulta incompatible con el derecho de buscar y recibir asilo y con el principio de no devolución, reconocidos en los artículos 22.7 y 22.8 de la Convención ADH. Además, el Estado es responsable por la violación del derecho a ser oído con las debidas garantías en un procedimiento administrativo que culminó con la expulsión de la familia, así como a la protección judicial, en los términos de los artículos 8.1 y 25 de la Convención ADH, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento (*Familia Pacheco Tineo*: párr. 198 y 199).

Es reseñable cómo en la jurisprudencia de la Corte IDH se toma en consideración que las violaciones de derechos humanos cometidas en contra de los migrantes quedan muchas veces en impunidad debido a la existencia de factores culturales que justifican estos hechos, a la falta de acceso a las estructuras de poder en una sociedad determinada, y a impedimentos normativos y fácticos que hacen que sea ilusorio un efectivo acceso a la justicia (Corte IDH, *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, 24 octubre 2012, párr. 152 y 153; *Familia Pacheco Tineo*: párr. 128) tal como ocurre también en la jurisprudencia europea (Ippolito e Iglesias 2015).

En esa misma línea jurisprudencial de defensa de los derechos de los migrantes y los solicitantes de asilo, se ha pronunciado el Tribunal EDH (Solanes Corella 2016). Uno de los precedentes más importantes para el respeto de los derechos de los solicitantes de asilo, antes, durante y después de su detención, fue el que estableció el caso *M.S.S.*

vs. Bélgica y Grecia (Tribunal EDH, 21 enero 2011). En cuanto a Bélgica, el Tribunal mantuvo que había violado el artículo 3 del Convenio EDH al trasladar al solicitante a Grecia, sin verificar previamente el cumplimiento por parte de este Estado de sus procedimientos en materia de asilo y de los estándares establecidos por la UE, exponiéndolo a condiciones de detención y de vida contrarias al artículo 3. Consideró, también, la violación del artículo 13 del Convenio EDH, al impedir en el procedimiento existente que se estableciera el potencial riesgo de violación del artículo 3 del Convenio EDH, puesto que el cumplimiento del artículo 13 del Convenio EDH requiere que un órgano competente pueda examinar la reclamación y otorgar una reparación adecuada (Morgades, 2012). Así mismo, concluyó que Grecia había violado el artículo 13, relacionado con el artículo 3, por las deficiencias que presentó la evaluación de las autoridades griegas de la solicitud de asilo y el riesgo que enfrentaba el solicitante de ser devuelto a su país de origen, sin que se evaluara su solicitud de asilo y sin tener acceso a un recurso efectivo.

En el caso *Hirsi Jamaa y otros vs. Italia* (Tribunal EDH, 23 febrero 2012), el Tribunal reconoció que los Estados que forman la frontera exterior de UE se enfrentan a dificultades considerables a la hora de hacer frente a la creciente llegada de inmigrantes y solicitantes de asilo y tomó en cuenta la carga y la presión que esta situación supone para los Estados, agravadas por un contexto marcado por la crisis. Sin embargo, como mantiene el Tribunal EDH, tomando en cuenta el carácter absoluto de los derechos protegidos por el artículo 3, no es posible eximir a un Estado de sus obligaciones derivadas de esta disposición. En este caso, cuando los demandantes fueron trasladados a Libia, las autoridades italianas deberían de haber sabido que eran insuficientes las garantías y que debían proteger a los demandantes del riesgo de ser devueltos arbitrariamente a sus países de origen. Además, en este asunto, el Tribunal EDH enunció los derechos de los inmigrantes que intentan acceder al territorio europeo y las obligaciones de los Estados en tales circunstancias, en la línea que han seguido después asuntos como, por ejemplo, *Georgia vs. Rusia* (Tribunal EDH, 3 julio 2014) y *Sharifi y otros vs. Italia y Grecia* (Tribunal EDH, 21 octubre 2014), coincidiendo en muchos aspectos con la jurisprudencia de la Corte IDH.

Por otra parte, la exigencia de un recurso de carácter suspensivo es una cuestión reincidente en la jurisprudencia del Tribunal EDH para asegurar los derechos de los potenciales solicitantes de asilo, en un línea semejante a la sostenida en el caso *Familia Pacheco Tineo*, cuando la Corte IDH afirma que la solicitud de asilo debe ser considerada con las debidas garantías y el recurso debe tener efecto suspensivos, a menos que se demuestre que la solicitud es manifiestamente infundada (*Familia Pacheco Tineo*: párr. 54-159). Así, en el caso *Khlaifia y otros vs. Italia* (Tribunal EDH, 1 septiembre 2015), el Tribunal confirma la jurisprudencia del asunto *De Souza Ribeiro vs. Francia* (Tribunal EDH, 13 diciembre 2012), en el que ya había señalado que el recurso al que alude el artículo 13 del Convenio EDH debe estar disponible en la legislación y en la práctica. Este Convenio exige que el Estado proporcione al afectado una oportunidad efectiva de impugnar la expulsión o la denegación de una autorización de residencia, obtener un examen suficientemente exhaustivo y proporcionar las garantías procesales adecuadas por un órgano interno competente que garantice la independencia e imparcialidad. En ambos casos de 2015 y 2012, respectivamente, el Tribunal EDH entiende que la exigencia de un recurso de carácter suspensivo se aplica, no sólo a las expulsiones que planteen quejas defendibles relativas a los artículos 2 y 3 del Convenio EDH, sino también a aquellas relativas al artículo 4 del Protocolo n° 4, sin que las personas afectadas tengan que probar que su devolución forzosa a un tercer Estado les expondría a un riesgo real de sufrir tratos contrarios a los mencionados preceptos del Convenio EDH. En el caso *Khlaifia y otros*, el Tribunal EDH concluye que el mero hecho de que el recurso interno carezca de efecto suspensivo es suficiente para constituir una vulneración del artículo 13 del Convenio EDH, combinado con el artículo 4 del Protocolo n° 4.

En este sentido, fue condenada España en el caso *A.C. y otros vs. España* (Tribunal EDH, 22 abril 2014), por vulneración del artículo 13 del Convenio EDH al no respetar el derecho a un recurso efectivo, combinado con los artículos 2 y 3 del mismo Convenio. Las demandas ante el Tribunal EDH fueron presentadas por treinta personas de origen saharauí, que llegaron a Canarias en patera entre enero de 2011 y agosto de 2012, huyendo del campamento de Gdeim Izik en el Sáhara Occidental, tras la intervención de la policía marroquí y el desmantelamiento del mismo. España debía garantizar la perma-

nencia de los solicitantes de protección internacional en territorio español durante la tramitación del recurso. El Tribunal EDH reconoce un margen de apreciación a los Estados contratantes, puesto que el artículo 13, obviamente, no puede suponer un resultado favorable para el solicitante, del mismo modo, la *autoridad* a que se refiere dicha disposición no tiene por qué ser una autoridad judicial. Ahora bien, las exigencias de accesibilidad y de realidad hacen que para que el recurso que exige el artículo 13 esté disponible, tanto en la legislación como en la práctica, sea imprescindible que su ejercicio no se obstaculice injustificadamente por los actos u omisiones de las autoridades del Estado demandado (Tribunal EDH, *Cakici vs. Turquía*, 8 julio 1999: *MSS vs. Bélgica y Grecia*).

Además, la Corte IDH declara que el Estado Plurinacional de Bolivia es responsable por la violación del derecho a la integridad psíquica y moral, reconocida en el artículo 5.1 de la Convención ADH, en relación con el artículo 1.1 de la misma, valorando que la zozobra, el temor y la desprotección provocada por los hechos descritos constituyeron una violación a la integridad psíquica y moral de los miembros de la familia (*Familia Pacheco Tineo*: párr. 207).

En la misma línea, el Tribunal EDH, en el mencionado caso *M.S.S. vs. Bélgica y Grecia*, entendió que Grecia había violado el artículo 3 del Convenio EDH por las condiciones degradantes de la detención del solicitante y la liberación para que viviera en condiciones de extrema pobreza mientras esperaba que se resolviese su solicitud, sin perspectiva de que mejorase su situación. Junto con otros asuntos posteriores, como *Tarakhel vs. Suiza* (Tribunal EDH, 4 noviembre 2014) y *A.M.E. vs. Países Bajos* (Tribunal EDH, 13 enero 2015), en los que igualmente se analiza la responsabilidad estatal en la gestión de las solicitudes de asilo colectivo y se deja constancia de las deficiencias estructurales de los procedimientos de asilo y las circunstancias bajo las que un solicitante, de manera personal, se enfrenta al riesgo concreto de recibir un trato inadecuado, contrario al artículo 3, también en lo relativo a las condiciones en que se realiza la detención y la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el solicitante.

En lo relativo a la violación del derecho a la protección de los niños y de la familia, reconocidos en los artículos 19 y 17 de la Convención ADH, en relación con los artículos 8.1, 22.7, 22.8, 25 y 1.1 de la

misma, la Corte IDH considera que el Estado Plurinacional de Bolivia es responsable. La Corte IDH analiza las violaciones a los derechos a la protección especial de los niños y a los derechos a la familia a la luz del *corpus juris* internacional de protección de los niños y las niñas, ratificando su jurisprudencia (*Forneron e hija*: párr. 44; *Gelman*: párr. 121; Corte IDH, *Furlan y Familiares vs. Argentina*, 31 agosto 2012: párr. 125; Corte IDH, *Los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, 19 noviembre 1999: párr. 194; Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*: párr. 62).

La Corte IDH mantiene que el artículo 19 de la Convención ADH, además de otorgar una protección especial a los derechos reconocidos en ésta, establece una obligación a cargo del Estado de respetar y asegurar los derechos reconocidos a los niños en otros instrumentos internacionales aplicables. Resulta relevante hacer referencia a los artículos 12 y 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, (*Familia Pacheco Tineo*, párr. 219). También estima la Corte IDH que el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, consagrado en el artículo 17 de la Convención ADH, 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. Para la Corte, en este caso, los niños tenían el derecho a que se protegieran de manera especial sus garantías del debido proceso y a la protección de la familia en los procedimientos administrativos que derivaron en su expulsión y la de sus padres (*Familia Pacheco Tineo*, párr. 226-228). La consideración de los niños como verdaderos *sujetos de derecho* es un nuevo paradigma instaurado por el derecho internacional de los derechos humanos.

Por último, en cuanto al deber de adoptar disposiciones de derecho interno y principios de legalidad y de no retroactividad (artículos 2 y 9 de la Convención ADH), la Corte IDH no se pronuncia porque los representantes no presentaron alegatos o argumentaciones más específicas para sostener que se había violado.

IV. LA NECESIDAD DE REPARACIONES

Dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención ADH están las obligaciones de investigar, procesar y sancionar las violaciones de los mismos, de tal forma que cuando sea el propio Estado el que la lleve a cabo, también le corresponde asumir las oportunas reparaciones.

De los dos casos concretos que ahora se analizan, respecto a los desplazamientos internos forzados y al asilo, en su informe sobre la situación de derechos humanos de los migrantes y otras personas, en el contexto de la movilidad humana en México, la Comisión IDH valoró que “la falta de debida diligencia para investigar, procesar y sancionar los delitos contra las y los migrantes y prevenir su repetición refleja el hecho de que estos no son considerados como un problema grave”, por lo que “la impunidad de esos delitos envía el mensaje de que esa violencia es tolerada, lo que favorece su perpetuación” (Comisión IDH 2013: párr. 247). En esta misma línea, en el informe de seguimiento a las recomendaciones formuladas a Colombia sobre el informe “Verdad, justicia y reparación”, la Comisión observó que persistía la problemática asociada con la investigación y sanción de los causantes de desplazamientos forzados, e instó al Estado a continuar con la judicialización de los casos de desplazamientos forzados (Comisión IDH 2015b).

El deber de reparar corresponde al Estado (Corte IDH, *Masacre de La Rochela vs. Colombia*, 11 mayo 2007), garantizando a las víctimas y a sus familiares las oportunidades para solicitar una justa compensación en el derecho interno, sin depender de la iniciativa procesal de las víctimas o de las pruebas que se aporten (Corte IDH, *Goiburú y otros vs. Paraguay*, 22 septiembre 2006). Además, debe cumplirse atendiendo a los estándares establecidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los cuales indican que la reparación debe ser integral y llevar a la plena restitución (González y Sanabria 2013: 49).

1. *La responsabilidad del Estado colombiano*

En aplicación del artículo 63.1 de la Convención ADH, la Corte IDH estableció diferentes formas de reparación de los derechos vulnerados articulando medidas de satisfacción, rehabilitación y restitución

(*Operación Génesis*: párr. 444 a 446) e indemnizaciones compensatorias (*Operación Génesis*: párr. 469 a 476), que se trasladan posteriormente a los puntos dispositivos.

Conviene comenzar advirtiendo que el número de víctimas que aparecen en los anexos de la sentencia es mínimo porque en “la individualización de las personas que pueden ser consideradas presuntas víctimas” (*Operación Génesis*: párr. 37) que solicitó el Estado, no podían incluirse todas. En efecto, la sentencia no logra incluir a todas las víctimas de la *Operación Génesis* y de la *Operación Cacarica* porque excluye a quienes no pudieron cumplir ciertas exigencias como, por ejemplo, acreditar que pertenecían a las comunidades afrodescendientes o aparecer en ciertas listas necesarias para la Corte IDH (Dittrich y Rühl 2015: 111).

Los mecanismos de reparación, con todo, son amplios atendiendo a la flagrante vulneración de derechos que se produce en este caso. Interesa destacar, en este contexto, que se alude a los DESCAs en conexión con otros derechos vulnerados.

En este sentido, entre las medidas de rehabilitación la Corte IDH hace una especial referencia a la cultura y la salud. En virtud de ello, se señalan las prestaciones sanitarias atendiendo al padecimiento de las víctimas (siguiendo así su línea jurisprudencial como en Corte IDH, *Cantoral Benavides vs. Perú*, 3 diciembre 2001: párr. 51 y *Masacres de El Mozote*: párr. 352), insistiendo en que requieren asistencia psicosocial adecuada, teniendo en cuenta que, tal como ha reconocido la Corte Constitucional Colombiana, su cobertura en salud ha sido *bajísima*. Se pone de relieve que los daños sufridos por las víctimas no se refieren únicamente a su identidad individual, sino también a la pérdida de sus raíces y vínculos comunitarios. Por eso, el Estado debe otorgar el mencionado tratamiento a través de los servicios nacionales de salud. Las víctimas tendrán acceso inmediato y prioritario a las prestaciones de salud, con independencia de los plazos que a tal efecto establezca la legislación interna, evitando obstáculos de todo tipo (*Operación Génesis*: párr. 452-453).

Por lo que se refiere a la violación del artículo 21 de la Convención ADH, relativo al derecho a la propiedad, en las medidas de restitución la Corte IDH señala que, como consecuencia del incumplimiento del deber estatal de garantizar el derecho a la propiedad colectiva, el Es-

tado debe restituir “el efectivo uso, goce y posesión de los territorios reconocidos en la normativa a las comunidades afrodescendientes agrupadas en el Consejo Comunitario del Cacarica” (*Operación Génesis*: párr. 450). No concreta indemnizaciones compensatorias por el territorio, ya que considera que estas reparaciones deberían otorgarse a nivel interno atendiendo a la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras (Ley 1446 de 2011). Todo ello, a pesar de que la Comisión IDH sostuvo que “la efectividad y eficacia de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras no están probadas y que, a la fecha, no se ha hecho un análisis que permita determinar su conformidad respecto a estándares internacionales” (*Operación Génesis*, pie de página 735).

La Corte IDH estima que no es procedente ordenar otras medidas adicionales como solicitaban los representantes, ya que entiende que los programas internos de reparación se refieren específicamente a programas habitacionales y a mecanismos de restitución de tierras, así como a otras medidas de rehabilitación, de satisfacción y de no repetición. Reconduce así al Plan Nacional de Asistencia y Reparación Integral de Víctimas del conflicto armado colombiano Prosperidad para Todos, que se contempla como uno de sus pilares fundamentales para la construcción de la paz. Siguiendo su línea jurisprudencial, así como lo dispuesto en el preámbulo de la Convención ADH, la Corte IDH apela al principio de complementariedad del derecho internacional para reconocer las indemnizaciones compensatorias otorgadas a nivel interno y abstenerse de ordenar otras reparaciones (Corte IDH, *Masacre Santo Domingo vs. Colombia*: párr. 336, y *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, 26 mayo 2010: párr. 246).

En el apartado relativo a la reparación y las indemnizaciones, la Corte IDH establece el pago en concepto de daños materiales e inmateriales ocasionados a Marino López Mena, por la cantidad de US\$ 70.000 a la señora Palacios, compañera del señor López; US\$ 35.000 a cada hijo del señor López Mena; y US\$ 10.000 a cada uno de sus hermanos (*Operación Génesis*: párr. 476). Las personas víctimas del desplazamiento no recibieron ningún tipo de reparación financiera asignada por la Corte IDH, que reenvía a los mecanismos administrativos internos de reparación colombianos.

Dos décadas después de que ocurrieran los acontecimientos que dieron lugar al caso *Operación Génesis*, las comunidades afrodescen-

dientes no han recibido las reparaciones que la Corte IDH estableció. Tal como se constata en la Resolución de la Corte IDH, 20 octubre 2016, relativa a la supervisión del cumplimiento de la sentencia, puede considerarse que el Estado cumplió las reparaciones relativas a la publicación y difusión de la sentencia y su resumen oficial, tal como se le exigió. Sin embargo, ante el incumplimiento del Estado en cuestiones tan significativas como las relativas a la restitución de los territorios, la Corte resuelve que siga abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento respecto de las demás medidas de reparación, pendientes de cumplimiento, dictadas en la sentencia.

Al igual que en su jurisprudencia anterior sobre la materia, en *Operación Génesis* la Corte IDH no resolvió algunas dudas sobre la interpretación del artículo 21 como, por ejemplo, qué entiende por pueblos indígenas y tribales o cuáles son las tierras y los territorios que pueden ser calificados de ancestrales o tradicionales, aunque sí sienta un precedente importante. Con esta resolución, la Corte IDH insiste, enfatiza y deja claro que los Estados parte de la Convención ADH tienen el deber de respetar “un derecho que es fundamental para la supervivencia de pueblos generalmente postergados y desvalidos, cuya identidad comunal depende, en gran medida, de la relación material y espiritual que mantengan con ciertos territorios y sus recursos” (López 2016: 138).

2. *La responsabilidad del Estado Plurinacional de Bolivia*

En lo relativo a las medidas de reparación integral en las que se contemplan la restitución, la rehabilitación, la satisfacción y las medidas de no repetición, la Corte IDH recuerda que el Estado debe prevenir violaciones a los derechos humanos recurrentes, para lo cual debe adoptar “todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro, en cumplimiento de sus deberes de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocidos por la Convención Americana” (*Familia Pacheco Tineo*: párr. 269), tal como ha venido manteniendo en su jurisprudencia (Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, 27 junio 2012: párr. 221).

Una cuestión fundamental en este caso es que la Corte IDH ordena al Estado que implemente programas de capacitación permanentes, dirigidos a los funcionarios de la Dirección Nacional de Migración y de la CONARE, así como para otros funcionarios que, en razón de sus actividades propias de sus cargos, tengan contacto con personas migrantes o solicitantes de asilo (*Atala Riffo y Niñas*: párr. 271), que deberán referirse a los estándares internacionales relativos a los derechos humanos de los migrantes, las garantías del debido proceso y el derecho internacional de refugiados. Se obliga, asimismo, a hacer una especial mención a la sentencia de este caso y a los diversos precedentes del *corpus iuris* de los derechos humanos relativos a esta materia dentro de dichos programas y cursos de capacitación. También la jurisprudencia del Tribunal EDH ha aludido a la incorrecta actuación de los funcionarios de frontera que ha supuesto la vulneración de derechos, por ejemplo, en relación con el artículo 3 de la Convención EDH. Así, en el caso *Mubilanzila Mayeka y Kanili Mitunga vs. Bélgica* (Tribunal EDH, 12 octubre 2006), las autoridades belgas detuvieron en el centro de tránsito del aeropuerto de Bruselas, habilitado sólo para adultos, a una menor congoleesa de cinco años de edad, que trataba de llegar hasta Canadá para reunirse con su madre. La niña estuvo detenida durante dos meses, separada de sus padres y sin medidas de acompañamiento acordes con su edad, siendo finalmente expulsada. El Tribunal EDH llegó a la conclusión de que las medidas adoptadas por los empleados públicos de migración habían sido totalmente insuficientes y poco adecuadas (López Ulla 2013).

ACNUR (2010) considera que es crucial proporcionar al solicitante la oportunidad de explicar de forma exhaustiva y directa las razones de su solicitud. Por ello, recomienda que todos los Estados elaboren e impartan un programa obligatorio de formación especializada a cada nuevo entrevistador, tanto en el momento de su incorporación como antes de empezar a realizar entrevistas personales. Esta sigue siendo una asignatura pendiente en buena parte de los Estados de la Unión Europea (Solanes Corella 2014 y Defensor del Pueblo 2016).

Por lo que se refiere a la indemnización compensatoria, la Corte IDH ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño material, estableciendo que el mismo supone “la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de

los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso” (*Familia Pacheco Tineo*: párr. 283; Corte IDH, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, 22 febrero 2002: párr. 43; Corte IDH, *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, 28 agosto 2013: párr. 282).

En cambio, el daño inmaterial “puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o de su familia” (*Los “Niños de la Calle” (Villa-grán Morales y otros)*: párr. 84; *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros)*: párr. 303).

La Corte IDH fija a favor de las víctimas, como compensación por concepto de daño material e inmaterial, para cada uno de los progenitores US\$ 10.000,00 y para cada uno de los hijos US\$ 5.000,00.

Respecto al reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, creado con el “objeto (de) facilitar el acceso al sistema interamericano de derechos humanos a aquellas personas que actualmente no tienen los recursos necesarios para llevar su caso al sistema”, solventar gastos razonables y necesarios relacionados con la producción de pruebas ante el Tribunal,⁴ la Corte IDH ordena al Estado al reintegro de US\$ 9.564,63. En la resolución de la Corte IDH de 26 enero 2015 se considera que se ha dado cumplimiento al reintegro de dicho fondo.

Por último, en la resolución de 17 abril 2015 sobre la supervisión de la sentencia, la Corte IDH considera que el Estado ha dado cumplimiento total a sus obligaciones y da por finalizado el caso.

⁴ AG/RES. 2426 (XXXVIII-O/08), Resolución adoptada por la Asamblea General de la OEA durante la celebración del XXXVIII Período Ordinario de Sesiones de la OEA, en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008, “*Creación del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”, Punto Resolutivo 2.a), y CP/RES. 963 (1728/09), Resolución adoptada el 11 de noviembre de 2009 por el Consejo Permanente de la OEA, “*Reglamento para el Funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”, artículo 1.1. Cfr. Resolución del Presidente de 19 de febrero de 2013, consid. 4, http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/pacheco_19_02_13_293.

V. CONCLUSIONES

Del supuesto *Operación Génesis* se desprende, por una parte, que la Corte IDH reconoce ciertos derechos colectivos a partir de una interpretación extensiva de la Convención ADH, que va más allá de los derechos individuales y, paralelamente, conecta los derechos de la misma con otros, como el de la salud y la educación. El desplazamiento forzado interno como eje conector permite establecer la violación de derechos que se consideran vinculados con el mismo, ahondando en la relación de indivisibilidad e interdependencia a partir de los derechos expresamente reconocidos en la Convención ADH, es en este punto dónde adquieren un significado especial las vulneraciones de los DESCA que sufrieron las comunidades afrodescendientes, con una referencia específica a los niños.

Como recuerda Añón Roig (2010: 27-30) a propósito de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos, el cumplimiento de un derecho, así como su respeto, puede promover la realización de otro derecho de distintas formas: “(1) protegiendo el derecho de alguna de las principales amenazas del derecho con el que guarda relación, (2) proporcionando un remedio o proceso útil para el otro derecho, (3) haciendo que las medidas institucionales y procedimentales sirvan para implementar otros derechos, (4) mejorando las capacidades de los titulares de derechos para usar, beneficiarse de o proteger algún otro derecho”. La progresiva interpretación y consiguiente determinación de las pautas básicas de un derecho se ha conseguido gracias al proceso lento de incorporación de las normas de derecho internacional de los derechos humanos. En dicho proceso es determinante la función que ha realizado la jurisprudencia de los Tribunales de Derechos Humanos, tanto la Corte IDH como el Tribunal EDH, para intentar una aplicación directa del derecho de los Tratados, especialmente para enjuiciar situaciones de violación de derechos por parte de los Estados.

Así ocurre en el caso *Operación Génesis*, en el que la Corte IDH hace un énfasis en la colectividad de las comunidades afrodescendientes para darles acceso y garantizar los DESCA a partir de la Convención ADH. En efecto, la jurisprudencia de la Corte IDH evidencia que el Convenio n° 169 de la OIT, con su dimensión internacional, se ha convertido en una referencia obligada en la protección de los derechos

humanos, tanto de dichas comunidades como de los pueblos indígenas en general en Latinoamérica, si bien ello no es un argumento suficiente para que la Corte IDH establezca indemnizaciones más allá de lo que concreta la legislación nacional colombiana.

Aunque la sentencia que se ha analizado confirma una relación intrínseca entre la identidad cultural de las comunidades afrodescendientes, su pertenencia a un territorio específico en Cacarica y la garantía de los derechos que establece la Convención ADH, que sirve también para reivindicar derechos como los del niño del mencionado artículo 19, no se descarta la posibilidad de que los conceptos culturales se puedan convertir en una desventaja para los grupos minoritarios. En este sentido, como mantienen Dittrich y Rühl (2015: 115), es posible considerar que dicha desventaja está en la interpretación de los artículos 17.1 (protección de la familia) y 11.2 (protección de la honra y la dignidad), que la Corte IDH no considera vulnerados al entender que los argumentos presentados por los representantes eran insuficientes para explicar, de forma evidente, la especificidades y diferencias de las prácticas culturales de la vida en familia de estas comunidades. Por eso, podría mantenerse que este caso revela que la protección jurídica de los derechos de las minorías étnicas todavía está basada en el concepto de diferencia, a propósito de la identidad cultural.

Por lo que se refiere al artículo 21 de la Convención ADH, ya comentado como pilar básico en el caso *Operación Génesis*, en general, como recuerda López (2016: 138 y 157), la indefinición conceptual sobre la que se estructura la jurisprudencia interamericana, que se refiere al tipo de propiedad que se cuestiona en este supuesto, dificulta el cumplimiento de las obligaciones que dicho precepto impone a los Estados parte de la Convención. El análisis de *Operación Génesis* permite revisar de una *manera inductiva-analítica* el conjunto de las decisiones judiciales de la Corte IDH relativas a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales, así como su jurisprudencia posterior, para replantear ciertas cuestiones cuya aclaración es indispensable para el adecuado cumplimiento de las obligaciones que su jurisprudencia establece. Entre ellas, claramente, hay que hacer referencia a una correcta utilización de las reglas y principios establecidos en el mencionado Convenio 169 de la OIT, pero también una mayor con-

creción de nociones como pueblos indígenas y tribales, de sus territorios y tierras, sin que ello suponga dejar de reconocer el enorme valor de esta sentencia en su lectura extensiva, especialmente en lo relativo a la garantía de los DESCAs de las comunidades afrodescendientes.

En cuanto al caso *Familia Pacheco Tineo*, la sentencia resulta interesante por la interconexión que la Corte IDH establece en la vulneración de derechos convencionales como el debido proceso, el principio de no devolución y el derecho a buscar y recibir asilo, con otros, como la protección de la infancia y de la familia y el derecho a la integridad física y moral.

Uno de los aspectos más relevantes de esta resolución es el relativo a si la obtención del asilo puede considerarse como un verdadero derecho. La Corte IDH estima que una denegación de asilo carente de motivación violaría el derecho al debido proceso, pero, al mismo tiempo, entiende que la decisión sobre el fondo de la solicitud de asilo corresponde al Estado. Por tanto, lo que queda claro es que no se establece la necesidad de que se conceda el asilo, si no que la solicitud será tramitada atendiendo a las garantías debidas. Sugiere así que lo único que exige el régimen interamericano es que la solicitud sea considerada bajo las debidas garantías, no que el asilo sea efectivamente otorgado. No queda, por tanto, margen de duda respecto a que las garantías de los artículos 8 y 25 de la Convención ADH son aplicables a los procedimientos de asilo.

Como señala Arletazz (2015: 94), después de esta sentencia, en la Opinión Consultiva sobre niñez migrante (Oc 21/14: párr. 73) la Corte IDH afirmó directamente que existe un derecho subjetivo a recibir asilo, remitiendo a su posición en el caso *Familia Pacheco Tineo* (párrs. 137-140); “sin embargo, en este lugar la Corte no dijo lo que luego dice que dijo, sino que fue mucho más ambigua”.

Es llamativo que en este contexto la Corte IDH no hiciera una referencia expresa al artículo 22.6 de la Convención ADH, que establece que la decisión de expulsión tiene que estar fundada en la ley, pero limitando esta garantía a la expulsión de extranjeros en situación administrativa regular en el territorio. Los representantes de las víctimas en sus alegatos aludieron a dicho precepto, en relación con el principio de legalidad del artículo 9 de la Convención ADH (referido

a la legalidad en el ámbito penal), pero la Corte IDH lo rechazó por entender que las alegaciones eran extemporáneas. La Corte podría haber invocado dicho artículo, acudiendo al principio *iura novit curia*, pero en tal caso habría tenido que confrontar este artículo, de espíritu restrictivo, con su jurisprudencia, según la cual la garantía del debido proceso ampara a todo extranjero, con independencia de su situación ante la ley migratoria (Arletazz 2014).

Optando por una lectura extensiva, tal como se ha expuesto, la Corte IDH reiteró el principio general de legalidad en la expulsión, sin establecer restricciones en atención a la situación administrativa de los extranjeros, respecto de los extranjeros en situación irregular; si bien ello le llevó a obviar el artículo 22.6 de la Convención ADH como si la cláusula de *la legal estancia* no resultara de aplicación o hubiera sido derogada de forma tácita (Mendos y Muñoz 2012: 208-209).

La Corte IDH, por tanto, protege, en general, a los extranjeros en los casos de expulsión y consolida su jurisprudencia al señalar que el principio de no devolución es operativo tanto en las solicitudes de asilo, como en los procedimientos de expulsión (*Familia Pacheco Tineo*: párr. 136).

Un último aspecto de interés en esta sentencia es el relativo a la protección de los derechos del niño, tomando como punto referencial el interés superior del menor. Esta resolución enfatiza la difícil situación de los niños solicitantes de asilo y la importancia del principio de no devolución conjugado con la protección a la vida familiar. Como se constata posteriormente con la mencionada Opinión Consultiva, a los Estados les corresponde la obligación de priorizar el enfoque de los derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta, transversalmente, los derechos de los niños, para asegurar su protección y desarrollo integral.

De la conjunción de los dos casos analizados, como sentencias paradigmáticas de la Corte IDH, se desprende que la misma realiza una interpretación acorde al principio de progresividad de los derechos. Así, en ambas resoluciones se realizan lecturas extensivas de dos derechos que, en cuanto a contenido, son determinantes en las diferentes formas de movilidad humana, y otros dos que aseguran el debido proceso. En este sentido, en primer lugar, en las dos sentencias anali-

zadas, los artículos 22 (en sus apartados 1, 7 y 8) sobre el derecho de circulación y residencia, y el artículo 19 relativo a los derechos de los niños, aseguran la protección jurídica de los indígenas, las comunidades afrodescendientes, los migrantes y los solicitantes de asilo, con un especial amparo para la infancia, conectándolos con otros derechos como los DESCAs, como claramente ocurre en el caso *Operación Génesis* y, en menor medida, en el de *Familia Pacheco Tineo*, aunque también en éste, sin apreciar violación, se alude a la salud y la educación de los niños. Los artículos 8 (sobre garantías judiciales) y 25 (sobre protección judicial), que también se consideran vulnerados en ambos casos, aseguran los instrumentos necesarios para hacer valer los mencionados derechos.

De todo ello se desprende que un punto ineludible para combatir las vulneraciones de derechos que afectan a las personas en situación de movilidad, comienza por fortalecer el derecho internacional de los derechos humanos, invocándolo y haciéndolo valer ante una realidad que lo desvirtúa sistemáticamente. Ello no significa, como ha expresado Caçado Trindade, que sea necesaria una mayor reglamentación o que el Derecho no exista, sino “más bien que el Derecho está siendo ostensiva y flagrantemente violado, día a día, en detrimento de millones de seres humanos” (Corte IDH, Oc-18/03 *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 17 septiembre 2003: párr.: 88), de ahí la relevancia de la jurisprudencia de los tribunales de Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- Añón Roig, María José (2010): “Derechos sociales: cuestiones de legalidad y de legitimidad”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 15-41.
- Arletazz, Fernando (2016): “Naturaleza y alcance del asilo en el sistema interamericano de Derechos Humanos”, en *Revista Ius et Prexis*, núm. 1, 187-226.
- Arletazz, Fernando (2015): “El caso de la Familia Pacheco: expulsión de extranjeros, niñez migrante y asilo”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 11, 85-94.

- Arletazz, Fernando (2014): “Límites convencionales a las políticas migratorias en el sistema interamericano de derechos humanos”, disponible en: <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/wp-17-14.pdf> (Consultado el día 25 de marzo de 2017).
- ACNUR (2016): “Situación Colombia”, disponible en: <http://www.acnur.org/donde-trabaja/america/colombia/> (Consultado el día 6 de marzo de 2017).
- ACNUR (2013): “Afrodescendientes. ACNUR en Colombia”, disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2013/9166.pdf> (Consultado el día 5 de marzo de 2017).
- ACNUR (2011): “Colombia Situation. International Year of Afrodescendants”, disponible en: [http://www.acnur.org/el-acnur/eventos/2011/2011-afrodescendientes/?sword_list\[\]=afrodescendientes&no_cache=1](http://www.acnur.org/el-acnur/eventos/2011/2011-afrodescendientes/?sword_list[]=afrodescendientes&no_cache=1) (Consultado el día 4 de marzo de 2017).
- ACNUR (2010): “Mejorando los procedimientos de asilo: análisis comparativo y recomendaciones legales y prácticas”, disponible en: http://www.acnur.es/PDF/7399_20120830130348.pdf (Consultado el día 4 de marzo de 2017).
- Comisión IDH (2015a): “Movilidad Humana. Estándares internacionales”, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf> (Consultado el día 3 de marzo de 2017).
- Comisión IDH (2015b): “Informe Anual 2015. Capítulo V: seguimiento de recomendaciones formuladas por la Comisión IDH en sus informes de país o temáticos. Seguimiento de recomendaciones formuladas por la Comisión IDH en el informe Verdad, Justicia y Reparación: cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia”. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/informeanual2015-cap5-colombia-es.pdf> (Consultado el día 26 de marzo de 2017).
- Comisión IDH (2013): “Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México”, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/informe-migrantes-mexico-2013.pdf> (Consultado el día 6 de abril de 2017).
- Comisión IDH (2010): “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos”, disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf> (Consultado el día 6 de abril de 2017).
- Comisión Intereclesial de Justicia y Paz (2009): ““Operación Génesis”. Tortura y ejecución extrajudicial de Marino López Mena”, disponible en:

<http://justiciaypazcolombia.com/Operacion-Genesis-tortura-y;2989> (Consultado el día 14 de marzo de 2017).

- Consejo de Europa (2010): “Position Paper from the Council of Europe Commissioner for Human Rights. Positions on the right to seek and enjoy asylum (Documento de posición del Comisionado del Consejo de Europa para los Derechos Humanos. Posición respecto al derecho de buscar y recibir asilo, Estrasburgo, 24 junio 2010)”, disponible en <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1640757> (Consultado el día 21 de marzo de 2017).
- Costa, Sergio y Leite Gonçalves, Guilherme (2011): “Human Rights as Collective Entitlement? Afro-Descendants in Latin America and the Caribbean”, en: *Zeitschrift für Menschenrechte*, núm. 2, 52-70 (Consultado el día 7 de abril de 2017).
- DANE. Departamento Administrativo Nacional de Estadística (2006), “La visibilización estadística de los grupos étnicos colombianos”, disponible en: https://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/visibilidad_estadistica_etnicos.pdf (Consultado el día 15 de marzo de 2017).
- De Lucas, Javier (2015): *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Defensor del pueblo (2016): “Estudio sobre el asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida”, disponible en: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2016/07/Asilo_en_Espana_2016.pdf (Consultado el día 27 de marzo de 2017).
- Dittrich, Elisabeth y Rühl, Janina (2015): “Derecho, identidad y territorio: el caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas del Cacarica (Colombia) ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Derecho en América latina ¿corrector o (re)productor de desigualdades?*, Gónzora-Mera, Manuel, Costa, Sergio y Leite Gonçalves, Guilherme (eds.), Working Paper Series 81, Desigualdades.net, Berlín, 91-119.
- Dulitzky, Ariel E. (2010): “When Afro-Descendants became ‘Tribal Peoples’: The Inter-American Human Rights System and Rural Black Communities”, en *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 15, núm. 1, 29-81.
- Gil-Bazo, María Teresa (2015): “Asylum as a General Principle of International Law”, en *International Journal of Refugee Law*, vol. 27, núm. 1, 3-28.
- González Serrano, Andrés y Sanabria Moyano, Jesús Eduardo (2013): “Obligaciones de los Estados parte en la Convención Americana”, en *Saber, Ciencia y Libertad*, vol. 8, núm. 2, 45-56.

- Ippolito, Francesca e Iglesias, Sara (2015): *Protecting Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon.
- Lienhard, Martin (2011): “Expulsados, desterrados, desplazados. Migraciones forzadas en América Latina y en África, Nexos y Diferencias”, en *Estudios de la Cultura de América Latina*, núm. 31, Iberoamericana/Vervuet, Madrid/Frankfurt.
- López Escarcena, Sebastián (2016): “Operación Génesis: reflexiones en torno a la propiedad colectiva indígena y tribal”, en *Estudios Socio-Jurídicos*, núm. 18(1), 135-166.
- López Ulla, Juan Manuel (2013): “Alcance del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con la detención de un menor extranjero no acompañado. La obligación positiva de no dejarle en desamparo”, en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 481-497.
- Mendos, Lucas y Muñoz, Rosario (2012): “Garantías procesales en procesos de expulsión de inmigrantes”, en *Problemas actuales de los Derechos Humanos*, Sebastián Rey (ed.), Eudeba, Buenos Aires.
- Morgades Gil, Silvia (2016): “Refugiado”, en *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 10, 231-249.
- Morgades Gil, Silvia (2012): “La responsabilidad de examinar las demandas de asilo presentadas en la Unión Europea: revisión del sistema de Dublín basada en los estándares europeos de protección de los derechos humanos”, en *Políticas migratorias, asilo y derechos humanos: un cruce de perspectivas entre la Unión Europea*, Solanes Corella, Ángeles y La Spina, Encarnación (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 187-210.
- Navarrete, Tatiana (2017): “El lento retorno de los indígenas y afrodescendientes a sus territorios”, *Mongabay*, disponible en: <https://es.mongabay.com/2017/02/colombia-lento-retorno-los-indigenas-afrodescendientes-territorios/> (Consultado el día 7 de marzo de 2017)
- Nickel, James W. (2008): “Rethinking Indivisibility: Towards A Theory of Supporting Relations between Human Rights”, en *Human Rights Quarterly*, 30, núm. 4, 984-1001.
- Otis, Ghislain and Laurent, Aurélie (2013): “Indigenous land claims in Europe: The European Court of Human Rights and the decolonization of property”, en *Arctic Review on Law and Politics*, vol. 4, 156-180.
- Rodríguez-Piñero, Luis (2013): “La sentencia de la Corte Interamericana”, en *El caso Awas Tingni. Derechos humanos entre lo local y lo global*, Gómez Isa, Felipe (ed.), Universidad de Deusto, Bilbao, 123-138.

- Ruiz Chiriboga, Oswaldo y Donoso, Gina (2014): “Pueblos indígenas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo y reparaciones”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*, Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.) Fundación Konrad Adenauer, La Paz, 947-1026.
- Solanes Corella, Ángeles (2016): “Una reflexión iusfilosófica y jurídica sobre las fronteras”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 32, 145-184.
- Solanes Corella Ángeles (2015): “Asilo y refugio”, en *Los derechos humanos en España: un balance crítico*, Rey, Fernando (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 781-815.
- Solanes Corella, Ángeles (2014): “Derechos humanos y asilo: sobre las deficiencias del SECA y la regulación jurídica española”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, núm. 7, 181-210.