

THOMAS BUERGENTHAL Y LAS AMÉRICAS: UNA CONTRIBUCIÓN INTEGRAL A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS*

*Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos***

1. A modo de introducción: Proactividad prudente

Con el trasfondo de su trágico pasado, conmovedoramente relatado en su libro *A Lucky Child*¹ (“Un niño afortunado”), Buergenthal vio su destino en la contribución a la protección

* Traducción del original en inglés (“Thomas Buergenthal and the Americas: A Comprehensive Contribution to Human Rights Protection”, publicado en *Goettingen Journal of International Law* 15, 1, 15-48, 2025) a cargo de Rodolfo González Espinosa, LL.M y Gustavo Urquizo, LL.M, doctorandos de la GAU e investigadores adscritos al CEDPAL. El autor agradece a Gustavo Urquizo, LL.M, por su apoyo en la preparación de la versión original de este artículo. Todos los enlaces fueron visitados por última vez el 1.10.2025. [N. de los T.: El texto original contenía diversas citas literales de fuentes en inglés. Dado que algunas de estas fuentes cuentan también con una versión en castellano, hemos optado por utilizar esta última para reemplazar las citas en inglés. Sin embargo, por razones de espacio, las citas literales de textos que solo existen en inglés son ofrecidas directamente en castellano, es decir, sin consignar el texto original al lado].

** Catedrático de derecho penal y procesal penal, derecho comparado, derecho penal internacional y derecho internacional público en la Georg-August-Universität Göttingen (GAU), Alemania. Director General del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la GAU.

1 Buergenthal, Thomas, *A Lucky Child: A Memoir of Surviving Auschwitz as a Young Boy*, Profile Books LTD. 2015, London; v. también la larga entrevista de C. Kreß y D. Stahl a Thomas Buergenthal en Kreß, Claus; Stahl, Daniel: “Lebensgeschichtliches Interview mit Thomas Buergenthal”, 4.3.2015, disponible en: <https://www.geschichte-menschenrechte.de/personen/thomas-buergenthal>.

de los derechos humanos². Su participación proactiva en el establecimiento de un sistema de derechos humanos en las Américas³, que le llevó a asesorar la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en 1979 y a formar parte del primer grupo de jueces ese mismo año, así como a ser miembro de la Comisión de la Verdad para

[N. de los T.: Existe una versión en castellano del libro autobiográfico de Buerghenthal; sin embargo, para esta traducción se empleó el texto en inglés. V. Buerghenthal, Thomas. *Un niño afortunado. De prisionero de Auschwitz a juez de la Corte Internacional*, Plataforma Editorial, Barcelona. 2008].

- 2 Buerghenthal, *A Lucky Child...*, 2015, 215-216: “[...] Sin duda, mi experiencia en el campo de concentración marcó mi vida profesional posterior. A diferencia de la mayoría de mis compañeros de la facultad de Derecho, nunca me interesó mucho el ejercicio tradicional del derecho, es decir, hacer lo que suelen hacer los abogados [...]. En cambio, me atraía el derecho internacional, y el derecho internacional de los derechos humanos en particular, porque creía, de forma un tanto ingenua al principio, que estas áreas del derecho, si se desarrollaban y reforzaban, podrían evitar a las generaciones futuras el tipo de terribles tragedias humanas que la Alemania nazi había causado al mundo. Con el tiempo, también llegué gradualmente a la conclusión de que tenía la *obligación* de dedicar mis actividades profesionales a la *protección internacional de los derechos humanos*. Este *sentido de la obligación* tenía su origen en la creencia, que se fue fortaleciendo con el paso de los años, de que los que sobrevivimos al Holocausto les debíamos a los que perecieron en él el intentar mejorar, cada uno a nuestra manera, la vida de los demás. Para mí, eso significaba trabajar por un mundo en el que se protegieran los derechos y la dignidad de los seres humanos en todas partes. También me convencí de que el derecho internacional de los derechos humanos era la rama del derecho a la que yo, como abogado y debido a mi experiencia en el Holocausto, podría hacer *la contribución más significativa*. Al fin y al cabo, sabía lo que significaba ser víctima de violaciones de los derechos humanos” (énfasis añadido).
- 3 Aunque Buerghenthal no participó oficialmente en la redacción de la CADH, siguió de cerca el proceso y tuvo cierta influencia directa, cf. Buerghenthal, Thomas, “Recordando los inicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista IIDH* 39. San José, 2005, 12, nota de pie 2: “Hasta ese momento yo había escrito una serie de artículos sobre los sistemas europeo e interamericano, y *había colaborado* con la formulación de la Convención Americana”; y Kreß / Stahl, “Lebensgeschichtliches Interview...”, 2015, 15: “Seguí la redacción [...]. Y así sugerí algunas revisiones, que encontraron su camino en la Convención Americana, v. el Art. 8 (1) de la Convención”.

El Salvador (CVES) en 1992⁴, se remonta a un artículo publicado en la *Buffalo Law Review* en 1971⁵. En este trabajo, Buerghenthal, teniendo en cuenta el contexto político regional de la época, expresaba su preocupación por un instrumento regional de derechos humanos demasiado ambicioso e incluso más amplio que el de la *Convención Europea de Derechos Humanos* (CEDH)⁶. Entonces, la preocupación práctica de Buerghenthal era garantizar que la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (CADH) obtuviera el número necesario de ratificaciones para entrar rápidamente en vigor, dado el autoritarismo generalizado en la región⁷.

-
- 4 V. ONU, “Secretary-General Appoints 3 Member Commission on Truth to Investigate Acts of Violence in El Salvador”. 10.12.1991, disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/1311672?ln=en>
 - 5 Buerghenthal, Thomas. “The American Convention on Human Rights: Illusions and Hopes”, 21 *Buffalo Law Review*. 1. 1971, 121-136.
 - 6 Ibidem, 123: “La Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza 23 amplias categorías de derechos y libertades. En cambio, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal y como se adoptó originalmente, proclamaba sólo 13 derechos”. Comparando los sistemas interamericano y europeo y abogando por un enfoque regional, Buerghenthal, “The American and European Conventions on Human Rights: Similarities and Differences”, *Am. U. L. Rev.* 30. 1980, 155.
 - 7 Buerghenthal, “The American Convention...”, *Buff. L. Rev.* 21. 1971, 124: “Pero el hecho mismo de que se necesite un catálogo tan amplio de derechos, sugiere que fue *muy imprudente* incluirlos todos en la Convención. El elemental sentido común debería haber dicho a los proponentes de la Convención Americana que cuanto más gravosas sean las obligaciones impuestas por el tratado, menos probable será que once Estados americanos estén dispuestos o puedan en un futuro previsible ratificar ese instrumento” (énfasis añadido); y 122: “De las once ratificaciones que son necesarias para que este instrumento entre en vigor, sólo una –por parte de Costa Rica– ha sido depositada hasta la fecha. Siendo las realidades políticas las que son en el hemisferio occidental, probablemente llevaría mucho tiempo obtener once ratificaciones para cualquier convención de derechos humanos. Llevará mucho más tiempo en el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que parece haber sido redactada de una forma calculada para desalentar su ratificación”.

El escepticismo de Buergenthal respecto a la viabilidad del proyecto de la CADH permite resaltar dos aspectos importantes de su pensamiento: Por un lado, Buergenthal siempre fue un realista, pues era plenamente consciente de la divergencia entre una aspiración normativa y la realidad política. Él veía esta divergencia en relación con un entorno político que podía producir consecuencias perjudiciales imprevistas para un determinado objetivo normativo, especialmente uno que aspira a una mejor protección de los derechos humanos. Aunque los peores temores de Buergenthal no se materializaron, ya que la CADH acabó entrando en vigor, su planteamiento cauteloso y modesto era ciertamente prudente, pues siempre existe el riesgo de rechazo de un proyecto demasiado ambicioso y con expectativas normativas tan desmesuradas que puedan incrementar la presión y resistencia de las fuerzas políticas escépticas.

Por otro lado, la perspicacia política y el sentido práctico de Buergenthal demostraron ser cualidades valiosas en el ámbito del derecho internacional, sobre todo cuando se trata de crear un nuevo instrumento internacional⁸. En ese sentido, Buergenthal lamentaba expresamente la falta de habilidad política de los promotores de la CADH al establecer exigencias demasiado elevadas: “[...] muchos de los verdaderos defensores de los derechos humanos que asistieron a la conferencia sucumbieron al efecto embriagador del mundo de ensueño creado por su propia retórica e instaron a la inclusión de más y más derechos, mientras que los detractores de los derechos humanos debían de estar regodeándose de su falta de sofisticación política”⁹.

8 Ya he destacado esto con respecto a la Corte Penal Internacional en Ambos, Kai. “Corte Penal Internacional: Reformas pendientes”, *En Letra: Derecho Penal* 8. 2019, 35-39 Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/eldp/article/view/40072/36869>.

9 Buergenthal, “The American Convention...”, *Buff. L. Rev.* 21. 1971, 125-6. Proporcionando hipótesis alternativas sobre la diferencia entre la CADH y la

Sin embargo, el realismo de Buergenthal no debe malinterpretarse como una rendición completa a la *Realpolitik*¹⁰. De hecho, Buergenthal siempre apuntó a un sistema integral de derechos humanos para las Américas, pero guiado por un pensamiento estratégico-progresivo y altamente perceptivo al cambio de las realidades políticas. Si bien fue más cauteloso durante la redacción de la CADH y los primeros años de la Corte, dado el panorama político autoritario, se volvió más comunicativo y proactivo una vez que el clima político comenzó a cambiar. En ese sentido, la reducción del proyecto de la CADH a una especie de estándar mínimo en forma de derechos políticos y civiles básicos era sólo el primer paso, el punto de partida por así decirlo, de un largo camino de expansión de los derechos humanos que alcanzaría luego a otros derechos más controvertidos:

Un enfoque obvio consiste en limitar el número de derechos que deben garantizarse a los más básicos y evitar ser demasiado innovador introduciendo concepciones jurídicas que no han encontrado aceptación ni siquiera teórica entre la mayoría de los Estados de la región de que se trate. Una convención regional para regiones con problemas similares a los de América Latina, por ejemplo, debería limitarse inicialmente a reconocer el derecho a la personalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a no ser torturado, el derecho a no ser sometido a leyes *ex post facto*, el derecho a un juicio justo, el derecho a no ser privado de libertad

CEDH, a saber, que los redactores de la CEDH eran más realistas o que los habitantes del continente americano necesitaban protección internacional para más derechos (ibid., 123).

10 Buergenthal, Thomas. “The Human Rights Revolution”, 23 *St. Mary's Law Journal* 1. 1991, 3-10. *Passim* (argumentando a favor de un enfoque progresivo, abogando específicamente por la internacionalización de los derechos humanos). V. también ibid., 10, donde critica un enfoque basado únicamente en el realismo político: “Esa revolución [de los derechos humanos] está demostrando de forma cada vez más convincente que el llamado realismo político, que descarta todo menos el poder militar y económico, no tiene el monopolio de la sabiduría política ni es tan realista”.

arbitrariamente, el derecho a no ser sometido a esclavitud, el derecho a la libertad de expresión, de conciencia y de religión. Debería contener una amplia cláusula de no discriminación del tipo de la Convención Americana, así como cláusulas de reserva y derogación bien redactadas. [...] Una vez que una carta de derechos humanos tan rudimentaria haya sido aceptada y vinculada a un mecanismo de aplicación que los individuos puedan invocar de forma efectiva –y esto debería ser, obviamente, un requisito previo indispensable de cualquier sistema regional para la protección de los derechos humanos– será mucho más fácil, con el paso del tiempo, incorporar derechos adicionales al instrumento original.

Yo sería el primero en abogar por convenciones más avanzadas e integrales [...] Mientras existan las condiciones actuales, debemos resistir la tentación de construir castillos en el cielo. En su lugar, deberíamos concentrar nuestros esfuerzos en establecer sistemas universales o regionales de protección a los derechos humanos capaces de salvar vidas humanas, vaciar los campos de concentración y eliminar las cámaras de tortura y a los sádicos de las cárceles, de las comisarías de policía y de los centros militares de interrogatorio. Al fin y al cabo, ése sigue siendo el primer y más importante punto de la agenda de derechos humanos¹¹.

Buergenthal era plenamente consciente de la fragilidad e incertidumbre de un mecanismo de derechos humanos, aunque fuera básico, en aquel momento. Por ello, adoptó un enfoque pragmático, una especie de “es mejor algo que nada”: “E incluso si eso resultara ser un proceso mucho más lento de lo que uno desearía, es claramente mejor tener alguna protección que ninguna”¹².

Observo de paso que el propio Buergenthal solía bromear sobre su capacidad para anticiparse a ciertos acontecimientos: “Durante uno de los muchos periodos de gran tensión en Oriente Medio, su madre le llamó desde Italia para preguntarle

11 Buergenthal, “The American Convention...”, *Buff. L. Rev.* 21. 1971, 135-136.

12 *Ibid.*, 136.

si pensaba que habría una guerra. Él le aseguró que esta vez no ocurriría. Su madre contó entonces a todas sus amigas que ‘su hijo, el abogado internacionalista’ le había dicho que no se preocupara. Dos días después estalló una guerra a gran escala”¹³.

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Promoción activa y optimización

2.1 Nombramiento e inicio

Tal vez la inusual suerte que según el mismo Buergenthal lo acompañó en su vida pudo haber contribuido también a allanar el camino para su nombramiento como juez de la Corte IDH en 1979. Esto al menos parece desprenderse de la historia, un tanto anecdótica, que precedió a su nombramiento para el cargo. Buergenthal tenía nacionalidad estadounidense, pero EE.UU., al no ser Estado parte de la CADH, no podía proponerle como candidato. Buergenthal, señalaba regularmente –y quizá con cierta frustración– esta circunstancia en su seminario sobre derecho internacional de los derechos humanos en la Universidad de Texas, en Austin. También señalaba que cualquier Estado parte podía designar a ciudadanos estadounidenses, pero nunca pensó que eso fuera a ocurrir en su caso. Resultó que “no podía estar más equivocado”: De repente, Buergenthal recibió una inesperada llamada telefónica del embajador de Costa Rica –que en un principio tomó como una broma de uno de sus

13 Cf. Pasqualucci, Jo M. “Thomas Buergenthal: Holocaust Survivor to Human Rights Advocate”, 18 *Hum. Rts. Q.* 4. 1996, 883 (citando a Buergenthal, “Address at George Washington University Law School to a Human Rights Class”. 22.9.1995).

estudiantes— en la que se le informaba de que Costa Rica le nominaría¹⁴.

Como juez pionero en la Corte IDH, Buergethal tuvo que enfrentarse a los conocidos retos básicos de las etapas iniciales de este tipo de instituciones, pero quizás más extremos en el contexto de la informalidad de las Américas¹⁵. Tras una pomposa inauguración por parte de Costa Rica como país anfitrión, los jueces se enfrentaron a la “triste realidad” de que el gobierno ni siquiera había proporcionado espacio para las oficinas: “En consecuencia, celebramos nuestra primera sesión de trabajo en el balneario del Colegio de Abogados de Costa Rica. Aquí, las voces de los niños que nadaban y saltaban en la piscina del Colegio a menudo ahogaban nuestros primeros esfuerzos de redacción, un comienzo poco auspicioso para

14 Buergethal, “Recordando los inicios de la Corte...”, *Revista IIDH* 39. 2005, 12: “En aquel tiempo, yo era profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas, en Austin. Uno de los cursos que impartía era un seminario acerca del derecho internacional de los derechos humanos. En él también se consideraba el sistema interamericano de derechos humanos, y yo nunca dejaba de señalar que como Estados Unidos no había ratificado la Convención, nunca podría proponer candidatos a la Corte. Aunque aclaraba que un ciudadano estadounidense podría ser propuesto por alguno de los Estados que hubiera ratificado la Convención, tenía serias dudas de que esto pasara, y nunca perdí la oportunidad de decirlo. Como luego resultó evidente, no pude haberme equivocado más”.

15 Ibid., 12-13: “La guerra fría, en la América de aquella época, permitió que los regímenes militares y las dictaduras civiles torturaran e hicieran desaparecer a cualquier persona que catalogaran como subversivo. A menudo, también, el simple hecho de hablar públicamente de derechos humanos podía ser motivo de encarcelamiento o de medidas aún más drásticas. Ese fue el ambiente político que imperaba cuando la Corte Interamericana abrió sus puertas, por así decirlo. Pero aparte de los problemas políticos que ese ambiente representaba para los derechos humanos, también a nivel práctico hubo que empezar de cero. El estatuto, el reglamento y el convenio de sede tuvieron que ser redactados y negociados. Se promulgaron procedimientos judiciales internos, se contrató personal e incluso se seleccionaron y compraron togas. Todo esto y más se logró sin presupuesto, con jueces a tiempo parcial y sin previa experiencia judicial”.

aquellos de nosotros que nos considerábamos los modernos John Marshalls”¹⁶.

Aparte de eso, América del Sur se encontraba completamente en manos de regímenes autoritarios, cuando no de dictaduras militares, todos los cuales, a pesar de no ser Estados Parte de la CADH, “tenían voto para decidir sobre el contenido de nuestro Estatuto y nuestro presupuesto”¹⁷.

3. La jurisprudencia de la Corte

3.1 Opiniones consultivas

En cuanto al trabajo de la Corte, los primeros cinco años estuvieron dominados (únicamente) por cuatro opiniones consultivas¹⁸, pero ninguna decisión en casos contenciosos¹⁹.

16 Ibid., 13.

17 Ibid., 14: “En 1979 muchos países sudamericanos, entre ellos Brasil, Argentina, Paraguay, Bolivia, Chile y Uruguay, estaban en manos de regímenes militares. Con excepción de la democrática Costa Rica, la situación en América Central no era mucho mejor, ni siquiera en los países vecinos como Panamá, Haití y la República Dominicana. La entonces llamada ‘democracia’ de México no favorecía ni a los derechos humanos ni a las instituciones internacionales de derechos humanos. Sin embargo, todos esos países tenían derecho al voto en las decisiones que se tomarían sobre nuestro estatuto y presupuesto, a pesar de no haber ratificado la Convención”.

18 V. CADH, 22.11.1969, Art. 64 [CADH]. Hasta el 1.10.2025, la Corte ha emitido más de 30 opiniones consultivas, v. aquí: https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm?lang=en. El TEDH solo puede emitir opiniones consultivas desde el 1.8.2018 en virtud de la entrada en vigor del Protocolo 16 del CEDH, cf. <https://www.echr.coe.int/advisory-opinions>.

19 Buergethal, Thomas. “The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court”, 79 *AJIL* 1, 1985, 2. “Aunque sólo se ha recurrido a la jurisdicción contenciosa de la Corte en un caso en sus primeros 5 años de existencia, en ese mismo periodo ha emitido cuatro opiniones consultivas”. Los casos contenciosos de la Corte IDH se encuentran aquí: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm?lang=es

Sin embargo, a pesar de su carácter no vinculante, estas opiniones consultivas tuvieron un impacto importante en la región y, por lo tanto, demostraron ser un indicio temprano de la (futura) eficacia de la Corte. Por ejemplo, una opinión consultiva de 1983 relativa a Guatemala condujo a la suspensión de la pena de muerte en ese país²⁰. Esto tuvo un impacto notable si se considera que incluso el Papa Juan Pablo II, quien había estado un año antes de visita en América Central, no había logrado este resultado. Así pues, este impacto fue, en palabras del propio Buergenthal, “toda una inyección de moral para la Corte”²¹. Otra opinión consultiva de 1985²², relacionada con el caso *Schmidt* de Costa Rica –en el que la Corte IDH afirmó que una ley costarricense que exigía la colegiación obligatoria de los periodistas para ejercer su profesión violaba la libertad de expresión– reforzó este derecho mucho más allá de Costa Rica²³ y resultó ser un referente en materia de libertad de expresión

20 V. restricciones a la pena de muerte (Arts. 4 (2) y 4 (4) CADH), Opinión Consultiva OC-3/83 del 8.9.1983, *Corte IDH Series A*, No. 3; v. al respecto Buergenthal, “Recordando los inicios de la Corte...”, *Revista IIDH* 39. 2005, 18.

21 Ibid., 18: “El Papa Juan Pablo II, durante su visita a Centroamérica un año antes, se había presentado ante las autoridades guatemaltecas sin lograr mayores resultados en cuanto al cese de las ejecuciones. Pero nosotros lo logramos mediante una opinión consultiva. Fue un resultado muy alentador para la Corte”.

22 Esta opinión consultiva había sido solicitada por la propia Costa Rica después de que su presidente fuera interpelado al respecto en una reunión de la Sociedad Interamericana de Prensa en Miami, celebrada pocos meses después del pronunciamiento de la CIDH. En primer lugar, la CIDH no estableció la existencia de una violación y no remitió el caso a la Corte en el plazo requerido (3 meses), como tampoco lo hizo Costa Rica ni pudo hacerlo el denunciante (*Schmidt*). V. Buergenthal, “Recordando los inicios de la Corte...”, *Revista IIDH* 39. 2005, 20.

23 *La Colegiación obligatoria de periodistas* (Arts. 13 y 29 CADH), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13.11.1985, *Corte IDH, Series A*, No. 5, párr. 25: “una materia que reviste especial importancia en el continente, donde varios Estados han adoptado leyes parecidas a la de Costa Rica”.

en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)²⁴. Además, esta opinión reforzó la autonomía de la Corte con respecto a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ya que le permitió juzgar un caso no remitido por la Comisión²⁵, revelando así su cuestionable práctica de no remisión²⁶.

24 Causanilhas, Tayara; Legale, Siddharta. “O Caso Schmidt, a Liberdade de Expressão e a Rivalidade Entre a Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos nos Anos 1980”, 1 *Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ* 1. 2018. Disponible en: <https://revistas.ufrj.br/index.php/inter/issue/view/1223>. Citando otros casos en la nota al pie 29; ver también Silva Abbott, Max. “El Incierto Futuro de la Libertad de Expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 42 *Revista Chilena de Derecho* 3. 2015, 1063-1071. Véase igualmente Cantón, Santiago, “El Legado Democrático de la OC-5/85”, en CIDH (ed.), *Libertad de Expresión: A 30 Años de la Opinión Consultiva Sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas*, OEA/Ser.D/XV.18, Bogotá, OEA. 2017, 23: “El camino iniciado por la Corte permitió que con posterioridad a la OC-5/85, en otras tres ocasiones, la CIDH haya tenido la oportunidad de resaltar la importancia del derecho a la libertad de expresión: el Informe sobre Desacato, la creación de la Relatoría Especial de Libertad de Expresión y la Declaración de Principios de Libertad de Expresión. Estas cuatro instancias de defensa, [...] configuran los pilares que sostienen una red de defensa hemisférica, que a lo largo de las décadas ha contribuido significativamente al fortalecimiento de nuestras democracias”. Ver también *Álvarez Ramos vs. Venezuela*, Sentencia del 30.8.2019, Corte IDH, Series C, No. 380, párr. 94.

25 V. *supra* nota 22.

26 La Corte criticó explícitamente a la Comisión: “Aunque la Convención no especifica bajo qué circunstancias la Comisión debe referir un caso a la Corte, de las funciones que asigna a ambos órganos se desprende que, aun cuando no esté legalmente obligada a hacerlo, hay ciertos casos que, al no haberse podido resolver amistosamente ante la Comisión, deberían ser sometidos por ésta a la Corte. El caso *Schmidt* cae ciertamente dentro de esta categoría. Se trata de un caso que plantea problemas legales controversiales no considerados por la Corte; su trámite en la jurisdicción interna de Costa Rica fue objeto de decisiones judiciales contradictorias; la propia Comisión no pudo alcanzar una decisión unánime sobre esos problemas jurídicos; y es una materia que reviste especial importancia en el continente, donde varios Estados han adoptado leyes parecidas a la de Costa Rica”. (Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 25). V. también Causanilhas / Legale, “O Caso Schmidt...”, *Revista de Direito*

Como consecuencia, esta práctica de remisión mejoró²⁷. En otra opinión consultiva se sostuvo, de manera pionera, que los Estados que participan en tratados internacionales de derechos humanos asumen obligaciones directamente frente a los individuos y no sólo derechos recíprocos frente a otros Estados Parte²⁸. En suma, es justo decir entonces que las opiniones consultivas de la Corte contribuyeron al desarrollo sustantivo de la protección de los derechos humanos en la región.

Buergenthal adoptó un enfoque muy matizado respecto a las opiniones consultivas. Por un lado, hizo una valoración positiva en un artículo publicado en 1985 en el *American Journal of International Law*:

Han permitido a la Corte aclarar el alcance de su competencia consultiva y el papel que desempeña en materia de derechos humanos dentro del sistema interamericano. Estas opiniones son importantes también por las contribuciones que hacen al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos.

Más importante, sin embargo, es el hecho de que [...] [ellas] le han permitido [a la Corte] definir el alcance de su competencia consultiva en una medida significativa y dar expresión judicial a ciertos principios que son básicos para el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. Al delimitar el alcance

Internacional e Direitos Humanos da UFRJ 1. 2018: “A OC-5/85 foi [...] duplamente emblemática, porque fixou o [...] direito de liberdade de expressão e por fixar o espaço de atuação da Corte IDH em relação à CIDH”. (“La OC-5/85 fue [...] emblemática en un doble sentido, porque fijó el [...] derecho a la libertad de expresión y porque fijó el ámbito de actuación de la Corte IDH en relación a la CIDH”); v. también Buergenthal, “Recordando los inicios de la Corte...”, *Revista IIDH* 39. 2005, 21.

27 Cf. *ibid.*, 22: “Un año más tarde, la Comisión le refirió a la Corte no uno sino tres casos contenciosos”.

28 El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82 del 24.9.1982, Corte IDH, Series A, No. 2. V. también Pasqualucci, “Thomas Buergenthal: Holocaust Survivor...”, *Hum. Rts. Q.* 18. 1996, 888.

de su competencia consultiva y especificar las normas aplicables a la misma, la Corte ha tratado de evitar sobrecargar el proceso consultivo con obstáculos formalistas y lentos. Por el contrario, su práctica refleja la opinión de que, para ser útil y eficaz, el proceso consultivo tiene que ser rápido y capaz de proporcionar a los órganos de la OEA y a los Estados miembros resoluciones judiciales jurídicamente sólidas concebidas en una atmósfera que inspire confianza en los procesos deliberativos e interpretativos²⁹.

En una línea positiva similar, Buergenthal subrayó la paradójica eficacia de las opiniones consultivas que, a pesar de su carácter no vinculante, facilitaban el cumplimiento por parte de los Estados dado su menor efecto estigmatizador que el de una decisión contenciosa que etiquetara al Estado condenado como violador de los derechos humanos: “[...] el proceso consultivo tiene la ventaja, y esto es particularmente cierto en el contexto de los derechos humanos, de facilitar políticamente a un gobierno el cumplimiento de las opiniones consultivas: [...] no estigmatizan al Estado como transgresor de la ley y permiten a un gobierno infractor hacer que su cumplimiento parezca un acto voluntario”³⁰.

29 Buergenthal, “The Advisory Practice...”, *AJIL* 79. 1985, 2, 25.

30 *Ibid.*, 26; v. también Buergenthal, Thomas, “Address by Judge Thomas Buergenthal, President, Inter-American Court of Human Rights Before a Special Session of the OAS Permanent Council”. 3.12.1986, 130-131. Disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/4/pr/pr8.pdf>. “El único efecto jurídico de la opinión es que constituye una interpretación autorizada de un órgano judicial cuyo valor se deriva de la legitimidad institucional de que goza el Tribunal como órgano judicial independiente, imparcial y apolítico.

Es obvio, y no necesito insistir en este punto en una sala llena de diplomáticos y juristas experimentados, que el mero hecho de que una opinión no sea jurídicamente vinculante en un sentido formal no significa que sea necesariamente menos eficaz que una opinión jurídicamente vinculante. Políticamente, además, una opinión consultiva tiene la gran ventaja de que no estigmatiza a un gobierno como violador de los derechos humanos, no acusa al gobierno y no determina su culpabilidad. Sin embargo, al mismo tiempo deja perfectamente clara la cuestión jurídica abstracta para cualquier gobierno

Buergenthal también señaló el especial potencial legitimador de las opiniones consultivas en las Américas³¹ dado que se aplican a todos los Estados de la Organización de Estados Americanos (OEA)³² mientras que la *jurisdicción contenciosa* de la Corte sólo se aplica a los Estados parte de la Convención³³.

que desee evitar que se le considere infractor de sus obligaciones jurídicas internacionales. Al resolver la cuestión jurídica, también puede cambiar el tenor y el carácter del debate político en el organismo que solicitó el dictamen. Por lo tanto, la vía de la opinión consultiva puede constituir una técnica política y diplomáticamente útil para los órganos de la OEA que deseen evitar politizar en exceso una cuestión y ofrecer a los gobiernos una forma elegante de cumplir con sus obligaciones.

Como saben, gran parte de la jurisprudencia de la Corte hasta ahora ha consistido en opiniones consultivas, y algunas de ellas han tenido un *impacto beneficioso*. A este respecto, debo señalar que todos los Estados miembros de la OEA tienen *derecho a presentar* sus observaciones escritas y orales en cualquier procedimiento consultivo pendiente ante la Corte. Lamentablemente, hasta ahora muy pocos Estados han hecho uso de esta oportunidad, que es una oportunidad para incidir en la interpretación del derecho internacional de los derechos humanos de nuestro hemisferio. Aquí cada representante permanente podría ayudar. Sin duda habrán visto los diversos avisos para observaciones de los gobiernos que la Corte envía cada vez que recibe una solicitud de opinión consultiva. Una nota de ustedes a sus cancillerías en los casos apropiados sugiriendo que alguien considere la conveniencia de un comentario escrito u oral tendría un impacto y, estoy seguro, permitiría a la Corte tener una mejor comprensión de las consideraciones legales que cada gobierno juzga significativas” (énfasis añadido).

31 Buergenthal, “The Advisory Practice...”, *AJIL* 79. 1985, 2: “El papel de la Corte como institución judicial de la OEA se basa en su jurisdicción consultiva. Puede ser invocada cualquiera de los órganos de la OEA y por cualquiera de los Estados miembros de la OEA, hayan o no ratificado la Convención. En el ejercicio de esta jurisdicción, la Corte está facultada para interpretar la Convención y cualquier otro tratado de derechos humanos aplicable en las Américas”. V. también Nascimento, Jefferson, “Os Juízes da CIJ: Thomas Buergenthal”, *Núcleo de Estudos Internacionais* (NEI), 20.7.2020. Disponible en: <https://neiarccadas.wordpress.com/2010/07/20/thomas-buergenthal/>.

32 Cf. CADH, Art. 64 (1): “Los Estados miembros de la Organización podrán consultar”.

33 Cf. CADH, Art. 61 (1) (“Sólo los Estados parte”) y Art. 62 (1) (reconocimiento de la jurisdicción de la Corte).

Por otro lado, sin embargo, Buergenthal argumentaba que la viabilidad de las opiniones consultivas y la del SIDH en su conjunto dependía en gran medida de la jurisdicción contenciosa de la Corte. En su intervención ante el Consejo Permanente de la OEA el 3 de diciembre de 1986, al mismo tiempo que promovía la jurisdicción consultiva, Buergenthal subrayaba la importancia de la jurisdicción contenciosa de la Corte y destacaba la interdependencia entre ambas:

[...] el papel consultivo de la Corte sólo cumplirá su función si también se utiliza la jurisdicción contenciosa. La mera existencia de un sistema contencioso incentiva a los Estados a cumplir las resoluciones consultivas de la Corte. En definitiva, no sirve de mucho decirle a un Estado cuál es la ley, si sabe que puede seguir violándola impunemente, es decir, si no hay riesgo de que se le pida cuentas en un procedimiento contencioso. Es evidente, por tanto, que las dos jurisdicciones de la Corte están entrelazadas y que una no puede funcionar sin que la otra también lo esté³⁴.

En otras palabras, que la paradójica capacidad de rendimiento de las opiniones consultivas es esencialmente el resultado de su *interacción con la jurisdicción contenciosa*: las opiniones consultivas sólo pueden aparecer como la opción más benévola

34 Buergenthal, “Address by Judge...”, 1986, 131. V. anteriormente Buergenthal, “The Advisory Practice...”, *AJIL* 79. 1985, 19, 26: “Debe tenerse en cuenta, a este respecto, que la eficacia de un proceso consultivo como el previsto por la Convención depende en cierta medida —es difícil de decir si en mayor o menor medida— de un sistema judicial contencioso que funcione y al que pueda recurrirse para dar fuerza al proceso consultivo”. V. también Buergenthal, Thomas, “The OAS and the Protection of Rights”, 3 *Emory J. Int’l Disp. Resol.* 1. 1988, 22-23: “Sería un error no reconocer, sin embargo, que el sistema interamericano de derechos humanos perderá a la larga su eficacia a menos que la jurisdicción contenciosa de la Corte también sea invocada rutinariamente. Si los gobiernos llegan a creer que la Corte sólo será utilizada por la Comisión para opiniones consultivas, es menos probable que presten mucha atención a estas resoluciones con el paso del tiempo. Por lo tanto, un sistema contencioso eficaz también sirve para reforzar a las opiniones consultivas”.

cuando existe la alternativa de una decisión vinculante en los casos contenciosos.

Aquí vemos de nuevo el enfoque estratégico-progresivo, orientado al objetivo último de un fortalecimiento general de la protección de los derechos humanos, de Buergenthal. Sólo que, tras la creación de la Corte IDH, ese enfoque podía operar en el marco de un mecanismo de derechos humanos ya existente, con éste como uno de sus actores más destacados e intentando sacar provecho de un entorno político menos hostil en la región:

Permítame decir también, Sr. Presidente, que su invitación para que me dirija a esta sesión especial del Consejo Permanente marca también un acontecimiento importante y muy alentador. Probablemente no habría sido posible hace tantos años, cuando un número significativo de representantes gubernamentales en este Consejo no eran grandes amigos de los derechos humanos. El hecho de que esto ya no sea así hoy, de que hayamos asistido a un cambio drástico en nuestra región a este respecto, es un buen motivo de alegría y ofrece esperanzas para el futuro.

[...] Existe la maquinaria, existe la base normativa, existen las instituciones para aprovechar esta oportunidad. Lo que hace falta es voluntad política e imaginación para hacer de la promoción y la protección de los derechos humanos una política prioritaria de la organización³⁵.

35 Buergenthal, "Address by Judge...", 1986, 131-133; v. también Buergenthal, "Recordando los inicios de la Corte...", *Revista IIDH* 39. 2005, 28: "La posición de la Corte se fortaleció de manera importante con las transformaciones políticas que se llevaron a cabo en América a inicios de la década de los ochenta y que resultaron en el derrocamiento de muchos regímenes opresores. Los nuevos gobiernos electos se apresuraron por ratificar la Convención Americana y gradualmente reconocieron la jurisdicción de la Corte. Hoy día, todos los Estados latinoamericanos miembros de la OEA han aceptado la jurisdicción de la Corte. Es un gran cambio si se compara con la situación imperante en 1979".

3.2 Casos contenciosos

En su jurisprudencia contenciosa temprana, la Corte IDH tuvo que lidiar con las llamadas desapariciones forzadas³⁶, especialmente en el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras³⁷. Estos casos planteaban cuestiones probatorias complejas relacionadas con la atribución de responsabilidad al Estado respectivo por la "mera" desaparición de una persona. Para superar estas dificultades, la Corte optó por invertir la carga de la prueba, haciéndola recaer en el Estado en cuestión, si las conclusiones de la Comisión y la información/pruebas

36 Sobre el concepto de desaparición forzada v. Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. II, 2a ed., OUP, Oxford, 2022, 126-130; Van den Herik, Larissa; Braga da Silva, Rafael: "Art. 7, i) Enforced disappearance of persons", en: Ambos, Kai (ed.), *Rome Statute of the International Criminal Court*, 4ª. ed., 2022, 305; Ambos, Kai; Böhm, Maria Laura, "La Desaparición Forzada de Personas como Tipo Penal Autónomo. Análisis Comparativo-Internacional y Propuesta Legislativa", en Ambos, Kai (ed.) *Desaparición Forzada de Personas*, Temis, Bogotá, 2009, 198.

37 *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia del 29.7.1988, Corte IDH, Series C, No. 4, párr. 123 ("Dado que la Comisión es quien demanda al Gobierno por la desaparición de Manfredo Velásquez a ella corresponde, en principio, la carga de la prueba de los hechos en que su demanda se funda"); párr. 126 ("La Corte no encuentra ninguna razón para considerar inadmisible el enfoque adoptado por la Comisión. Si se puede demostrar que existió una práctica gubernamental de desapariciones en Honduras llevada a cabo por el Gobierno o al menos tolerada por él, y si la desaparición de Manfredo Velásquez se puede vincular con ella, las denuncias hechas por la Comisión habrían sido probadas ante la Corte, siempre y cuando los elementos de prueba aducidos en ambos puntos cumplan con los criterios de valoración requeridos en casos de este tipo"); párr. 135 ("A diferencia del Derecho penal interno, en los procesos sobre violaciones de derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado"); párr. 136 ("Es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio. La Comisión, aunque tiene facultades para realizar investigaciones, en la práctica depende, para poder efectuarlas dentro de la jurisdicción del Estado, de la cooperación y de los medios que le proporcione el Gobierno") (énfasis añadido).

presentadas por el denunciante apuntaban a su responsabilidad³⁸. En tal situación, este Estado tiene que demostrar que no estuvo implicado en la desaparición de la persona en cuestión³⁹. En el caso Velásquez Rodríguez, esto llevó a la siguiente conclusión de la Corte, que declaró a Honduras responsable de las desapariciones en cuestión:

En efecto, de los testimonios y de las demás pruebas aportadas [...] se concluye que, si bien existían en Honduras, durante la época de que aquí se habla, recursos legales que hubieran eventualmente permitido hallar a una persona detenida por las autoridades, tales recursos eran ineficaces, tanto porque la detención era clandestina como porque, en la práctica, tropezaban con formalismos que los

38 *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr. 135: “A diferencia del Derecho penal interno, en los procesos sobre violaciones de derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado” y párr. 136: “Es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio. La Comisión, aunque tiene facultades para realizar investigaciones, en la práctica depende, para poder efectuarlas dentro de la jurisdicción del Estado, de la cooperación y de los medios que le proporcione el Gobierno”.

39 Esa solución fue ofrecida por el Comité de Derechos Humanos en *Bleier vs. Uruguay*, Communication No. R.7/30, UN Doc. Supp. No. 40 (A/37/40) en 130 (1982), 29.3.1982, párr. 13.3: “En cuanto a la carga de la prueba, ésta no puede recaer únicamente en el autor de la comunicación, especialmente si se tiene en cuenta que el autor y el Estado Parte no siempre tienen igual acceso a las pruebas y que, con frecuencia, sólo el Estado Parte tiene acceso a la información pertinente. Está implícito en el art. 4 (2) del Protocolo Facultativo que el Estado Parte tiene el deber de investigar de buena fe todas las denuncias sobre violación de la Convención formuladas contra él y sus autoridades, especialmente cuando esas denuncias estén corroboradas por pruebas presentadas por el autor de la comunicación, y de proporcionar al Comité la información de que disponga. En los casos en que el autor haya presentado al Comité denuncias respaldadas por testimonios sustanciales de testigos, como en el presente caso, y en que el esclarecimiento ulterior del caso dependa de información que obre exclusivamente en poder del Estado Parte, el Comité podrá considerar fundamentadas esas denuncias a falta de pruebas y explicaciones satisfactorias en contrario presentadas por el Estado Parte” (énfasis añadido). Disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/session37/7-30.htm>.

hacían inaplicables o porque las autoridades contra las cuales se dictaban llanamente los ignoraban o porque abogados y jueces ejecutores eran amenazados e intimidados por aquéllas⁴⁰.

Esta jurisprudencia tuvo un impacto mucho más allá de las Américas, no tanto por la naturaleza de la violación de los derechos humanos tratada, sino por el establecimiento del deber de investigar, procesar y juzgar las violaciones graves de los derechos humanos⁴¹. Por esta razón, también ha sido referida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁴² y

40 *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr. 80; v. *Godínez Cruz vs. Honduras*, sentencia del 20.1.1989, Corte IDH, Series C, No. 5, párr. 87; v. también *Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*, sentencia del 15.3.1989, Corte IDH, Series C, No. 6, párr. 102; así como Ambos / Böhm, en *Ambos. Desaparición Forzada de Personas*, 2009, 243.

41 *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr. 174: “El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”. Sobre este principio ver Ambos, Kai *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, 2a ed., AdHoc. Buenos Aires, 1999, 65-121; Ambos, Kai, “Principle 19. Duties of States with Regard to the Administration of Justice”, en Haldemann, Frank; Unger, Thomas (eds.), *The United Nations Principles to Combat Impunity*, OUP, Oxford/NY, 2018, 205-216.

42 Concretamente, en *Akdivar et al. vs. Turkey*, sentencia de 16.9.1996, TEDH, párr. 68, donde el Tribunal se remitió a la Corte IDH en relación con el agotamiento de los recursos internos: “En el ámbito del agotamiento de los recursos internos existe una distribución de la carga de la prueba. Incumbe al gobierno que alega la falta de agotamiento convencer al Tribunal de que el recurso era un recurso efectivo disponible en la teoría y en la práctica en el momento pertinente, es decir, que era accesible, que era capaz de proporcionar reparación con respecto a las quejas del solicitante y que ofrecía perspectivas razonables de éxito. Sin embargo, una vez satisfecha esta carga de la prueba, corresponde al solicitante demostrar que el recurso propuesto por el gobierno se agotó de hecho o que, por alguna razón, era inadecuado e ineficaz en las circunstancias particulares del caso, o que existían circunstancias especiales que le eximían del requisito (v., entre otras, [...] la sentencia de 26.6.1987 de la Corte IDH en el caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, Serie C no. 1, párr. 88, y la Opinión Consultiva de dicha Corte de 10.8.1990 sobre “Excepciones al agotamiento de

constituyó así el comienzo de una larga relación entre estos dos tribunales regionales de derechos humanos⁴³. Volveremos sobre los esfuerzos de Buergenthal para fortalecer la relación de la Corte IDH con el TEDH más adelante.

Buergenthal fue juez de la Corte durante estos tiempos difíciles, de 1979 a 1991⁴⁴. Su importante contribución a la jurisprudencia de la Corte durante ese período se desprende de su participación en decisiones y opiniones significativas, como los ya mencionados casos *Velásquez Rodríguez*⁴⁵ y *Schmidt*⁴⁶,

los recursos internos” (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b de la CADH), Serie A no. 11, pág. 32, párr. 41). Una de estas razones puede estar constituida por la total pasividad de las autoridades nacionales ante denuncias graves de conducta indebida o de causación de daños por parte de agentes del Estado, por ejemplo, cuando no han emprendido investigaciones ni ofrecido asistencia. En tales circunstancias puede decirse que la carga de la prueba se desplaza una vez más, de modo que incumbe al gobierno demandado demostrar lo que ha hecho en respuesta a la magnitud y gravedad de los hechos denunciados”. V. también en este sentido Díaz Crego, “El Impacto de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana Sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Derecho PUCP* 75. 2015, 31, 32.

43 V. Rodríguez Revegino, “Espacios de Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista Internacional de Derechos Humanos* 15. 2017, 23-28, centrándose en “Las amnistías y el deber de investigar las violaciones graves a los derechos humanos” y “La jurisdicción militar” como temas emblemáticos; 21, mencionando las desapariciones forzadas; v. también Díaz Crego, “El Impacto de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana ...”. *Derecho PUCP* 75. 2015, 31, *passim*.

44 V. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/jueces/TBU.pdf>.

45 A lo que atribuyó especial relevancia, v. Kreß / Stahl, “Lebensgeschichtliches Interview...”, 2015, 31.

46 Donde también se ofrece una argumentación fundamental sobre la conexión entre libertad de expresión y democracia, v. Opinión Consultiva OC-5/85 *supra* nota 23, párr. 70: “La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones,

así como otros asuntos importantes⁴⁷. Sin embargo, Buergenthal también disintió con la mayoría en dos ocasiones, la más importante quizás en el contexto de la Opinión Consultiva OC-4/84. En este caso, la Corte tuvo que decidir sobre la compatibilidad con la CADH de una propuesta de enmienda de la Constitución de Costa Rica referida a la naturalización⁴⁸. La enmienda pretendía ampliar el requisito de residencia mínima para que los centroamericanos, iberoamericanos y españoles obtuvieran la nacionalidad costarricense, exigiendo para quienes obtuvieran esa nacionalidad original por naturalización (7 años) un período dos años mayor respecto a quienes la obtuvieran por nacimiento (5 años), privilegiando así —en la medida en que se ajustaba a la disposición original⁴⁹— a este

esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”.

47 V. por ej. “*Otros tratados*” *Objeto de la función consultiva de la Corte* (Art. 64 CADH), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24.9.1982, Corte IDH, Series A, No. 1, en la cual la Corte aclaró su jurisdicción consultiva en el sentido de que “puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos” (v. primera conclusión); v. también *Garantías judiciales en estados de emergencia* (Arts. 27 (2), 25 y 8 CADH), Opinión Consultiva OC- 9/87 del 6.10.1987, Corte IDH, Series A, No. 9, donde la Corte señaló (v. párr. 41.1) entre otros que “Que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, [...] el *habeas corpus* [...], el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes [...], destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención”.

48 *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19.1.1984, Corte IDH, Series A, No. 4.

49 Antiguo Art. 14 de la Constitución de Costa Rica establece:

“Son costarricenses por naturalización:

[...] 3. Los españoles o iberoamericanos por nacimiento que obtengan la carta respectiva ante el Registro Civil, siempre que hayan tenido su domicilio en el país durante los dos años anteriores a su solicitud;

4. Los centroamericanos, españoles e iberoamericanos que no lo sean por nacimiento y los demás extranjeros que hayan estado domiciliados en Costa

último grupo⁵⁰. Aunque la mayoría de los jueces no encontraron una discriminación relevante en el trato preferente basado en el nacimiento⁵¹, Buergenthal argumentó que la distinción entre nacionalidad *por nacimiento o por naturalización* no estaba justificada⁵².

Rica por el término mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la solicitud de naturalización, de acuerdo con los requisitos que indique la ley”;

- 50 Reformas propuestas por la Comisión Especial de la Asamblea Legislativa en dictamen rendido con fecha 22.6.1983:

“Artículo 14.- Son costarricenses por naturalización:

[...] 2) Los nacionales de otros países de Centroamérica, españoles e iberoamericanos por nacimiento, con cinco años de residencia oficial en el país, y que cumplan con los demás requisitos que fije la ley;

3) Los centroamericanos, españoles e iberoamericanos que no lo sean por nacimiento y los demás extranjeros que hayan residido oficialmente por un término mínimo de siete años y que cumplan con los demás requisitos que fije la ley”;

- 51 Opinión Consultiva OC-4/84 del 19.1.1984, Opinión Disidente del Juez Thomas Buergenthal, párr. 3.

- 52 Ibid. párr. 5 y 6 (6: “6. ¿Qué legítimo fin estatal se logra al exigir que estos centroamericanos, españoles e iberoamericanos naturalizados esperen dos años más que sus compatriotas? Podría argüirse que estas personas pudieron haber adquirido su anterior nacionalidad en forma fraudulenta. Esto es cierto. Sin embargo, de acuerdo con el derecho internacional, Costa Rica no está obligada a reconocer una nacionalidad que no esté fundamentada en vínculos verdaderos y efectivos entre el individuo y el Estado que la otorga. Además, la posibilidad de que un pequeño porcentaje de solicitantes actuara en forma deshonesto, difícilmente podría considerarse un motivo justificado para castigar a la gran mayoría de extranjeros honrados. También podría argüirse que los dos años adicionales son necesarios para que estas personas hablen mejor el idioma español o adquieran mayores conocimientos de la historia, cultura y forma de vida costarricenses. Esto también es cierto, pero el artículo 15 de este mismo proyecto de reforma a la Constitución se ocupa ya de este aspecto; ahí se requiere que el Gobierno de Costa Rica logre ese fin de una manera más racional y menos desproporcionadamente perjudicial, a través de exámenes destinados a medir lo que cada individuo sabe acerca de Costa Rica, en vez de dar por sentada la ignorancia de todos”. V. también la opinión disidente y concurrente de Buergenthal en *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (Arts. 14 (1), 1 (1) y 2 CADH), Opinión Consultiva OC-7/85 del 29.8.1986, Corte IDH, Series A, No. 7, párr. 1, donde defiende la inadmisibilidad de la opinión consultiva en este caso.

Aunque no es posible hacer un recuento más detallado de la contribución de Buergenthal a la jurisprudencia de la Corte durante su mandato, de lo anterior ya debería haber quedado claro que esta contribución fue decisiva para conducir a la Corte a través de las turbulentas aguas de la presión política externa ejercida por Estados predominantemente hostiles. La Corte sólo pudo superar los retos subsiguientes optimizando su actuación y produciendo una jurisprudencia sólida. De hecho, el contexto político adverso que caracterizó aquellos primeros años y la actuación de la Corte IDH, orientada a garantizar a pesar de todo la protección de los derechos humanos, podría permitirnos hablar de una verdadera audacia de la Corte durante esta fase⁵³. Y Buergenthal ha sido considerado como uno de los jueces más influyentes, si no el más influyente, de esa Corte, siendo en cierto modo *primus inter pares*, entre los jueces, algunos de los cuales también habían sido víctimas de violaciones de derechos humanos⁵⁴. Así, según Pasqualucci, profesor emérito de la Universidad de Dakota: “[E]ntre esos personajes de renombre, Buergenthal es generalmente considerado como el miembro más influyente y creativo de la Corte”⁵⁵. Por su parte, el juez venezolano Pedro Nikken, compañero de Buergenthal, afirmó que la contribución de éste a la Corte fue “[...] inestimable”, y subrayó que “[I]a respetabilidad ganada por la Corte es la marca

53 V. en este sentido Ambos, Kai; Böhm, María Laura, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal Tímido vs. Tribunal Audaz?”, en Ambos, Kai; Malarino, Ezequiel (eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional* – Vol. II, GLEDPI/KAS, Montevideo, 2011, 67 (actualizado en: Ferrer Mac-Gregor / Herrera García. 2013, 1057).

54 Pasqualucci, “Thomas Buergenthal: Holocaust Survivor...”, *Hum. Rts. Q.* 18. 1996, 885: “Además, los propios miembros de la Corte habían tenido experiencia práctica en el ámbito de los derechos humanos: cuatro de los jueces habían sido encarcelados por motivos políticos en diferentes momentos de su vida”.

55 Ibid., 885; v. también Picado Sotela, Sonia. “Thomas Buergenthal”, en Cançado Trindade, Antonio (ed.), *The Modern World of Human Rights. Essays in Honour of Thomas Buergenthal*, San José, 1996, 24.

de sus esfuerzos”⁵⁶. La propia Corte emitió un comunicado de prensa con motivo del fallecimiento de Buergenthal destacando su “papel esencial en la consolidación de la Corte durante sus primeros años y su legado”, como “uno de los padres fundadores de la Corte Interamericana”⁵⁷.

4. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH): Interacción y apoyo/seguimiento crítico

Dos aspectos adicionales merecen mayor énfasis para captar plenamente la contribución de Buergenthal al SIDH: por un lado, la búsqueda proactiva de una relación fructífera y productiva con el TEDH y el apoyo crítico y seguimiento del SIDH por medio del IIDH.

56 Nikken, Pedro. “Presentation”, en Cançado Trindade, Antonio (ed.), *The Modern World of Human Rights. Essays in Honour of Thomas Buergenthal*, IIDH, San José, 1996, XIV: “Capítulo aparte merece el aporte del Juez Buergenthal a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde tuve la oportunidad de compartir con él casi diez años de actividades judiciales. Ese aporte ha sido –permítaseme subrayarlo con pleno conocimiento de causa– invaluable. Como jurista y como hombre justo; como intelectual y como hombre recto; como académico y como hombre de trabajo; como profesor y como hombre de virtud; como magistrado y como hombre de la calle consustanciado con lo que pasa en nuestro mundo convulsionado y cambiante, el juez Buergenthal marcó los doce primeros años de existencia de la Corte. En la respetabilidad que la Corte ganó, está presente su impronta y su obra”. V. también Abad, Enrique, “Recensión a J.E. Mendez y F. Cox (eds.), *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano De Derechos Humanos (IIDH), San José, 1998, 609 pp.”, 1998, 380: “Thomas Buergenthal y [...] Antônio Cançado Trindade [son] (probablemente los jueces que más doctrina han sentado en la Corte Interamericana, y verdaderos motores de todo el sistema)”.

57 V. el comunicado de prensa aquí: https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_34_2023_b.pdf. La última parte es una cita del Juez Ricardo Pérez Manrique, en ese entonces, presidente de la Corte.

4.1 TEDH

En cuanto al TEDH, Buergenthal reconoció desde el principio lo importante que sería esta relación para la Corte IDH y, en general, lo importante que sería la cooperación de los sistemas regionales de derechos humanos para el futuro de la protección de éstos⁵⁸. Esto no fue tanto por la influencia jurisprudencial del (más antiguo) TEDH⁵⁹ sino, más bien, por razones institucionales y por la experiencia acumulada del TEDH⁶⁰. Según relató el propio Buergenthal:

Tan pronto como se estableció la Corte Interamericana, decidimos entablar contacto especial con la Corte Europea de Derechos Humanos. Este esfuerzo comenzó con la inauguración misma de nuestra Corte en San José, a la que asistió el Vicepresidente de la Corte Europea. Le siguió un acuerdo informal entre las Cortes Interamericana y Europea, acordándose la realización de reuniones periódicas entre los jueces de ambas cortes, alternando entre Estrasburgo y San José. Aparte de la importancia de poder contar con la experiencia judicial adquirida por la Corte Europea, para nosotros era igualmente importante que los gobiernos de América supieran que contábamos con apoyo internacional más allá de nuestra región⁶¹.

Sin embargo, Buergenthal no veía esta relación como unilateral, sino que esperaba que llegara el momento en que la jurisprudencia de la Corte IDH sobre violaciones (más)

58 Se pronunció en el mismo sentido en relación con la Corte Africana de Derechos Humanos (CorteAfDH), aún en ciernes, cf. Buergenthal, “Recordando los inicios de la Corte...”, *Revista IIDH* 39. 2005, 26, nota al pie 35.

59 Buergenthal, “The American and European Conventions...”, *Am. U. L. Rev.* 30. 1980, 156: “Aunque la Convención Americana sigue el modelo de la Convención Europea, se aparta de esta o la mejora en varios aspectos importantes”.

60 Buergenthal, Thomas “International and Regional Human Rights Law and Institutions: Some Examples of Their Interaction”, *12 Tex. Int’l L. J.* 2-3. 1977, 324.

61 Buergenthal, “Recordando los inicios de la Corte...”, *Revista IIDH* 39. 2005, 27.

graves de los derechos humanos también fuera relevante para el TEDH⁶².

Al mismo tiempo, el pensamiento de Buergenthal nunca se limitó a la región, sino que siempre aspiró y persiguió la protección global de los derechos humanos. Para lograr ese alcance global, siguió una estrategia doble. Por un lado, teniendo en cuenta la relativa homogeneidad política y cultural de los países de las Américas (aunque reconociendo las diferencias socioeconómicas entre el Norte y el Sur)⁶³, Buergenthal argumentó que la eficacia de la protección de los derechos humanos dependía principalmente del fortalecimiento de los sistemas regionales⁶⁴. Por otro lado, Buergenthal era consciente de que, a esta homogeneidad *intrarregional*, le correspondía,

62 Ibid., 28: “Los precedentes establecidos por la Corte Interamericana en materia de desapariciones, estados de sitio, el significado del estado de derecho y otros, que en algún momento parecían carecer de importancia para el sistema europeo, bien podrían ser de interés para este nuevo sistema europeo de derechos humanos, ampliado y transformado”.

63 Buergenthal, “The American Convention...”, *Buff. L. Rev.* 21. 1971, 123-124. Sin embargo, expresó sus dudas sobre la homogeneidad en el caso de Asia, v. Buergenthal, Thomas, “Keynote Lecture: International Human Rights: Need for Further Institutional Development”, 50 *Case W. Res. J. Int’l L.*, 2018, 16: “Asia podría ser un buen candidato para uno o más sistemas subregionales, compuestos por no más de una docena de Estados miembros. El continente asiático es demasiado grande, y política y culturalmente demasiado diverso para un solo sistema. Un único sistema regional se adaptaría mejor a otras partes del mundo”.

64 Buergenthal, “The American and European Conventions...”, *Am. U. L. Rev.* 30. 1980, 156: “Así pues, parece que el enfoque regional encierra, al menos de momento, una mayor promesa de eficacia. ¿Por qué? Por un lado, la homogeneidad política y cultural son requisitos previos básicos para un sistema eficaz de derechos humanos, y es más probable encontrarlos en el plano regional. Otras condiciones previas para un sistema de este tipo son unos sistemas jurídicos razonablemente bien desarrollados, así como tradiciones e instituciones jurídicas compartidas. De nuevo, las agrupaciones regionales de Estados más pequeñas tienen más probabilidades de cumplir estos requisitos que los sistemas de derechos humanos abiertos a toda la comunidad internacional”.

como otra cara de la realidad, una heterogeneidad *interregional*. En consecuencia, Buergenthal también destacaba las diferencias culturales entre los sistemas regionales de protección de los derechos humanos⁶⁵, las cuales, sin embargo, hablan a favor de un verdadero diálogo al mismo nivel en lugar de un monólogo empobrecedor y aleccionador.

Teniendo en cuenta lo anterior, la postura de Buergenthal sobre la conexión entre los sistemas regionales y la protección global de los derechos humanos puede exponerse con mayor claridad. Dada la diversidad sociocultural interregional, la protección de los derechos humanos no requería, en su opinión, una estrategia centralizada, es decir, su implementación a través de una estructura descendente (*top down*) con una institución mundial en su cúspide. En su lugar, abogó por enfocar la protección de los derechos humanos como un esfuerzo descentralizado, apoyado en una estructura ascendente (*bottom-up*), sostenida por la participación de diversas instituciones regionales y locales. Por lo tanto, al hablar de protección global de los derechos humanos, la idea que debe evocarse no es la de un sistema de protección proyectado desde una institución mundial centralizada a todos los rincones del mundo, sino más bien la protección global *desde* todos los rincones del mundo a través de instituciones regionales/locales. En cierto modo, Buergenthal era un regionalista con aspiración universalista:

Así pues, parece que el enfoque regional ofrece, al menos por el momento, una mayor promesa de eficacia. ¿Por qué? Por un lado, la homogeneidad política y cultural son requisitos previos básicos para un sistema eficaz de derechos humanos, y es más probable encontrarlos en el plano regional. Otras condiciones previas para un sistema de este tipo son unos sistemas jurídicos razonablemente bien desarrollados, así como tradiciones e instituciones jurídicas compartidas. De nuevo, las agrupaciones regionales de Estados más

65 Ibid., 166.

pequeñas tienen más probabilidades de cumplir estos requisitos que los sistemas de derechos humanos abiertos a toda la comunidad internacional⁶⁶.

Siempre he sido un gran partidario de los tribunales regionales de derechos humanos. No creo en un tribunal mundial de derechos humanos. Yo no me oponería, pero los tribunales regionales de derechos humanos, si son honestos, están mucho más cerca de la gente, de la región. Y socializan a los gobiernos de la región con los derechos humanos, con sus obligaciones en materia de derechos humanos. Mucho más fácil que algo que está lejos⁶⁷.

Por supuesto, el éxito de este enfoque depende del éxito de cada sistema regional de derechos humanos, que a su vez depende de una serie de factores diferentes. En general, depende de su *implementación, promoción, interconexión y seguimiento crítico*. Hasta ahora, hemos visto cómo el enfoque de Buergenthal abarcaba los tres primeros factores. Ahora pasaremos al cuarto.

⁶⁶ Ibid., 156.

⁶⁷ Kreß / Stahl. “Lebensgeschichtliches Interview...”, 2015, 47, donde Buergenthal también se refiere en una línea similar a la justicia penal internacional: “Pienso lo mismo, que si realmente queremos desarrollar un sistema de derecho penal internacional verdaderamente eficaz. Necesitaríamos, además de la Corte Penal Internacional, tribunales penales internacionales regionales que se ocuparan de cuestiones relacionadas con la esclavitud, ciertos tipos de bandas de narcotraficantes y algunas cosas que son competencia de la CPI, pero relevantes en un nivel inferior de importancia. Por ejemplo, toda esta crítica de África a la CPI probablemente sería menor si tuvieran una corte africana de justicia penal. Tal vez habrían sido más inteligentes a la hora de elegir a qué países perseguir. La CPI se identifica inmediatamente como un tribunal extranjero, no propio. Por tanto, creo que hoy en día necesitamos dos cosas en el mundo: Necesitamos cortes regionales de derechos humanos y cortes penales regionales” (énfasis añadido).

4.2 Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)

La necesidad de un seguimiento crítico no escapó a la atención de Buergenthal. De hecho, él estuvo detrás de la creación del IIDH en 1980 (mediante un acuerdo entre la Corte y Costa Rica)⁶⁸; fue presidente de su junta directiva desde su fundación y su presidente honorario desde 1992⁶⁹ y, quizás lo más importante, lo apoyó activamente hasta antes de su muerte⁷⁰.

⁶⁸ V. <https://www.iidh.ed.cr/en/>; el acuerdo fue aprobado mediante la Ley No. 6528, 28 de octubre de 1980. Disponible en: https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=1545&nValor3=1654&strTipM=TC.

Buergenthal y sus colegas de la Comisión de la Verdad de El Salvador también participaron en la creación de la Fundación para el Debido Proceso Legal (*Due Process of Law Foundation, DPLF*), con sede en Washington D.C. La DPLF es “una organización regional integrada por profesionales de diversas nacionalidades, cuyo mandato es promover los derechos humanos y el Estado de derecho en América Latina a través del análisis y propuesta, la cooperación con organizaciones e instituciones públicas y privadas, el intercambio de experiencias y las acciones de incidencia”, cfr. <https://dplf.org/acerca-de-dplf/>.

⁶⁹ Nikken, Pedro, “Sobre la Autonomía y Naturaleza del Instituto Interamericano de Derechos Humanos”, en Cançado Trindade, Antonio (ed.), *The Modern World of Human Rights. Essays in Honour of Thomas Buergenthal*, IIDH, San José, 1996, 3.

⁷⁰ La importancia y amplitud de su contribución a la creación del IIDH han sido expresadas por el propio Instituto con motivo de su fallecimiento, IIDH, “Sensible Fallecimiento del Sr. Thomas Buergenthal, Fundador y Presidente Honorario del Instituto Interamericano de Derechos Humanos”. 2023, disponible en: <https://www.iidh.ed.cr/en/component/content/article/sensible-fallecimiento-del-sr-thomas-buergenthal-fundador-y-presidente-honorario-del-instituto-interamericano-de-derechos-humanos?catid=15:novedades&Itemid=101>

“La creación de nuestro Instituto se debe a la visión y esfuerzo de Thomas Buergenthal. Fue él quien, en enero de 1980, convocó figuras prominentes en el campo de derechos humanos de todos los países del hemisferio a una reunión en San José para hablar de la necesidad y posibilidad de una institución de este tipo, con autonomía y legitimidad para encabezar los esfuerzos de enseñanza, investigación y promoción de los derechos humanos. Fue el que consiguió los fondos que permitió al IIDH lanzar importantes proyectos desde su inicio. Pensar que fuera posible la consolidación de una entidad con dicha

El IIDH, inspirado en el Instituto Internacional de Derechos Humanos René Cassin, con sede en Estrasburgo⁷¹, es una institución independiente y autónoma, dedicada a la enseñanza, investigación y promoción de los derechos humanos⁷². Para Buergenthal, su principal objetivo era promover y fortalecer el IIDH con la Corte como eje central:

Cuando llegué a la Corte, fui a la biblioteca de la Universidad de Costa Rica, que está muy cerca de donde estábamos sentados. Y me di cuenta de que sólo tenían un estante de libros sobre derecho internacional. Pensé: “No sólo necesitamos un instituto para enseñar. Necesitamos un instituto que nos ayude a conseguir los libros, y que nos ayude a recaudar dinero para viajes y otros fines. La OEA no nos va a dar nunca suficiente dinero, no mientras haya todos estos regímenes dictatoriales en el poder. Así que debemos tener nuestra propia forma no gubernamental independiente de recaudar dinero”. Así nació el Instituto. En la primera sesión, el tribunal votó a favor de la creación del Instituto y me facultó para llevarla a cabo⁷³.

Sin duda, el Instituto ha desempeñado un papel esencial en la promoción de los derechos humanos en las Américas, apoyando a la Corte, como grupo de reflexión independiente⁷⁴ y

naturaleza al inicio de la década de los ochentas, cuando gran parte de los Estados latinoamericanos se encontraban bajo dictaduras militares no solo era necesario, sino profundamente valeroso”. V. también Nikken, “Sobre la Autonomía y Naturaleza...”, en Cançado Trindade. 1996, 3: “Quien concibió la idea de crear el Instituto y su impulsor determinante y más vigoroso fue Thomas Buergenthal”.

71 V. <https://iidh.org/en/>; v. al respecto, Kreß / Stahl. “Lebensgeschichtliches Interview...”, 2015, 30, donde Buergenthal señala: “En muchos sentidos, cuando fundé el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, que fue mi bebé, se basó en el Instituto Cassin”.

72 V. <https://www.iidh.ed.cr/es/acerca-del-iidh>: “una entidad internacional autónoma, académica, dedicada a la enseñanza, investigación y promoción de los derechos humanos”.

73 Kreß / Stahl. “Lebensgeschichtliches Interview...”, 2015, 30.

74 Nótese que Buergenthal defendió activamente la independencia del Instituto, especialmente en relación con los distintos donantes, cf. *ibid.*, 34, donde se

centro de investigación para numerosos prácticos y académicos latinoamericanos⁷⁵. Esto adquiere especial relevancia cuando se consideran las difíciles y heterogéneas condiciones del mundo académico latinoamericano, aún más difíciles antes de la existencia de internet, que facilita el acceso a material académico y de otro tipo. Curiosamente, para Buergenthal el Instituto era incluso más importante que la Corte en términos de impacto sobre los derechos humanos:

Durante mi período en la Corte, no creo que hayamos tenido mucho impacto. [...] una decisión de la Corte Interamericana no sería algo que llamara mucho la atención en la región [...] tuvimos un efecto mínimo. [...] *Pero creo que el Instituto desempeñó en muchos sentidos un papel más importante, porque desempeñó una función educativa.* Costa Rica era el único lugar donde se podía venir y hablar de derechos humanos. No podías hacerlo en Argentina, no podías hacerlo en muchos otros lugares, porque inmediatamente te identificaban como izquierdista, comunista, o como quisieran llamarte⁷⁶.

En este contexto, es justo decir que el IIDH resultó ser un compañero crítico pero constructivo del SIDH y de la Corte IDH. Sin embargo, Buergenthal se quejaba de la falta de interés y conocimiento del SIDH en general (incluso en los medios de comunicación)⁷⁷ y en particular en los EE.UU., como parte del “provincialismo americano y la ignorancia pura cuando se trata

relata cómo Sonia Picado, Directora Ejecutiva del IIDH, resistió distintos tipos de presiones declarando en relación con Buergenthal: “Tom envió un tremendo telegrama en contestación a un fax que nos enviaron diciéndonos qué teníamos que hacer. Tom dijo: ‘nosotros no vamos a aceptar *ningún donante que nos venga a decir lo que tenemos que hacer, de manera que ya ustedes no están invitados*’” (énfasis en el original).

75 V. Buergenthal, “Recordando los inicios de la Corte...”, *Revista IIDH* 39. 2005, 25-26; v. también “Encuentros en el IIDH, No. 1, Memoria de la Conmemoración del Convenio de Sede del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Homenaje a Thomas Buergenthal”, 30 y 31.10.2000, 37-40, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/14751.pdf>

76 Kreß / Stahl. “Lebensgeschichtliches Interview...”, 2015, 32 (énfasis añadido).

77 Buergenthal, “Recordando los inicios de la Corte...”, *Revista IIDH* 39. 2005, 31.

de América Latina”⁷⁸, así como de la falta de una estructura de apoyo institucional similar a la existente en Europa⁷⁹. También cuestionó que el tamaño de la Corte IDH fuera apropiado, considerando el débil impacto de las decisiones de la Corte en el derecho interno⁸⁰. Sin embargo, al mismo tiempo, Buergenthal reconoció el impacto de la jurisprudencia de la Corte, relatando una anécdota de su trabajo en la Comisión de la Verdad salvadoreña que involucraba a un simple campesino:

Estábamos entrevistando a algunos campesinos de un pequeño pueblo donde se habían llevado a cabo serias violaciones de los derechos humanos durante el período de la guerra civil en El Salvador. Uno de los testigos habló sobre lo que había pasado en su pueblo. Concluyó con la demanda de que su gobierno cumpliera con la “ley de Velásquez Rodríguez”. El presidente de la Comisión le preguntó: “¿Se refiere usted al Caso Velásquez Rodríguez?”. “Sí”, contestó él, “la ley que acaba con la impunidad y obliga a los gobiernos a pagar por las violaciones a los derechos humanos”⁸¹.

Esto nos lleva al trabajo de Buergenthal en el tratamiento de la guerra civil en El Salvador.

78 Buergenthal, Thomas, “Human Rights in the Americas: View from the Inter-American Court”, 2 *Conn. J. Int’l L.* 2, 1987, 305: “Los juristas estadounidenses los expertos en derecho internacional y derechos humanos conocen muy bien el sistema europeo y muy poco el sistema interamericano”.

79 *American Society of International Law*, Proceedings of the Annual Meeting, Vol. 82, 20-23.4.1988, 117: “Por un lado, la falta de avances está relacionada con los graves problemas políticos, económicos y sociales a los que se ha enfrentado y sigue enfrentándose la región. Pero también hay otras razones. Una de las mayores debilidades sistémicas del sistema interamericano de derechos humanos, cuando se compara con el europeo, por ejemplo, es que el primero carece de un lobby institucional de derechos humanos cuya función es desempeñada en el Consejo de Europa por su Asamblea Parlamentaria. El sistema interamericano no cuenta con una institución comparable”.

80 Buergenthal, “Recordando los inicios de la Corte...”, *Revista IIDH* 39. 2005, 278: “Con frecuencia me pregunto si el pequeño tamaño de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contribuye al efecto limitado de sus sentencias en el ámbito interno”.

81 *Ibid.*, 31.

5. Comisión de la Verdad para El Salvador (CVES)

Poco después de concluir su trabajo en la Corte IDH, Buergenthal asumió otro papel destacado para seguir contribuyendo a los derechos humanos, de nuevo a través de una invitación telefónica:

En noviembre de 1991, mientras asistía a una conferencia sobre derechos humanos en Noruega, recibí una llamada de la oficina del Secretario General de la ONU en Nueva York. La persona que llamaba me explicó que el Secretario General deseaba nombrarme miembro de la Comisión de la Verdad de las Naciones Unidas para El Salvador que se establecería en breve. ¿Aceptaría el nombramiento? Mientras escuchaba a la persona que llamaba, miré por la ventana del centro de conferencias de Oslo donde estábamos reunidos; la lluvia helada seguía cayendo y el resfriado que había estado pasando en Oslo durante los últimos días estaba empeorando. En ese momento sólo podía pensar en el clima tropical de El Salvador. Inmediatamente acepté el nombramiento sin siquiera hacerme todas las preguntas que se supone que uno debe hacerse en tales ocasiones⁸².

La CVES se creó en 1992 para abordar el conflicto entre el Ejército y la guerrilla que tuvo lugar en el país, cuando Buergenthal fungía como juez de la Corte IDH⁸³. La CVES estaba compuesto en su totalidad por extranjeros, incluidos dos políticos y Buergenthal como único jurista de formación⁸⁴. Quizás el reto más importante de la CVES fue encontrar

82 Buergenthal, Thomas, “Truth Commissions: Between Impunity and Prosecution”, 38 *Case W. Res. J. Int’l L.* 2, 2006, 217.

83 Sobre el contexto político ver Collins, Cath; Cuellar, Paula, “Truth Commission / Comisión de la Verdad (El Salvador)”, en Stan, Lavinia / Nedelsky, Nadya (eds.), *Encyclopedia of Transitional Justice*, Vol. 3, 2a ed., CUP, Cambridge, 2023. 202-208, 586.

84 Los otros miembros del CVES eran el político colombiano Belisario Betancur (ex presidente de 1982 a 1986) y el ex ministro de Asuntos Exteriores venezolano Reinaldo Figueredo. V. también Buergenthal, “Truth Commissions: Between...”, *Case W. Res. J. Int’l L.* 38. 2006, 218: “Algunas personas que conocían mis anteriores servicios como juez y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, bromeaban diciendo que la Comisión estaba compuesta por dos políticos y un juez para mantenerlos honestos”.

testigos dispuestos a hablar, dados los altos riesgos que esto conllevaba⁸⁵. La CVES hizo grandes esfuerzos para superar este reto, aunque a veces esto creaba riesgos para los propios comisionados⁸⁶:

A menudo tenía miedo en El Salvador [...]. No podíamos traer a nuestras esposas porque se consideraba demasiado peligroso, porque el gobierno que había cometido todas estas cosas seguía en el poder. Los generales seguían en el poder. Una noche estábamos sentados en la cafetería del restaurante y, de repente, se fue la luz. Nuestros guardaespaldas no tenían linternas y estaban sentados con cerillas, intentando ver qué pasaba. Pensamos que nos estaban atacando. Fue uno de los momentos más aterradores⁸⁷.

También tuvimos que encontrar la manera de proteger a quienes estaban dispuestos a hablar y nos dimos cuenta de que, para conseguir que los testigos se presentaran, teníamos que garantizarles plena confidencialidad. En consecuencia, hubo que organizar reuniones clandestinas fuera de nuestras oficinas con los testigos, sobre todo cuando oficiales militares o insurgentes accedían a declarar contra sus superiores. Algunas de estas reuniones eran terroríficas operaciones encubiertas. Especialistas de la ONU revisaban periódicamente nuestras oficinas en busca de micrófonos ocultos, y nuestra radio estaba siempre encendida cuando recibíamos testimonios delicados que no queríamos que fueran escuchados⁸⁸.

Esta estrategia dio los resultados esperados, permitiendo a la Comisión obtener los testimonios necesarios y publicar su informe final, denominado expresamente “De la Locura a la

85 Ibid., 218-219: “Durante los tres primeros meses de nuestra investigación, conseguimos muy poca información. La gente tenía miedo a testificar, sobre todo contra las fuerzas militares y de seguridad, porque el gobierno que había dirigido la guerra seguía en el poder, con su infraestructura militar y policial intacta”.

86 V. Acuerdo de Chapultepec, 16.1.1992, Capítulo. 1, párr. 5, disponible en: <http://www.redicces.org.sv/jspui/bitstream/10972/229/1/Acuerdos%20de%20Chapultepec.pdf>.

87 Kreß / Stahl. “Lebensgeschichtliches Interview...”, 2015, 40.

88 Buergenthal, “Truth Commissions: Between...”, *Case W. Res. J. Int’l L.* 38. 2006, 219.

Esperanza”, en un plazo aproximado de ocho meses⁸⁹. A través de este informe final, la CVES contribuyó a la difusión de diversos hechos, entre ellos las tristemente célebres masacres de los sacerdotes jesuitas⁹⁰ y de El Mozote⁹¹, hechos cuya crueldad afectó profundamente al propio Buergenthal:

Hasta entonces siempre había creído que mi experiencia en el Holocausto me había endurecido ante las violaciones más atroces de los derechos humanos. En El Salvador descubrí que no era cierto. Ver el esqueleto de un bebé todavía en el vientre de una madre asesinada en la masacre de El Mozote, donde alrededor de quinientas mujeres, niños y ancianos habían sido asesinados, era más de lo que podía soportar sin sentirme profundamente afectado por la total depravación de quienes cometieron tales crímenes⁹².

Siempre encuentro, aprendo algo de todas estas cosas terribles, como la masacre de El Mozote. Unas 500 o 600 mujeres, niños y ancianos fueron asesinados. Una superviviente, una mujer, empezó a hablar, y en pocos minutos pude contarle lo que había pasado, porque era lo que yo recordaba que había pasado en la evacuación del gueto de Kielce. Era lo mismo, las matanzas, la gente huyendo. Y de repente me di cuenta de lo buenos que somos los humanos repitiendo siempre la misma crueldad. No tenemos imaginación creativa cuando se trata de crueldad. Siempre nos hacemos lo mismo, lo cual es un descubrimiento aterrador. No sé si quiero que sean originales, pero me impresionó el hecho de que siempre sea lo mismo⁹³.

La CVES ofreció también una serie de recomendaciones destinadas a facilitar la reconciliación nacional en El

89 Ibid. El Reporte final está disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/183599?ln=es>.

90 V. al respecto: The Center for Justice & Accountability, “Murder of Jesuit Priests and Civilians in El Salvador”, disponible en: <https://cja.org/what-we-do/litigation/the-jesuits-massacre-case/>

91 V. Uetricht, Micah; Marcetic, Branko, “Remember El Mozote”, *In these times*. 11.12.2022. Disponible en: <https://inthesetimes.com/article/remember-el-mozote>.

92 Buergenthal. *A Lucky Child...*, 2015, 219.

93 Kreß / Stahl. “Lebensgeschichtliches Interview...”, 2015, 39.

Salvador⁹⁴. Un aspecto especialmente destacable del informe final de la CVES es la identificación (“mención”) de sospechosos concretos de graves violaciones de los derechos humanos⁹⁵. Lamentablemente, este audaz paso no fue seguido de investigaciones o procesamientos penales posteriores. Por el contrario, pocos días después del informe final de la CVES, se promulgó una ley de amnistía, que creó una impunidad total e impidió el enjuiciamiento de los posibles autores⁹⁶. Aunque esta ley fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia del país en 2016⁹⁷, hasta hoy sigue pendiente una judicialización adecuada de los horrendos crímenes cometidos durante la guerra civil⁹⁸.

94 Comisión para la Verdad de El Salvador (CVES). *De la Locura a la Esperanza: La Guerra de 12 Años en El Salvador: Informe de la Comisión de la Verdad Para El Salvador*, 1992, 185-198. Disponible en <https://digitallibrary.un.org/record/183599?ln=es>.

Ver también Buergenthal, Thomas, “La Comisión de la Verdad para el Salvador”, en IIDH (ed.), *Estudios especializados de Derechos Humanos*, IIDH, Costa Rica, 1994, 11-62.

95 Pasqualucci, “Thomas Buergenthal: Holocaust Survivor...”, *Hum. Rts. Q.* 18. 1996, 893. V. también Buergenthal, “La Comisión de la Verdad...”, en IIDH. 1994, 34-38; Collins / Cuellar, “CV El Salvador”, *supra* nota 83, 586.

96 V. El Salvador, Decreto No. 486 de 1993. Ley de Amnistía General Para la Consolidación de la Paz. 20.3.1993, disponible en: <https://www.refworld.org/docid/3e50fd334.html>; v. también Collins / Cuellar, “Truth Commission / Comisión...”, en Stan / Nedelsky. 2023, 588.

97 Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sentencia de Inconstitucionalidad 44-2013/145-2013. 13.7.2016, disponible en: <https://www.refworld.org/es/type,CASELAW,,,59d276aa4,0.html>.

98 V. DW, “El Salvador: Exigen Ley Para las Víctimas de la Guerra Civil”. 21.3.2023, disponible en: <https://www.dw.com/es/exigen-al-congreso-de-el-salvador-una-ley-para-las-v%C3%ADctimas-de-la-guerra-civil/a-65054710>; v. también Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “Justicia aplazada, pero no denegada: la justicia de transición en El Salvador”. 2.4.2020, disponible en <https://www.ohchr.org/es/stories/2020/04/justice-delayed-not-denied-transitional-justice-el-salvador>.

En este contexto, podría pensarse que la CVES subestimó las consecuencias nocivas e imprevistas de un informe que “mencionaba nombres”⁹⁹. Pero no fue así¹⁰⁰. La CVES era muy consciente de la situación política del país y previó la limitada acción judicial que el informe final podría acarrear¹⁰¹. De hecho, la publicación de los nombres de sospechosos concretos estuvo motivada por el temor de que se aprobara la mencionada ley de amnistía¹⁰². Así, la idea era compensar el potencial y previsible déficit de justicia, maximizando la verdad:

99 Por ej.: Ávalos, Jessica: “El Salvador: La Comisión que no Calculó la Resistencia de las Élités”, *Dejusticia*, disponible en: <https://www.dejusticia.org/especiales/la-verdad-en-el-espejo-retrovisor-de-america-latina/el-salvador-la-comision-que-no-calculo-la-resistencia-de-las-elites/>. Con respecto a la recepción del Reporte Final, v. Collins / Cuellar, “Truth Commission / Comisión...”, en Stan / Nedelsky. 2023, 588.

100 Buergenthal, “La Comisión de la Verdad...”, IIDH. 1994, 37: “A criterio nuestro, la reconciliación nacional sufriría con un informe de la Comisión que se limitara a decir sólo parte de la verdad; de ninguna manera se beneficiaría con ello. Si en el momento de publicarse nuestro *Informe* hubiera existido un sistema de justicia eficaz en El Salvador, hubiera utilizado ese *Informe* como fundamento para emprender una investigación independiente de los responsables de las violaciones. En ese caso, quizás hubiera tenido sentido que la Comisión no publicara los nombres, sino más bien, transmitiera la información pertinente a la policía o a los tribunales para que se tomaran las medidas apropiadas. Sin embargo, uno de los motivos de la creación de la Comisión fue precisamente que las partes en los Acuerdos de Paz –y la Comisión de la Verdad recogió amplias pruebas en ese sentido– que el sistema de justicia salvadoreño era corrupto, ineficaz e incapaz de pronunciar sentencias imparciales cuando se trataba de los llamados casos ‘políticos’”.

101 Ibid. De hecho, esta fue la razón que motivó la creación de una Comisión de la Verdad de constitución totalmente internacional, compuesta en su totalidad por miembros extranjeros, v. Buergenthal, “Truth Commissions: Between...”, *Case W. Res. J. Int’l L.* 38, 2, 221: “La creación de una comisión internacional tendrá sentido con frecuencia para un país pequeño, en el que la población sigue estando políticamente polarizada. Aquí puede ser difícil encontrar incluso un pequeño grupo de nacionales del país en los que la población confíe para ser imparciales. Esta fue la situación en El Salvador y explica por qué las partes del acuerdo de paz salvadoreño prefirieron que sólo extranjeros integraran su comisión de la verdad”.

102 Kreß / Stahl. “Lebensgeschichtliches Interview...”, 2015, 38.

Nombramos a personas que creíamos que habían cometido estos delitos. [...] Lo hicimos por una razón muy sencilla. Sabíamos que en cuanto se aprobara nuestro informe, el gobierno declararía una amnistía para todo el mundo, y así lo hizo. Pensamos que, si hacían eso, nuestro informe sería inútil. El pueblo de El Salvador no obtendría la verdad que necesitaba. Queríamos asegurarnos de que el pueblo de El Salvador supiera quiénes eran las personas a las que acusábamos. Si eso es una violación del debido proceso, asumiremos nuestro castigo por ello. Pero pensamos que era lo bastante importante como para hacerlo y teníamos salvaguardias. Sólo decíamos nombres si estábamos seguros en un 95 % de la culpabilidad. No mencionábamos nombres si no estábamos seguros al 95 %¹⁰³.

Esto representa otro ejemplo del enfoque de Buergenthal, pero aquí en un contexto de justicia transicional: ante el riesgo de una improbable realización de la justicia (es decir, el procesamiento y la condena de los autores responsables), cierto grado de individualización –como forma de verdad– era mejor que nada. Por supuesto, la cuestión sigue siendo si la Comisión podía de hecho estar razonablemente segura de haber “mencionado” a las personas correctas y cómo esta identificación concreta se relaciona con la presunción de inocencia. En cualquier caso, Buergenthal era muy consciente del problema, pero estaba dispuesto a pagar las consecuencias: “Si eso es una violación del debido proceso, asumiremos nuestro castigo por ello”¹⁰⁴.

6. Conclusión

La contribución integral y decisiva de Thomas Buergenthal a los derechos humanos en las Américas y, de hecho, más allá de ellas, no puede sobrestimarse. Buergenthal jugó un papel central para la protección de los derechos humanos en la región por su inquebrantable compromiso con la viabilidad del SIDH antes, durante y después de su implementación. Como juez de la Corte IDH, contribuyó de manera decisiva no sólo a la

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Ibid.

jurisprudencia de la Corte sino a su arraigo institucional en las Américas y a su alcance más allá de la región. Como académico y activista, Buergenthal fue clave en la fundación del IIDH, que resultó ser una fuerza fundamental en el fortalecimiento del SIDH. En pocas palabras, la contribución de Buergenthal puede resumirse en tres nociones: proactividad prudente, promoción/optimización e interacción/seguimiento crítico. De este modo, fue uno de los arquitectos del SIDH, reforzando así la protección global de los derechos humanos desde una base regional¹⁰⁵.

Las reflexiones que compartió durante esta trayectoria revelan además su notable realismo y un enfoque audaz y pragmático, que también tuvo la oportunidad de aplicar mientras prestaba sus servicios en la CVES. Este enfoque ofrece valiosas lecciones para la protección global de los derechos humanos, que pueden resumirse en tres frases clave:

- *Algo de protección es mejor que ninguna;*
- Es preferible *maximizar el rendimiento* de una institución antes que fomentar una simple *ilusión de protección*;
- Establecer *objetivos ambiciosos*, pero avanzar con *pasos modestos*.

¿Qué factores confluyeron para que la contribución de Buergenthal fuera tan significativa? Aparte de su innegable capacidad académica, seguramente jugaron papeles cruciales su perspicacia política y una profunda comprensión de la

¹⁰⁵ Buergenthal, “The American and European Conventions...”, *Am. U. L. Rev.* 30. 1980, 156: “Con la entrada en vigor de la Convención Americana y el establecimiento de la Comisión y la Corte, tenemos una importante oportunidad de hacer nuestra propia y distintiva contribución interamericana a la protección de los derechos humanos”.

realidad de las Américas¹⁰⁶. Además, su aguda conciencia de las violaciones de los derechos humanos como un riesgo latente en cualquier sociedad y de la lucha contra ellas como una tarea constante, que requiere institucionalización y un enfoque pragmático¹⁰⁷. Como lo demuestra su nombramiento como juez de la Corte IDH, quizás algo de su extraordinaria fortuna, reflejada en su relato personal en el libro *Niño afortunado*, favoreció el camino hacia esa contribución. Pero el *niño afortunado* fue sólo la semilla del *jurista de los Derechos Humanos*. La enormidad de la contribución de Buergenthal va más allá de la suerte y es fruto de su innegable talento y su incansable trabajo. La vida le tenía reservados dos retos monumentales: la lucha por *sus* derechos más elementales en Europa y por los derechos de *los demás* en América. Se dedicó con igual fervor a ambas misiones, demostrando la importancia

106 Incluso demostrando su propia identificación con el continente, Buergenthal, “The American and European Conventions...”, *Am. U. L. Rev.* 30. 1980, 166: “Debo subrayar, sin embargo, que aunque en las Américas podemos aprender mucho de la experiencia europea, sería un error confiar excesivamente en ella. Para bien o para mal, los problemas de nuestro hemisferio son más propios de las Américas que universales o europeos. Sólo pueden resolverse en el marco de *nuestras propias* tradiciones jurídicas, culturales, políticas y sociales” (énfasis añadido).

107 Buergenthal. *A Lucky Child...*, 2015, 226: “Los terribles crímenes y crueldades infligidos en muchas partes del mundo desde el Holocausto no han debilitado ni un ápice mi compromiso con los derechos humanos; al contrario, han reforzado mi creencia en la necesidad de trabajar cada vez más para promover la educación en derechos humanos a todos los niveles y para construir un marco jurídico y político internacional y nacional que haga cada vez más difícil la violación gubernamental de los derechos humanos”; v. también Buergenthal, Thomas, “Acceptance Speech and Lecture”, en AA.VV., *Juristische Fakultät der Universität Heidelberg, Laudationes et Gratiae, Verleihung der Ehrendoktorwürde an Thomas Buergenthal und Andre Colomer zum 600. Jahrestag der Gründung der Juristenfakultät der Universität Heidelberg*, Decker & Müller. Heidelberg, 1986, 39-40: “ninguna nación o pueblo tiene el monopolio de la maldad o de la bondad y que, en consecuencia, la humanidad en todas partes tiene que estar perennemente en guardia contra los Hitlers, los Stalins y los Pol Pots de este mundo”.

que atribuía a los derechos de *todos*. Es una de esas figuras emblemáticas de la historia del derecho internacional y de los derechos humanos, insustituible y tan necesaria en estos tiempos difíciles.