

CUMPLIMIENTO E IMPACTO DE LAS
SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA Y EL
TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.
TRANSFORMANDO REALIDADES

Armin von Bogdandy
Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Mariela Morales Antoniazzi
Pablo Saavedra Alessandri
Coordinadores



MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO



Colección
Constitución y Derechos



FRANCISCO DOMÍNGUEZ SERVIÉN

Gobernador Constitucional

JUAN MARTÍN GRANADOS TORRES

Secretario de Gobierno

JUAN MANUEL ALCOCER GAMBA

Secretario de Planeación y Finanzas

JOSÉ DE LA GARZA PEDRAZA

Oficial Mayor

ROGELIO FLORES PANTOJA

Director del Instituto de Estudios Constitucionales

Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos Transformando realidades

Armin von Bogdandy
Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Mariela Morales Antoniazzi
Pablo Saavedra Alessandri
Coordinadores



MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
unam



Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho
Internacional Público
Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Nacional Autónoma de México
México, 2019

Primera edición: noviembre de 2019

*Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana
y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*

© Armin von Bogdandy
Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Mariela Morales Antoniazzi
Pablo Saavedra Alessandri

© Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-7822-56-1

Las opiniones de los autores son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO

COORDINACIÓN EDITORIAL

Rogelio Flores Pantoja
Coordinación

Juana María Ibáñez Rivas
Carolina Hernández Parra
María Alejandra de la Isla Portilla
María Paula Herrera Hurtado
Edición

Felipe Luna
Formación

Contenido

Siglas y acrónimos	13
PRESENTACIÓN	
ROGELIO FLORES PANTOJA	17
SECCIÓN PRIMERA	
MARCO CONCEPTUAL	
El mandato transformador del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Legalidad y legitimidad de un proce- so iurisgenerativo extraordinario ARMIN VON BOGDANDY	25
Interamericanización. Fundamentos e impactos MARIELA MORALES ANTONIAZZI	57
Reflexiones sobre el impacto y cumplimiento del derecho in- ternacional y el “material interamericano” en el siglo XXI GUILLERMO ENRIQUE ESTRADA ADÁN	99
Después del fallo: el cumplimiento de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una pro- puesta de metodología SERGIO IVÁN ANZOLA, BEATRIZ EUGENIA SÁNCHEZ Y RENÉ URUEÑA	121

SECCIÓN SEGUNDA
ESTUDIOS NACIONALES

Parte 1
Europa

Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso <i>Hannover vs. Alemania</i> y el diálogo permanente entre este y los tribunales alemanes en los casos de conflicto entre libertad de prensa y derecho a la privacidad RAINER GROTE	173
El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Entre cooperación y colisión MARIE-CHRISTINE FUCHS	189
Ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Austria CHRISTINA BINDER Y BENJAMIN KNEIHS	219
La ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España ENCARNA CARMONA CUENCA.....	235
La ejecución de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Italia IRENE SPIGNO	265

Parte 2
América Latina

La implementación de las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos contra Chile JUDITH SCHÖNSTEINER	319
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

El sistema de ejecución de decisiones internacionales sobre derechos humanos en Perú
ELIZABETH SALMÓN GÁRATE 347

Mecanismos de cumplimiento de sentencias y recomendaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Colombia: avances, retos y dificultades
JUANA INÉS ACOSTA LÓPEZ Y CINDY ESPITIA 373

SECCIÓN TERCERA
ESTUDIOS TRANSVERSALES

Parte 1
Impacto del SIDH

Implementación de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: propuestas y perspectivas
FLÁVIA PIOVESAN 407

El derecho común transformador: el impacto del diálogo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos con las víctimas en la consecución de justicia
VIVIANA KRSTICEVIC 479

Impactos estructurales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una mirada a propósito de sus 40 años
MARÍA CARMELINA LONDOÑO LÁZARO 513

40 años cambiando realidades una mirada al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI 551

Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales
EDUARDO FERRER MAC-GREGOR 613

Parte 2
Estudios comparados

Efectos generales de las sentencias sobre derechos humanos: convencionalidad y constitucionalidad. Algunas notas sobre los casos mexicano y español
LUIS LÓPEZ GUERRA..... 643

Supervisando la ejecución de sentencias de derechos humanos. Un análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano
LUCAS SÁNCHEZ DE MIQUEL..... 661

Buenas prácticas en el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
JAVIER GARCÍA ROCA Y ARGELIA QUERALT JIMÉNEZ. 703

Aliados y contrapesos. Las cortes constitucionales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una perspectiva comparada
DAVIDE PARIS 773

Siglas y acrónimos

ACHPR	Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
ACHRPR	Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
AG	Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos
ANDJE	Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Colombia)
APCE	Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa
ATA	Auxiliar técnico-administrativo escolar (Italia)
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> (Corte Federal de Justicia alemana)
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
BOE	Boletín Oficial del Estado (España)
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgericht</i> (Tribunal Constitucional Federal alemán)
BVerfGE	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts</i> (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán)
BVerfGG	<i>Bundesverfassungsgerichtsgesetz</i> (Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán)
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos

CDDH	Comité Intergubernamental Director para los Derechos Humanos
CdE	Consejo de Europa
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CdM	Comité de Ministros del Consejo de Europa
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
CEJIL	Centro por la Justicia y el Derecho Internacional
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CEPC	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España)
CHBM	Conjunto Habitacional “Barão de Mauá”
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CJF	Consejo de la Judicatura Federal (México)
CNDDHH	Coordinadora Nacional de Derechos Humanos del Perú
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPC	Código de Procedimiento Civil (Italia)
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
DESCA	Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales
ESE	Equipo de Seguimiento Especial
FEDADOI	Fondo Especial de Administración del Dinero Obtenido Ilícitamente (Perú)
FEDEFAM	Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos-Desaparecidos

Siglas y acrónimos

FIV	Fecundación <i>in vitro</i>
GAIPE	Grupo Asesor Internacional de Personas Expertas
GIEI	Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes
GnR	Garantías de no Repetición
GS	Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
GSORO	Grupo Interno de Trabajo de Seguimiento a las Órdenes y Recomendaciones de Órganos Internacionales en Materia de Derechos Humanos (Colombia)
ICCAL	<i>Ius Constitutionale Commune</i> en América Latina
IDEHPUCP	Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú
INPS	Instituto Nacional de Providencia Social (Italia)
JEP	Jurisdicción Especial para la Paz (Colombia)
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España
MST	Movimiento de los Trabajadores Rurales sin Tierra
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial del Comercio
ONG	Organización no gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PGJ	Procuraduría General de Justicia (México)
PGR	Procuraduría General de la República (México)
PJF	Poder Judicial de la Federación (México)
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)
SEDH	Sistema Europeo de Derechos Humanos
SEGPRES	Secretaría General de la Presidencia (Chile)

SEIA	Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental (Chile)
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional español
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
VfGG	<i>Verfassungsgerichtshofgesetz</i> (Ley del Tribunal Constitucional de Austria)
VfGH	<i>Verfassungsgerichtshof</i> (Tribunal Constitucional de Austria)
VwGH	<i>Verwaltungsgerichtshof</i> (Supremo Tribunal Administrativo de Austria)

Presentación

Este libro reúne algunas de las contribuciones presentadas en distintos seminarios organizados por el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público (MPIL), en cooperación con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM) y el Programa Estado de derecho de la Fundación Konrad Adenauer (KAS), entre otras instituciones.

La estructura común de la obra se integra por dos elementos: la revisión del cumplimiento de las sentencias emitidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Corte IDH, así como el impacto generado por las medidas de reparación ordenadas. A partir de ello, se abordan las diferentes aproximaciones y fundamentos sobre las reparaciones, que son la sustancia del cumplimiento; las distintas modalidades de diálogo generado; los reportes nacionales sobre los mecanismos de cumplimiento de las sentencias y la sistematización de buenas prácticas.

No podemos dejar de advertir las referencias que la doctrina hace a la llamada “crisis de cumplimiento” en los sistemas regionales de protección de derechos humanos, debido al elevado número de sentencias de ambas cortes que se encuentran pendientes de cumplimiento. Como respuesta, encontramos en el libro posturas que advierten la necesidad de identificar el tipo de medida ordenada por cada tribunal, a fin de explicar las razones del (in)cumplimiento. De allí que esta obra siga una tendencia: mostrar el impacto transformador de las sentencias y los efectos

que trascienden a su cumplimiento, incluido el examen del empoderamiento institucional en el que diversos actores estatales utilizan los estándares de los tribunales de derechos humanos para promover cambios en las políticas nacionales.

Otro elemento que podemos encontrar en las contribuciones de los y las autoras es la identificación de algunos de los fenómenos que generan resistencias al cumplimiento de las sentencias, entre ellos los factores políticos o institucionales, tales como el reparto de competencias entre los diferentes niveles administrativos del Estado, la intención de proteger a funcionarios o representantes estatales, el grado de institucionalidad o simplemente la voluntad política gubernamental. Un ejemplo de ello es el caso *Hirst vs. Reino Unido*, del TEDH, que aborda el derecho al voto de los condenados a prisión, donde se puede advertir claramente que su incumplimiento se debe a la falta de voluntad política del Estado, postura corroborada por las declaraciones públicas que muestran el desinterés en cumplir con lo ordenado en la sentencia.

Por otro lado, se muestran las resistencias judiciales que se producen cuando la Alta Corte nacional determina que el Estado no se encuentra vinculado por las decisiones del Tribunal Regional, o bien, declara -como en el caso venezolano- que una sentencia es “inejecutable”. Un ejemplo claro es el caso *Fontevicchia d’Amico vs. Argentina*, en el que la Corte Suprema de la Nación Argentina determinó que no le correspondía atender una medida de reparación ordenada por la Corte IDH, en la que se le ordenaba dejar sin efecto su propia sentencia.

¿Qué solución hace posible superar dichas resistencias? La postura dominante en el libro es el diálogo, en sus modalidades vertical y horizontal.

El diálogo vertical se da entre los tribunales regionales y las cortes nacionales mediante referencias jurisprudenciales mutuas y del llamado “control de convencionalidad”, en el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). En este punto resulta importante advertir las alianzas estratégicas en los procesos de cumplimiento, que surgen entre la sociedad civil, las instituciones nacionales de derechos humanos y los respec-

tivos sistemas regionales. Un ejemplo emblemático fue la participación de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica en el proceso de supervisión de cumplimiento de la sentencia del caso *Artavia Murillo y otros* (“Fecundación in vitro”) vs. *Costa Rica*.

El diálogo horizontal se da mediante tres ejes principales: el diálogo *intraestatal*, el diálogo *interestatal* y el diálogo *transregional*.

En el *intraestatal* se somete a escrutinio la relación generada entre las instituciones y procedimientos internos, jurídicos y políticos, que tienen como objetivo fomentar el cumplimiento de las sentencias supranacionales. La coordinación entre los poderes y niveles administrativos del Estado en el proceso de cumplimiento, que generalmente se da a través de secretarías o direcciones generales de derechos humanos, se ve reflejado en los informes nacionales.

En el diálogo *interestatal* se identifica que el análisis del cumplimiento de determinadas medidas por parte de los Estados responsables tiene el potencial de ayudar a que otros países con problemáticas similares puedan avanzar en el cumplimiento de sentencias en su contra, es decir, sirve como guía para solventar las medidas de reparación. En el ámbito europeo, la supervisión de cumplimiento tiene lugar en el Comité de Ministros del Consejo de Europa y puede ser un parámetro de cumplimiento para los Estados parte; de igual forma, son útiles los encuentros entre los representantes de los diversos Estados y las buenas prácticas generadas.

El diálogo *transregional* se produce entre los sistemas supranacionales de protección de derechos humanos, así como entre los organismos oficiales y la sociedad civil que operan en dichos sistemas. En este punto, en la obra se encontrará una comparación sobre los sistemas de supervisión, las respuestas políticas y las iniciativas adoptadas por las ONG. Destaca también la referencia al uso que el TEDH ha hecho de la jurisprudencia pionera de la Corte IDH sobre grupos vulnerables o leyes de amnistía, como producto de un progresivo y creciente diálogo.

El diálogo en todos los niveles tiene un papel preponderante para la consolidación de un *Ius Constitutionale Commune* en de-

rechos humanos. En esta tarea convergen todos los actores: tribunales regionales de derechos humanos, tribunales nacionales, autoridad pública estatal y actores no estatales, a la que se integra el discurso académico como estrategia decisiva para enfrentar las coyunturas desglobalizantes que en la actualidad se advierten en Europa y América Latina.

Esta obra también aspira a enfatizar la necesidad de ir más allá del cumplimiento para comprender los diferentes tipos de impactos que tiene en la defensa y garantía de los derechos humanos, en la democracia y en el Estado de derecho en la región, en este último punto particularmente en el SIDH. Limitarse a un enfoque cuantitativo del cumplimiento no parece reflejar el rol transformador que el Sistema ha tenido en la promoción y protección de los derechos humanos. Son paradigmáticos los casos donde se identifican medidas de reparación sin cumplir, pero que han generado cambios institucionales significativos (como la de dejar sin efectos las amnistías peruanas), tanto en el país condenado como en otros países de la región (a través del diálogo judicial) y otros impactos a nivel global (por ejemplo, en la jurisprudencia del TEDH).

En este sentido, se encontrarán ensayos que nos muestran cómo el enfoque y las metodologías basadas en la evaluación de cumplimiento podrían invisibilizar algunas formas más sutiles e indirectas de impacto del SIDH, pero que tienen poderosos efectos transformadores. Reflexionar sobre la necesidad de ir más allá del cumplimiento para (re)pensar los impactos es un *leitmotiv* del libro. La noción de impacto permite conceptualizar el cumplimiento como un proceso dialógico, inclusivo y plural que comprende los efectos indirectos de las decisiones de los órganos del SIDH en su dimensión transformadora. Además, permite visibilizar el rol que múltiples actores -no solo las cortes nacionales- juegan en el diálogo multinivel de protección de los derechos humanos. Este cambio de paradigma consiste en atender no solo el cumplimiento, sino especialmente el impacto, ofreciendo así una novedosa lectura del constitucionalismo transformador en América Latina, en una visión comparada con Europa.

En suma, el libro ofrece una valiosa conjunción de trabajos de académicas y académicos, de operadoras y operadores jurídi-

cos, así como de representantes de la sociedad civil y del litigio estratégico de la región interamericana y europea, presentados en tres secciones: en la primera se aborda el marco conceptual; la segunda agrupa los estudios nacionales, tanto de Europa como de América Latina y, finalmente, en la tercera encontramos los estudios transversales sobre el impacto del SIDH y los estudios comparados. Se trata de un libro plural, producto de diversos enfoques que de manera complementaria se suman para mostrar distintas rutas e impactos de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

Sin duda, la obra deja constancia de la relevancia que tienen los debates académicos, ya que posibilitan identificar los desafíos y de ellos emergen soluciones para avanzar en los propósitos comunes: la eficacia de los derechos humanos y el fortalecimiento de la democracia. Estas son razones suficientes para expresar, en conjunto con los coordinadores, nuestra gratitud a las personas e instituciones que en distintos momentos hicieron que este libro sea una realidad. Al Programa Leibniz de la Deutsche Forschungsgemeinschaft DFG (Fundación Alemana para la Investigación Científica), pues su apoyo financiero ha sido determinante para facilitar los seminarios sobre cumplimiento e impacto. A los y las autoras por sus valiosos aportes, creativos e innovadores, en los ámbitos de sus líneas de investigación. A Mariela Morales Antoniazzi, porque con su coordinación y liderazgo posibilita articular y ampliar una sólida red, que se ha convertido en una especie de *punte* entre la academia, operadores jurídicos, órganos y actores del SIDH, del Sistema Europeo y de los movimientos de derechos humanos. Un singular agradecimiento a la labor de corrección de Lucas Sánchez en el proceso de gestación del libro y su edición. A Juana María Ibáñez, quien jugó un excelente papel como *managing editor*, con una lectura crítica y constructiva de los manuscritos, cuidando el hilo conductor de la publicación. Al equipo editorial del Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro (IECEQ), que ofreció un apoyo extraordinario en la implementación de la corrección y formación, integrado por Carolina Hernández, Alejandra de la Isla, Paula Herrera y Felipe Luna.

Unir ambos lados del océano, gracias a un esfuerzo conjunto entre el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y

el Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, desde México, y el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, en Heidelberg, Alemania, ha permitido construir un puente en conceptos, perspectivas y novedosos análisis, para dejar en manos de las lectoras y los lectores un libro que apunta hacia el constitucionalismo transformador en América Latina.

ROGELIO FLORES
Director del Instituto de Estudios Constitucionales
del Estado de Querétaro
Querétaro, México, octubre 2019

SECCIÓN PRIMERA
MARCO CONCEPTUAL

El mandato transformador del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Legalidad y legitimidad de un proceso iurisgenerativo extraordinario*

*Armin von Bogdandy***

1. INTRODUCCIÓN

Para estudiar el derecho constitucional en América Latina frente al derecho internacional no hay instrumento más importante que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). En los últimos 40 años, este instrumento se ha convertido en un pilar del constitucionalismo transformador latinoamericano. A nivel mundial es quizás el instrumento más relevante de este tipo. Ello hace emerger dos interrogantes: ¿cómo ha sido posible este desarrollo extraordinario?, y ¿es válido y legítimo? Las respuestas exigen, ante todo, estudiar si está sustentado por su mandato.

* Esta contribución se basa en una ponencia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) con ocasión del 40 aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Se refiere a otras conferencias dadas durante las celebraciones en San José, que se publicarán en breve en la página web de la Corte IDH. Agradezco a la *Dienstagsrunde* por sus críticas y a Ximena Soley por el apoyo investigativo. Traducción de David Geng y revisión de Miriam Lorena Henríquez Viñas, René Uruña y Mariela Morales Antoniazzi.

** Director del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público.

Constitucionalismo transformador significa interpretar y aplicar las normas de carácter constitucional de manera que impulsen un cambio social profundo para conseguir determinados objetivos constitucionales.¹ En América Latina, el constitucionalismo transformador es definido por los desafíos que plantean la violencia extendida,² la exclusión social,³ la desigualdad extrema⁴ y la debilidad de muchas instituciones nacionales.⁵ Tal debilidad obedece, entre otros factores, a fenómenos como el hiperpresidencialismo, la falta de independencia judicial y la corrupción.⁶

Por supuesto, los tribunales no pueden ni deben impulsar tal cambio por sí solos. Transformaciones de esta dimensión re-

¹ El término fue acuñado por Klare, Karl E., “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”, *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, 1998, pp. 146 y 150.

² Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe Anual 2018, en particular el Capítulo IV sobre el desarrollo de los derechos humanos en la región, <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2018/indice.asp>.

³ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Panorama Social de América Latina, 2018*, LC/PUB.2019/3-P, Santiago, 2019, pp. 153 y ss.

⁴ CIDH, Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas, de 7 de septiembre de 2017, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>.

⁵ Roberto Gargarella plantea que América Latina se caracteriza por sus “democracias defectuosas”. En tal sentido, los problemas que considera distintivos de los sistemas constitucionales defectuosos son seis: 1) la exclusión política, económica y social; 2) el problema de la “disonancia democrática” (elitismo que sigue presente en el entramado institucional que excluye políticamente a la sociedad y no le permite articular los asuntos comunes); 3) las dificultades derivadas de la concentración de poderes; 4) los problemas generados por una multiplicidad de derechos sociales que el sistema institucional invoca, pero no ayuda a satisfacer; 5) el problema del perfeccionismo moral; 6) los altos niveles de violencia política y social existentes. Gargarella, Roberto, “Constitucionalismo dialógico en democracias defectuosas”, Disertación en el Seminario García Pelayo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 27 de febrero de 2019.

⁶ Bogdandy, Armin von *et al.*, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 5 y 7.

quieren un gran esfuerzo de múltiples actores de toda la sociedad y decidida voluntad política.⁷ Como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha precisado a través de su doctrina del control de convencionalidad, todas las instituciones —y no solo el poder judicial— son responsables de la protección de los derechos humanos. Sin embargo, esto no reduce la importancia de la contribución del poder judicial para perseguir dichos objetivos, lo que se puede constatar en varios países, por ejemplo: la sanción sobre el terrorismo de Estado en Perú, la inclusión de los pueblos indígenas en el proceso político en Ecuador, la protección de personas homosexuales en Chile,⁸ o —como ejemplo de un proceso llevado a cabo mayormente por un solo Estado— el impulso para un verdadero sistema de salud pública en Colombia.⁹

Estructuro mi argumento en seis partes. La primera explica cómo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos recibió, gracias a una evolución constitucional en América Latina, su mandato para apoyar el constitucionalismo transformador. La segunda atiende a la legitimidad social de la que goza este mandato hoy en día. La tercera se focaliza en el derecho común de

⁷ Huneus, Alexandra, “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, vol. 44, núm. 3, 2011, pp. 393-533; Dulitzky, Ariel E., “El impacto del control de convencionalidad. Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos”, en Rivera, Julio César (ed.), *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Abeledo Perrot, 2014, pp. 533 y ss., y Soley, Ximena, “The Transformative Dimension of Inter-American Jurisprudence”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *op. cit.*, pp. 338 y 344.

⁸ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, núm. 75; *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001, Serie C, núm. 83; *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 162; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245; *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239.

⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-760/08, de 31 de julio de 2008.

los derechos humanos, quizás su instrumento transformador más relevante, mientras la cuarta examina las salvaguardias para su ejercicio legítimo. La quinta parte está destinada a esbozar algunas medidas para evaluar el éxito del Sistema Interamericano al ejercer su mandato y, en sexto lugar, concluiré con una nota sobre el valor de la crítica.

2. LA EVOLUCIÓN DEL MANDATO

Desde principios del siglo XXI, la Convención Americana brinda a las instituciones del Sistema Interamericano un mandato para participar en el constitucionalismo transformador en las Américas. Este mandato es el fundamento jurídico de una jurisprudencia de los derechos humanos que aborda los problemas estructurales en la región, en concreto, las instituciones débiles, la exclusión social y la violencia. Esta jurisprudencia configura un tipo de *ius constitutionale commune* en América Latina,¹⁰ un derecho común de derechos humanos que tiene influencia real en la vida de las personas.

¿Cómo es esto jurídicamente posible? En la Convención Americana no se observan disposiciones específicas para fomentar tal mandato. De hecho, prácticamente nadie sospechaba, ni en 1969 ni en 1978, que la Convención pudiera brindar la base para un constitucionalismo transformador. Basta recordar las políticas y orientaciones de los gobiernos de aquella época.¹¹ No obstante, cuatro décadas más tarde, sí se puede constatar que la Conven-

¹⁰ Para una terminología similar véase Restrepo Piedrahita, Carlos, *Tres ideas constitucionales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 137; Häberle, Peter, “Mexiko —Konturen eines Gemeinamerikanischen Verfassungsrechts— ein jus commune americanum”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, núm. 52, 2004, p. 581; Häberle, Peter y Kotzur, Markus, *De la soberanía al derecho constitucional común*, México, UNAM, 2003.

¹¹ Sobre el antes inimaginable potencial de la Convención, así como la evolución inesperada que condujo a resultados innovadores, véase Farer, Tom J., “The Rise of the Inter-American Human Rights Regime: No Longer a Unicorn, Not Yet an Ox”, *Human Rights Quarterly*, vol. 19, núm. 3, 1997, pp. 514 y ss.; Ragone, Sabrina, “The Inter-American System of Human Rights: Essential Features”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *op. cit.*, p. 281.

ción Americana encomienda tal mandato al Sistema Interamericano y, sobre todo, a su Corte.

¿Cómo sucedió esto? En los años sesenta y setenta la mayoría de los países de América Latina estaban sujetos a gobiernos autoritarios o represivos. Solo a partir de los años ochenta la mayoría de los países de la región se orientó hacia la democracia. Mientras lo hacían, tenían ideas claras sobre qué hacer. La más significativa era la máxima “nunca más” dictaduras militares. Pero los países también buscaron un consenso social más amplio.

Partiendo de estos objetivos, adoptaron varias medidas. Cabe poner de relieve que en la mayoría de las constituciones se incluyeron amplios catálogos de derechos, a menudo progresivos. También abrieron sus constituciones hacia los tratados internacionales de derechos humanos, e incluso, varias de ellas atribuyeron a los tratados de derechos humanos un rango especial en su ordenamiento jurídico interno.¹² De este modo, las constituciones superaron un entendimiento de la soberanía con frecuencia excesivamente rígido y se sumaron a un sistema regional para afianzar la garantía de los derechos humanos.

En este contexto, la Corte Interamericana, inspirada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), las Organizaciones no gubernamentales (ONG) y —notablemente— por las fuerzas nacionales afines, empezó a interpretar las disposiciones de la Convención de una manera evolutiva que condujo a una forma específica de constitucionalismo transformador, a una forma latinoamericana.

El constitucionalismo transformador, es decir, el entendimiento del derecho constitucional como un instrumento de cambio profundo se puede encontrar en varios países. La Constitución mexicana de 1917, la Constitución italiana de 1947 o la Constitución portuguesa de 1976 son buenos ejemplos. Pero los tribunales de estos países no siguieron el programa transformador establecido en el texto constitucional. A diferencia de ello, la Corte Suprema de India y las cortes constitucionales de Sudáfrica

¹² Morales Antoniazzi, Mariela, *Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune*, México, UNAM, 2014.

y Colombia se tomaron sus constituciones transformadoras y su mandato en serio, generando así una jurisprudencia distinta que aborda problemas estructurales.¹³ De hecho, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia jugó un papel relevante en el camino hacia el acuerdo de paz colombiano que recibió el Premio Nobel de la Paz en 2016.¹⁴

El constitucionalismo transformador es un fenómeno global, pero existen dos singularidades latinoamericanas que se deberían destacar: la primera es que no solo es apoyado por la Constitución nacional, sino también por un régimen internacional con dos instituciones operativas: la CIDH y la Corte IDH.¹⁵ La segunda es que este sistema de dos niveles es complementado por un diálogo horizontal entre instituciones nacionales que comparten esta visión, fundamentalmente por los jueces nacionales encargados de la justicia constitucional, pero también por fiscales o defensores del pueblo, sin olvidar a las ONG y, entre otros, el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

A través de este discurso regional, las instituciones nacionales de varios países involucradas en el constitucionalismo transformador se apoyan mutuamente y, por consiguiente, fortalecen este fenómeno. El plano internacional es esencial para este ancla-

¹³ Para el fenómeno global véase Bonilla, Daniel (ed.), *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2015; Hailbronner, Michaela, “Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 65, 2017, p. 527.

¹⁴ Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Ejército del Pueblo (FARC-EP) y Gobierno de Colombia, Acuerdo Final Para La Terminación Del Conflicto y La Construcción de Una Paz Estable y Duradera, 24.11.2016; Céspedes-Báez, Lina M. y Prieto Ríos, Enrique, *Utopía u oportunidad fallida: análisis crítico del Acuerdo de Paz*, Rosario, 2017; Huneus, Alexandra y Urueña, René, “Symposium on the Colombian Peace Talks and International Law”, *American Journal of International Law Unbound*, vol. 110, 2016, p. 161.

¹⁵ Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina”, en Rodríguez Garavito, César (ed.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, pp. 109 y 114.

je horizontal, porque las decisiones de la Corte Interamericana disponen de gran parte de la sustancia que impulsa el discurso regional.¹⁶ Los jueces nacionales pueden conectarse más profundamente cuando discuten sobre un sistema regional común, sobre casos que les conciernen a todos. Este proceso dinámico tiene lugar en un entrelazamiento continuo y, por ende, sustenta la legitimidad de la Corte Interamericana, cuyo fundamento está formado por una densa red de finas raíces que crecen profundamente en el tejido social de cada Estado de la región.

Con su paso atrevido de crear la doctrina del control de convencionalidad, la Corte IDH contribuyó decisivamente a propiciar este desarrollo.¹⁷ El término “derecho común” representa un concepto para lo que se está configurando, ya que el control de convencionalidad conlleva que la jurisprudencia que surge de la interpretación de la Convención y emana de la Corte, tenga que informar e incluso guiar a cada juez de la región.

Ciertamente, como subraya la Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay, de 11 de abril de 2019, la cosa juzgada afecta solamente a las partes del litigio. Sin embargo, es también fundamental considerar los demás efectos de una sentencia internacional que son universalmente reconocidos. Cualquier corte internacional, incluso la Corte Interamericana, para no ser arbitraria, debe, en principio, aplicar la misma interpretación

¹⁶ Instituciones relevantes parecen ser el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; The rule of law-program of the Konrad Adenauer-Stiftung (véase su Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, <https://www.kas.de/web/rspla/publikationen/einzeltitel/-/content/anuario-de-derecho-constitucional-latinoamericano>) así como el Yale Law School Latin American Legal Studies.

¹⁷ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154. Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (eds.), *Formación y perspectiva del Estado Mexicano*, México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, pp. 151-188; Henríquez, Miriam y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, Santiago, DER Ediciones, 2017.

a casos futuros similares. De ello deriva la función orientadora de su jurisprudencia para cada tribunal nacional bajo una constitución que atribuye al derecho internacional de los derechos humanos un papel importante en el ordenamiento interno.¹⁸ En este marco, el control de convencionalidad es ciertamente una interpretación avanzada de esta doctrina reconocida, pero nada fuera de su ámbito lógico.¹⁹

En consecuencia, cada juez nacional se convierte en un juez interamericano, lo que expande enormemente el alcance de la Convención Americana. Para entender el impacto social y político de esta doctrina, se ha de recordar la relevancia política de diversos casos paradigmáticos, por ejemplo, las violaciones masivas de los derechos humanos cometidas por actores a menudo vivos y a veces aun poderosos.

¹⁸ Reveladora la discusión sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Tribunal Constitucional Federal Alemán Urt. v. 14.10.2004, 2 BvR 1481/04 = BVerfGE 111, 307; Urt. v. 4.5.2011, 2 BvR 2365/09 = BVerfGE 128, 326 (364 ff.); BVerfGE 128, 326 (368); BVerfG, Urt. v. 12.6.2018, 2 BvR 1738/12 u.a., Rn. 129; Corte Constitucional Italiana, decisiones núm. 348 y núm. 349/2007. El concepto es de Mosler, Hermann, “Schlußbericht über das Kolloquium”, en Maier, Irene (ed.), *Europäischer Menschenrechtsschutz. Schranken und Wirkungen*, C.F. Müller, 1982, pp. 355-366.

¹⁹ Resulta ilustrativa la respuesta del presidente de la Corte Suprema de Justicia de Chile ante la Declaración de Presidentes, pues el 24 de abril de 2019, Haroldo Brito sostuvo que “en la actualidad resulta impensable un control jurisdiccional que desatienda la aplicación de los tratados internacionales o los estándares elaborados para los órganos de control de los tratados, puesto que si algo distingue a la jurisprudencia actual es ser más proclive a la integración del derecho internacional de los derechos humanos en la decisión de los casos” (<https://www.eldinamo.cl/nacional/2019/04/24/corte-suprema-y-polemica-por-cidh-la-justicia-esta-ligada-a-tratados-internacionales/>). El 26 de abril de 2019, la Corte Suprema de Justicia chilena hizo público su veredicto de dejar sin efecto los fallos condenatorios de ocho personas mapuche bajo la Ley Antiterrorista. Esta resolución es adoptada en cumplimiento de la reparación ordenada por la Corte IDH en la sentencia de 2014 en el caso *Norín Catrimán y otros*, en la que determinó que dichas condenas resultaron de procesos que no cumplieron con el debido proceso y fueron discriminatorios. Comunicado vía electrónica. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C, núm. 279.

Parece fácil describir esta interpretación evolutiva de la Corte Interamericana como “activismo judicial”, que iría más allá del mandato, o calificarla de “ultra vires”, y, por ende, no conforme a la Convención. Aun así, pocas instituciones nacionales han llegado a esta conclusión.²⁰ En general se acepta la interpretación evolutiva como válida y legítima. La misma Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay de 11 de abril de 2019, aunque crítica en varios puntos, reconoce el valor fundamental de tal operación del Sistema. ¿Por qué? Porque esta interpretación evolutiva no ha sido el resultado de un proceso unilateral de arriba-abajo de una corte buscando hegemonía, sino, más bien, de un proceso en el cual han coadyuvado numerosos actores.

Primero, la mayoría de las constituciones atribuye un papel clave a la Convención Americana y sus instituciones en su ordenamiento jurídico interno, es decir, están integradas en las bases constitucionales de los Estados parte de la Convención. Doctrinalmente se define como el bloque de constitucionalidad, formado por la Constitución nacional y la Convención.²¹ Por tanto, en términos de teoría constitucional, este desarrollo del mandato se puede explicar como un caso de cambio constitucional. La doctrina del cambio constitucional muestra la profundidad en que pueden impactar los cambios morales y políticos en las sociedades en cuanto al significado de la ley, sin que se produzca ningún

²⁰ Entre estas, la decisión de la Corte Suprema de Argentina en *Fontevecchia* parece de importancia particular, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, de 14 de febrero de 2017, párrs. 6 y ss., esp. 12. El Gobierno de República Dominicana expresó su rechazo a una resolución de la Corte IDH de fecha 12 de marzo de 2019, en la que ha reiterado tener competencia para conocer casos dominicanos relativos al derecho de la nacionalidad. Se argumenta que se contraría la decisión del Tribunal Constitucional núm. 256-14, de noviembre de 2014, que declaró la inconstitucionalidad del Instrumento de Aceptación de la Competencia de la Corte IDH, de fecha 19 de febrero de 1999.

²¹ Góngora Mera, Manuel, *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, IIDH, 2011.

cambio formal (Georg Jellinek, Bruce Ackerman).²² Se trata, sobre todo, de las disposiciones estructuradas de manera abierta, representando los derechos humanos el ejemplo clásico. La doctrina de la interpretación evolutiva constituye la base metodológica para este cambio.²³

Segundo, la jurisprudencia de la Corte IDH responde a las expectativas e interpretaciones aportadas por numerosos actores.²⁴ De hecho, la interpretación evolutiva de la Corte se enriquece con los distintos progresos *in situ* en toda la región, jugando un papel clave las organizaciones de la sociedad civil. Al mismo tiempo, la posibilidad de generar litigio estratégico ante la Corte facilita el fortalecimiento de tales organizaciones de la sociedad civil, que no solo son esenciales para los derechos humanos, sino también para la democracia en la región.

Tercero, instituciones nacionales han reconocido este impulso transformador del mandato. Hay actores nacionales que encomiendan a la Corte IDH resolver bloqueos institucionales a nivel doméstico, es decir, desencadenar acciones para enfrentar aparatos estatales y burocracias que bloquean la democracia y el cumplimiento de los derechos.²⁵ Los tribunales nacionales han aceptado y respaldado esta interpretación, entendiendo su valor para el cumplimiento de sus mandatos constitucionales nacionales, lo que se puede constatar en la integración de la jurispuden-

²² Para más detalles véase Bernal, Carlos, “Prefacio Cambio Constitucional Informal: Una Introducción Crítica”, en Albert, Richard y Bernal, Carlos (eds.), *Cambio constitucional informal*, Editorial Universidad Externado, 2016, p. 9.

²³ Esta doctrina, característica del TEDH, ha sido muy discutida. Véase, por ejemplo, Bernhardt, Rudolf, “Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte”, en Breitenmoser, Stephan (ed.), *Human rights, democracy and the rule of law: Liber amicorum Luzius Wildhaber*, 2007, p. 91; Letsas, George, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007, cap. 3.

²⁴ Soley, Ximena, *op. cit.*, pp. 352-355.

²⁵ Parra Vera, Óscar, “El impacto de las decisiones interamericanas: notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al «empoderamiento institucional»”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Querétaro, IECEQ, 2017, p. 511.

cia interamericana en muchas decisiones nacionales. Ciertos jueces nacionales incluso reconocen la construcción de un “derecho común” y se refieren a sí mismos explícitamente como “jueces interamericanos”.²⁶ También, la rama política ha respondido positivamente. Solamente consideren el caso de Uruguay, que en 2018 nombró juez para la Corte IDH a un magistrado de su Corte Suprema que había exigido la implementación de la sentencia *Gelman vs. Uruguay*.²⁷ Sin duda, fue una señal de apoyo importante, considerando la crítica que la Corte IDH recibió por dicha decisión.²⁸

Por supuesto, no todos están de acuerdo en que la Corte IDH asuma este mandato poderoso y transformador; al contrario, se ve enfrentado a inercia y resistencia. Pero las fuerzas que interpretan la Convención de tal modo tienen suficientes argumentos para sostener su fundamentación jurídica y, no menos importante, cuentan con suficiente respaldo para avanzar en este camino. El mandato goza de sólida legitimidad social.

3. LA LEGITIMIDAD DEL MANDATO TRANSFORMADOR

Los festejos del 40 aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana brindan una excelente posibilidad para estudiar la legitimidad social del Sistema Interamericano al promover

²⁶ Véase las contribuciones a esta conferencia de Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (México), Carmen María Escoto (Costa Rica) y Dina Ochoa Escribá (Guatemala).

²⁷ OEA, Asamblea General, “Concluyó la 48.^a Asamblea General de la OEA”, Comunicado de Prensa, Fotonoticia FNC-94314 (5 de junio de 2018) – “Ricardo Pérez Manrique (Uruguay) fue elegido juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

²⁸ Gargarella, Roberto, “Sin lugar para la soberanía popular: democracia, derechos y castigo en el caso *Gelman*,” *Latin-American Seminar on Constitutional Theory and Policy*, Yale University, 2013, https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf; Sferrazza Taibi, Pietro, “¿Amnistías democráticas? El Caso *Gelman vs. Uruguay* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un caso práctico para una reflexión teórica”, en Alda Mejías, Sonia y Ángel Santano, Silvia (eds.), *La seguridad, un concepto amplio y dinámico: V Jornadas de estudios de seguridad*, IUGM-UNED, 2013, pp. 93-124.

este mandato transformador. Las celebraciones de los aniversarios de instituciones internacionales, en general, y de sus cortes, en particular, no son un gasto inútil de fuerza, tiempo y dinero.²⁹ Al contrario, estas festividades sirven para el buen funcionamiento de estas instituciones y el cumplimiento de sus mandatos. Sustentan lo que, sin duda, es su recurso máspreciado: su legitimidad social. Sin una amplia aceptación social ningún tribunal puede cumplir su misión.

En el caso de la conferencia organizada para conmemorar el 40 aniversario, puede afirmarse que esta representa un brillante ejemplo de cómo se pueden utilizar las celebraciones para reforzar precisamente la legitimidad social. De hecho, la celebración muestra un gran éxito en términos jurídicos, políticos y sociales.

El éxito en el aspecto jurídico es fácil de constatar. En primer lugar, la celebración ha propiciado numerosas contribuciones científicas de alto nivel, tanto por la academia como por juristas de la praxis.³⁰ Estas han evaluado y elogiado el trabajo del Sistema Interamericano, en general, y de la Corte, en particular, reforzando con ello su autoridad. Al mismo tiempo, los ponentes formularon varias propuestas sobre el modo de avanzar, respaldando así los diferentes caminos que el Sistema pueda tomar. La autoridad académica de los ponentes afianza la legitimidad de la Corte.

Esta celebración igualmente ha sido un éxito político, como lo demuestra el número y el perfil de los asistentes.³¹ La mera presencia de representantes de varias instituciones públicas importantes constituye una manifestación del respaldo político del que goza el Sistema Interamericano. Sin embargo, una presencia

²⁹ Vauchez, Antoine, “Keeping the dream alive: the European Court of Justice and the transnational fabric of integrationist jurisprudence”, *European Political Science Review*, vol. 4, 2012, pp. 51-71.

³⁰ Véase las contribuciones en el próximo volumen de las memorias del 40 Aniversario de la Corte Interamericana.

³¹ El programa de la reunión se puede consultar en Corte IDH, Comunicado de Prensa, CorteIDH_CP-31 /18, “Más de 1500 personas asisten a la semana de eventos en conmemoración del 40 aniversario de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, de 23 de julio de 2018, http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_31_18.pdf.

más visible de más Estados que están sujetos a la jurisdicción de la Corte IDH habría sido bienvenida. Ahora bien, haber logrado que todas las instituciones representadas en el evento conmemorativo hayan expresado su apoyo a la labor del Sistema revela un hecho de alta connotación política.

La Corte IDH, en el marco de la ceremonia, contó con manifestaciones positivas del poder ejecutivo. Dos voces fueron particularmente significativas en este sentido. El presidente de Costa Rica intervino en dos ocasiones a fin de expresar su profundo compromiso con el Sistema Interamericano, pese a una situación de conflicto político interno en cuanto a la autoridad de la Corte IDH.³² Tal apoyo por parte del más alto representante del país anfitrión es revelador. Asimismo, el secretario general de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), probablemente el más alto representante del Sistema Universal, estuvo presente en esta celebración en honor a la Corte y expresó su apoyo inequívoco al Sistema Interamericano. Este apoyo no es evidente, teniendo en cuenta la tensión subyacente entre los sistemas regionales y el universal: después de todo, la fragmentación del derecho internacional sigue siendo un problema.³³

En cuanto al poder judicial, la semana de festividad dejó en evidencia que la Corte Interamericana está apoyada por una red de tribunales, tanto internacionales como nacionales. Los otros dos tribunales regionales de derechos humanos, el europeo y el

³² Nota de prensa en línea, “Costa Rica y la Corte Interamericana cumplen, entre presiones, 40 años de una relación estrecha”, *Semanario Universidad*, de 18 de julio de 2018, <https://semanariouniversidad.com/pais/costa-rica-y-la-corte-interamericana-cumplen-entre-presiones-40-anos-de-una-relacion-estrecha/>; Nota de prensa en línea, “Fabricio Alvarado: ‘Corte Interamericana no puede legislar en el país’”, *La República*, de 16 de marzo de 2018, <https://www.larepublica.net/noticia/fabricio-alvarado-corte-interamericana-no-puede-legislar-en-el-pais-para-eso-est-an-los-diputados>, y Nota de prensa en línea, “Fabricio Alvarado dispuesto a salirse de la Corte IDH para que no le ‘impongan’ agenda LGTBI”, *elmundo.cr*, de 11 de enero de 2018, <https://www.elmundo.cr/fabricio-alvarado-dispuesto-salirse-la-corte-idh-no-le-impongan-agenda-lgtbi/>.

³³ Payandeh, Mehrdad, “Fragmentation within International Human Rights Law”, en Andenas, Mads y Bjorge, Eirik (eds.), *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence of International Law*, CUP, 2015, pp. 297-319.

africano, participaron en el evento y estuvieron representados por sus presidentes y otros jueces. Para algunos de los jueces africanos, dicha participación conllevó viajes verdaderamente extenuantes; por tanto, su presencia es una clara señal de apoyo. Incluso dio lugar a un acuerdo de cooperación suscrito entre los tres tribunales regionales de derechos humanos, lo que demuestra la voluntad de profundizar su interacción.³⁴

Los conflictos o desacuerdos entre la Corte Interamericana y otros tribunales internacionales, debido a cuestiones como la fragmentación, palidecen en comparación con los que pueden surgir con los tribunales nacionales. Solo hay que considerar la audacia de la Corte Interamericana con la doctrina del control de convencionalidad. Por tanto, la presencia de jueces de tribunales nacionales, sobre todo de aquellos con los cuales hay tensiones, es de enorme transcendencia.³⁵ Más importante aún, todos expresaron su apoyo al Sistema Interamericano, como a la Corte IDH. Si se tiene en cuenta que también se expresaron profundos desacuerdos, la manifestación de reconocimiento adquiere un valor adicional. Obviamente, la dimensión real del apoyo de los poderes judiciales nacionales a la Corte Interamericana no se puede deducir de estas pocas declaraciones, aunque es cierto que la Corte Interamericana no está sola.

Finalmente, el evento fue un éxito social. La inesperada afluencia de participantes hizo necesario trasladar las celebraciones a las salas más grandes de Costa Rica. La semana de festejos parece haber fortalecido el sistema social que, en definitiva, determina el éxito de la Convención Americana. Por tanto, cabe destacar la participación de una serie de organizaciones sociales y de víctimas individuales. Se hizo evidente que el Sistema Interamericano no solo está integrado por instituciones oficiales, sino por individuos y grupos de individuos, que son una parte

³⁴ Corte IDH. Comunicado de Prensa, Corte IDH_CP-31 /18, *op. cit.* p. 2.

³⁵ Supremo Tribunal Federal (Brasil), Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Corte Suprema de Justicia (Chile), Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), Corte Constitucional de Colombia, Corte Suprema de Costa Rica. Agenda del 19 de julio de 2018, http://www.corteidh.or.cr/40aniversario/informacion/agenda_jueves.pdf.

activa del Sistema. Tal como expresó Lucrecia Molina Theissen³⁶: su participación activa ante los órganos del Sistema Interamericano la convirtió en una “ciudadana”.

La amplitud y profundidad del Sistema Interamericano, el hecho de que vincule a diferentes instituciones nacionales con la sociedad civil, impacta la legitimidad de la Corte. Al mismo tiempo, denota la fuerza oculta del Sistema: consiste en mucho más que sus instituciones —la Corte y la Comisión, con sus siete jueces, siete comisionados, y su personal—. El Sistema Interamericano se basa hoy en una red robusta de miles y miles de personas cuyo objetivo es transformar América Latina a la luz de los derechos humanos.

Las celebraciones han esbozado quién pertenece al Sistema y cuál es su identidad. Un sistema jurídico a menudo se identifica por sus grandes casos, que son constantemente invocados por sus miembros y que forman parte de su narrativa.³⁷ La Corte, en la publicación diseñada con ocasión de la celebración titulada “40 años protegiendo derechos” señaló las decisiones que desde su punto de vista son trascendentales.³⁸ La importancia de estas decisiones ha sido reiterada por casi todos los participantes. Otro elemento central de la identidad es la finalidad del Sistema Interamericano. En este sentido, ha habido un amplio consenso durante las celebraciones: combatir la violencia y la exclusión social y fortalecer las instituciones débiles. La creencia de estar involucrado en un proyecto de tal dimensión robustece la identidad del grupo.

4. UN DERECHO COMÚN LATINOAMERICANO COMO LA ENCARNACIÓN DEL MANDATO

Una parte esencial de la legitimidad e identidad del Sistema Interamericano es la convicción de múltiples actores jurídicos de que

³⁶ Corte IDH. *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C, núm. 106.

³⁷ Yang, Nele, *Die Leitentscheidung*, Springer, 2018, pp. 6 y ss.

³⁸ Corte IDH. *40 años Protegiendo Derechos*, Corte IDH/GIZ, 2018, pp. 42-55, http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/40anos_esp.pdf.

el Sistema contribuye al desarrollo de una normativa regional de derechos humanos para aproximarse a los problemas estructurales de la región,³⁹ que abarca tanto el derecho internacional como el nacional. Este derecho latinoamericano no es un castillo en el aire. Aunque seguramente todavía no es un entendimiento jurídico compartido por todos los actores jurídicos relevantes, sí tiene impacto real en la región. Después de esta semana de celebraciones, tres rasgos de este derecho común destacan visiblemente.

Un primer rasgo fundamental de un derecho común latinoamericano de derechos humanos es la creencia compartida de que el derecho común latinoamericano realmente existe y abarca la Convención Americana y los sistemas jurídicos nacionales. Tal vez su manifestación más visible sea que varios jueces, tanto nacionales como internacionales, se consideran a sí mismos como jueces interamericanos, como se mencionó *supra*.

Esta autocomprensión se encuentra en los jueces de la Corte Interamericana, algo que no es obvio en lo absoluto. No tantos jueces internacionales se consideran parte de un sistema que igualmente está compuesto por jueces nacionales. Sin embargo, esta autocomprensión es todavía más significativa y transformadora para los segundos, considerando el dualismo rígido que durante largo tiempo era un elemento principal del constitucionalismo latinoamericano.⁴⁰ Con este telón de fondo, las declaraciones de jueces nacionales durante las celebraciones cobran mayor repercusión. Todos ellos afirmaron y resaltaron su firme convicción de ser también jueces interamericanos, pese a los profundos desacuerdos que a veces surgen. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y su actual presidente, afirmó categóricamente que todo juez mexicano es a la vez un juez interamericano. La presidenta (en funciones) de la Corte Suprema de Costa Rica, Carmenmaría Escoto, afirmó sin reservas que, a pesar de

³⁹ Sobre el concepto véase Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *op. cit.*, pp. 3 y ss.; Armin von Bogdandy *et al.*, *op. cit.*, p. 27.

⁴⁰ Acosta Alvarado, Paola Andrea, “Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”, *Estudios Constitucionales*, vol. 14, núm. 1, 2016, pp. 15-60.

los desacuerdos, su Corte contribuye a la construcción de un *ius commune* interamericano.⁴¹

Esta creencia no se limita en absoluto a los jueces. Viviana Krsticevic, una perseverante litigante ante la Corte IDH, afirmó: “En mi experiencia, se puede hablar de un derecho común cuando la gente, las víctimas, el movimiento de derechos humanos, los funcionarios del Estado e, incluso los presidentes y expresidentes lo consideran una construcción jurídica dotada de autoridad. Creo que los juristas y los profesionales del derecho son solo una parte del colectivo/grupo pertinente”.⁴²

Un segundo elemento de este derecho regional común es que se nutre de las decisiones de los diferentes tribunales del Sistema y, especialmente, de los más altos tribunales (tribunales supremos, tribunales constitucionales y la Corte Interamericana). Es significativo que los tribunales estatales citen a la Corte Interamericana y esta última cite a las nacionales. Una característica fundamental del derecho común latinoamericano es que las decisiones judiciales nacionales deben, en principio, reconocer la autoridad de la Corte IDH.⁴³ Al mismo tiempo, las decisiones ju-

⁴¹ La presentación se publicará en breve en la obra contentiva de las Memorias del 40º Aniversario.

⁴² Directora ejecutiva del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), en un correo electrónico al autor.

⁴³ Véase respuesta del presidente de la Corte Suprema de Justicia de Chile ante la Declaración de Presidentes, *op. cit.* Asimismo, sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México sobre matrimonio igualitario AR 581/2012, que cita a la Corte IDH en el *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, decisión que después de reiterarse en cinco sentencias se convirtió en jurisprudencia, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/Paginas-Pub/DetallePub.aspx?AsuntoID=143969>. Otro ejemplo paradigmático es la decisión ADR 6181/2016, que se vincula a la justicia con perspectiva de género a sus victimarios, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/Paginas-Pub/DetallePub.aspx?AsuntoID=206132>. Se cita a la Corte IDH en el *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Para una visión general sobre el diálogo coevolutivo véase Góngora Mera, Manuel, “Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, Río de Janeiro, Elsevier, 2017, pp. 312-337.

diciales nacionales definen el horizonte en el que opera la Corte Interamericana, como lo demuestran sus numerosas referencias a las decisiones nacionales.

Por supuesto, persisten interrogantes e incluso desacuerdos en torno al funcionamiento de este derecho común. Pero una vez más, en las presentaciones y conferencias dictadas durante las celebraciones se puso de manifiesto la convergencia en cuestiones cruciales. Más sustancial todavía fue el hecho de que ninguna persona, sobre todo ningún representante de la Corte IDH, abogó por la supremacía incondicional de todas las decisiones de dicho órgano para todos los tribunales nacionales en cualquier situación. Por el contrario, el llamamiento ha sido a favor de soluciones matizadas. Además, parecía poco probable que todos los actores involucrados compartieran un único enfoque doctrinal. Al mismo tiempo, parece existir, al menos entre los participantes, un amplio consenso sobre el hecho de que los desacuerdos no deberían acabar perjudicando al Sistema Interamericano.

Esto lleva al tercer rasgo fundamental del derecho común latinoamericano de los derechos humanos: la percepción de un sinnúmero de actores de que el sistema común les permite cumplir mejor sus mandatos. La mayoría de las constituciones nacionales y la Convención Americana encomiendan a los jueces la tarea de abordar, dentro del ámbito de sus competencias y procedimientos, la violencia, la exclusión social y la debilidad de las instituciones. Todos los ponentes destacaron que, para fomentar el cambio social en la región en este marco, es esencial la cooperación. El derecho común latinoamericano de los derechos humanos sirve para hacer frente de manera conjunta a los grandes desafíos de la región. Aunque nadie proclamó que los tribunales pudieran superar por sí mismos tales desafíos, muchos parecían estar convencidos de su deber de desempeñar un papel fundamental para alcanzarlos.

Siguen sin resolverse innumerables dificultades. No obstante, se puede afirmar la existencia de un nuevo fenómeno jurídico, que se compone de elementos que tienen su origen en ordenamientos jurídicos diferentes y que están conectados por un impulso común. Este derecho es más que un tigre de papel o el

producto de una imaginación hiperactiva. Ha sido institucionalizado y operativizado por actores concretos con autoridad. Ciertamente, este derecho latinoamericano de los derechos humanos no determina todas las relaciones de poder en la región. Por el contrario, a menudo colisiona con otros enfoques, valores e intereses. De ahí, una línea de ataque es que este derecho común es producto de un “activismo judicial desenfrenado”.⁴⁴ ¿Pero realmente es así? Esta cuestión nos conduce a explorar las salvaguardias para mantener la validez y la legitimidad de la ejecución del mandato.

5. CUESTIONES DE VALIDEZ Y LEGITIMIDAD

El mandato para impulsar un constitucionalismo transformador en América Latina mediante un derecho común de los derechos humanos es un mandato abierto, pero no indeterminado. Los jueces no pueden simplemente hacer lo que crean mejor. Están guiados y restringidos por los marcos de los casos, la metodología jurídica, la colegialidad y los procedimientos, los precedentes y la necesidad de construir y proteger la autoridad de la Corte IDH.

La ejecución del mandato está restringida por los desafíos que provienen de la realidad social. Interpretar la Convención a la luz de la realidad social en América Latina significa, sobre todo, abordar la debilidad de las instituciones, la exclusión social y la violencia.⁴⁵ Existe en América Latina un acuerdo amplio de que estos son los desafíos que las naciones tienen que afrontar.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *op. cit.*; Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sentencia 1939/2008, de 18 de diciembre de 2008. Asimismo, véase Malarino, Ezequiel, “Judicial activism punitivism and supranationalisation: illiberal and antidemocratic tendencies of the Inter-American Court of Human Rights”, *International Criminal Law Review*, vol. 12, 2012, pp. 665-695.

⁴⁵ Piovesan, Flávia, “*Ius Constitutionale Commune in Latin America: Context, Challenges, and Perspectives*”, en Bogdandy Armin von *et al.* (eds.), *op. cit.*, pp. 50-51.

Del mismo modo está claro que el constitucionalismo transformador necesita ser promovido por medidas estructurales, que atiendan las deficiencias estructurales.⁴⁶ El mandato de la Corte IDH va, por esa razón, mucho más allá de decidir si en el caso concreto hubo una violación de la Convención Americana.⁴⁷ Ello explica las órdenes de reparaciones creativas y de gran alcance que se han convertido en una llave clave del constitucionalismo transformador.⁴⁸ Es importante que la Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay, de 11 de abril de 2019 no rechace este desarrollo por completo, sino que se limite a enfatizar que las reparaciones “guarden una debida proporcionalidad”, las “exigencias propias del Estado de derecho” y “los ordenamientos constitucionales y jurídicos de los Estados”.⁴⁹

⁴⁶ Huneeus, Alexandra, “Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts”, *Yale Journal of International Law*, núm. 40, 2015, pp. 1 y ss.; Abramovich, Víctor, “From Massive Violations to Structural Patterns: New Approaches and Classic Tensions in the Inter-American Human Rights System”, *Sur. International Journal on Human Rights*, núm. 6, pp. 7 y ss.

⁴⁷ Ximena Soley, *op. cit.*, pp. 337 y ss.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 346-348. Asimismo, Morales Antoniazzi, Mariela y Saavedra, Pablo, “Inter-Americanization. Its Legal Bases and Political Impact”, en Bogdandy Armin von *et al.* (eds.), *op. cit.*, pp. 267-275.

⁴⁹ Se han generado por parte de la academia y de la sociedad civil, entre otros, reacciones advirtiendo los problemas que se pueden derivar de la Declaración. Véase, a título enunciativo, Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales de Chile, <http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/index.php/dummy-category-2/item/489-reaccion-a-la-carta-de-cinco-gobiernos-para-limitar-rol-del-sistema-interamericano>; Posicionamiento del Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos de la UNAM y de la Universidad Iberoamericana de México suscrita por profesores e investigadores de diversos países latinoamericanos y europeos, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/site//index/posicionamiento-cidh-ibero-osidh-final-4078.pdf>; Human Rights Watch, <https://www.lanacion.com.ar/politica/advierten-que-una-declaracion-firmada-por-la-argentina-debilita-la-defensa-de-los-ddhh-nid2241332>; CEJIL y más de 200 organizaciones y personas, <https://www.cejil.org/es/embates-al-sistema-interamericano-derechos-humanos-vulneran-proteccion-regional-ddhh>; DPLF, <https://dplfblog.com/2019/05/03/impericia-juridica-insolencia-historica-e-incoherencia-diplomatica-a-proposito-del-manotazo-de-cinco-paises-de-sudamerica-al-sistema-interamericano-de-derechos-humanos/>.

Aunque sea un ámbito amplio, con gran discrecionalidad por parte de la Corte IDH, existen, no obstante, normas y salvaguardias contra un “activismo judicial desenfrenado”.⁵⁰ Ciertas voces se orientan hacia los “métodos” del razonamiento jurídico, parte del cual son los “métodos de interpretación jurídica”. Cualquier decisión jurídica debe estar vinculada *lege artis* a la fuente fundamental de la autoridad de una corte, en nuestro caso, a la Convención Americana. Sin embargo, no se deberían sobrevalorar estos métodos. La investigación especializada muestra que estos métodos, inclusive los de interpretación, casi nunca determinan el resultado de una decisión, sobre todo de aquellas dictadas por las cortes supremas, constitucionales o internacionales. El propósito de estos métodos es más bien enmarcar la decisión y brindar estándares de crítica.

Pero los “métodos” representan solo un estándar de salvaguardia, entre otros, justamente el proceso de selección de los jueces interamericanos constituye uno de estos. Cada juez es seleccionado y elegido con una idea determinada de qué representa el mandato de la Convención. Tras 40 años de funcionamiento, su empuje transformador es incuestionable para todo el mundo jurídico. La selección y el nombramiento de jueces en el Sistema Interamericano es de importancia especial, ya que solo hay siete jueces o comisionados que son elegidos únicamente por seis o cuatro años con una única posibilidad de reelección. Ello implica que la Corte Interamericana, con apenas unos cuatro nombramientos, podría cambiar radicalmente su perspectiva y convertirse en la punta de lanza de aspiraciones autoritarias o neoliberales; la sala constitucional del Tribunal Supremo venezolano brinda un ejemplo deprimente.⁵¹

Al elenco de salvaguardias se suma el principio de colegialidad. En una corte de derechos humanos, cada decisión se basa en

⁵⁰ Sobre el tema véase Schönberger, Christoph, “Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 71, 2012, p. 296; Bogdandy, Armin von y Venzke, Ingo, *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 156 y ss.

⁵¹ Brewer Carías, Allan, *La consolidación de la tiranía judicial*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana International, 2017.

el juicio de varios jueces. El *Hércules* de Dworking da una idea errónea de lo que pasa en San José. Las controversias entre jueces están incorporadas en los sistemas y disponen una característica central para enmarcar y restringir cualquier decisión.

Más orientación y restricciones brotan del proceso que desarrolla el caso, los actores con sus alegatos, la hoja de ruta y el contexto específico del caso, y las probables implicaciones de las diferentes decisiones posibles. La identidad del Sistema, creada por el camino que ha recorrido hasta ahora, establecido en la jurisprudencia, así como el legado de las luchas que lo alcanzaron, es otro factor limitante. Por último, y no menos trascendental, está la anticipación de la recepción que una decisión probablemente reciba, en particular de los tribunales nacionales, de los actores políticos, de la opinión pública, de la sociedad civil y de la academia. La autoridad de los tribunales, su activo fundamental, nunca está realmente consolidada, sino que se basa en una interacción continua con una amplia gama de partes interesadas. Ello es particularmente cierto para los tribunales internacionales. Por todas estas razones, los tribunales internacionales de derechos humanos son instituciones más bien limitadas.⁵²

6. EVALUANDO LOS LOGROS

Quizás el estándar de éxito más común de los tribunales internacionales es el grado de cumplimiento de las sentencias. Sobre todo cuando se trata de cambios sociales, parece evidente centrarse en la cuestión de si los Estados cumplen con estas. Es bien sabido que las estadísticas que reflejan el llamado “cumplimiento” no favorecen a la Corte IDH.⁵³

⁵² Sobre el problema de las contrarreacciones contra los tribunales de derechos humanos véase Soley, Ximena y Steinger, Silvia, “¿Parting Ways or Lashing Back? Withdrawals, Backlash and the Inter-American Court of Human Rights”, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), *Research Paper* núm. 2018-01, de 17 de enero de 2018.

⁵³ Para un análisis riguroso sobre el cumplimiento, Basch, Fernando *et al.*, “The Effectiveness of the Inter-American System of Human Rights Protection: A Quantitative Approach to its Functioning and Compliance with its Decisions”, *Sur. International Journal of Human Rights*, vol. 7, núm. 12,

Ahora bien, debemos mirar más allá del cumplimiento, pues este no debería ser el criterio decisivo para evaluar el funcionamiento de un tribunal internacional, sobre todo de una corte de derechos humanos que aborda problemas estructurales,⁵⁴ especialmente cuando su mandato es el de contribuir a un constitucionalismo transformador. La Corte IDH, al ejercer este mandato, suele ordenar reparaciones que son a menudo difíciles de acatar plenamente, como la persecución de individuos que forman parte de grupos sociales poderosos. Si la Corte aspirara a un cumplimiento total tendría que renunciar a su mandato, lo que carece de sentido. En el constitucionalismo transformador, el criterio de cumplimiento debería dar paso a otros criterios más amplios, como el impacto. Ello es válido para el proceso —y no solo el resultado— del cumplimiento y los numerosos actores involucrados en el mismo.⁵⁵

Si se pone énfasis en el impacto, emergen y se perfilan otros criterios.⁵⁶ Lo más sorprendente es el impacto a largo plazo. Hace

2010, p. 9; González-Salzberg, Damián A., “La implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: Un análisis de los vaivenes jurisprudenciales de la Corte Suprema de la Nación”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 8, núm. 15, 2011, p. 117. Para una vista más matizada sobre el cumplimiento véase Cavallaro, James L. y Erin Brewer, Stephanie, “Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court”, *American Journal of International Law*, núm. 102, 2008, pp. 768 y ss. Respecto a la Comisión, Dulitzky, Ariel, *Derechos humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano: modelos para des(armar)*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, pp. 299-304. Respecto a decisiones contra Colombia, Anzola, Sergio Iván, Sánchez, Beatriz Eugenia y Urueña, René, *Después del fallo: el cumplimiento de las decisiones de Derechos Humanos. Una propuesta de metodología*, Uniandes, Documentos Justicia Global 11, 2015, pp. 447 y ss.

⁵⁴ Cavallaro, James L. y Erin Brewer, Stephanie, *op. cit.*, p. 768 y ss.; Soley, Ximena, *op. cit.*, pp. 347-348; Howse, Robert L. y Teitel, Ruti, “Beyond Compliance. Rethinking Why International Law Really Matters”, *Global Policy Journal*, núm. 1, 2010, pp. 127 y ss.

⁵⁵ Respecto a decisiones contra Colombia, Anzola, Sergio Iván, Sánchez, Beatriz Eugenia y Urueña, René, *op. cit.*, pp. 447 y ss.; Engstrom, Par, “Reconceptualising the Impact of the Inter-American Human Rights System”, *Revista Direito & Práxis*, vol. 8, núm. 2, 2017, pp. 1250-1285.

⁵⁶ Parra Vera, Óscar, “The Impact of Inter-American Judgments by Institutional Empowerment”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *op. cit.*, p. 357. Véase

40 años, los derechos humanos contenidos en la Convención Americana eran cláusulas latentes, estándares que solo pocos actores tomaban en serio.⁵⁷ Gracias al trabajo del Sistema Interamericano, de la Corte IDH, de la CIDH, así como de las instituciones e individuos que constituyen su sistema social, a lo largo de estas cuatro décadas, los derechos humanos han pasado a ser operativos en ámbitos relevantes. Actualmente, numerosos discursos y conflictos políticos en la región son enmarcados y desarrollados en un lenguaje nuevo, el de los derechos humanos. Como juristas, sabemos que la forma, el lenguaje y las palabras importan y que desempeñan un papel preponderante.

A la pregunta de si América Latina es hoy un lugar mejor debido al impacto de la Convención Americana se podría contestar que la situación sigue siendo grave para muchas personas. No obstante, parece seguro adoptar la premisa de que muchas personas estarían peor sin el Sistema Interamericano y su impacto en las constituciones nacionales.

7. CRÍTICA

Si algo ha faltado en la semana de la celebración de los 40 años ha sido una crítica seria. En cierto modo, el silencio al respecto es comprensible, si se tiene en cuenta la percepción extendida de que el Sistema Interamericano es débil y está amenazado por fuerzas hostiles. Dado que estas celebraciones han demostrado la legitimidad de la que goza el Sistema, hay buenas razones para buscar la fuerza innovadora que proviene de la crítica.⁵⁸

también las contribuciones en Engstrom, Par (ed.), *The Inter-American Human Rights System: Impact Beyond Compliance*, Palgrave Macmillan, 2018.

⁵⁷ Véase la contribución a esta conferencia del 40 aniversario de la Corte IDH celebrada en Costa Rica, en julio de 2018, por parte de Rafael Nieto Navia, expresidente del Tribunal.

⁵⁸ Simmel, Georg, “Der Streit”, en *Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, Gesamtausgabe, Ed. Otto Rammstedt, 1992, pp. 284 y ss.; Hirschmann, Albert O., “Social Conflicts as Pillars of Democratic Market Society”, *Political Theory*, vol. 22, núm. 2, 1994, pp. 212 y ss.; Frankenberg, Günter, *Die Verfassung der Republik*, 1997, pp. 32 y ss., 133 y ss., 213 y ss.

A lo largo de estas líneas, me vienen a la mente varios temas para futuros seminarios. Se podría debatir si de verdad todo el *corpus iuris* latinoamericano es un logro. Esto es poco probable, a la luz de la complejidad de los asuntos que llegan a la Corte.⁵⁹ Una señal importante podría enviarse si la Corte IDH o la propia CIDH promovieran una reflexión sobre los puntos ciegos del derecho común interamericano en cuanto a las decisiones del Sistema que son percibidas como objetables. Un evento de este tipo podría generar una crítica constructiva que acabaría fortaleciendo el Sistema y su mandato transformador.

Otra iniciativa podría ocuparse de la tensión, o incluso la paradoja, que se notó regularmente durante las celebraciones. Muchos elogiaron la contribución de la Corte IDH para la garantía de los derechos humanos en la región, mientras que, al mismo tiempo, se lamentaron de la terrible situación de los derechos humanos. Por una parte, parece que se han hecho progresos y, por otra, que no se han producido cambios sustanciales. ¿Cómo se relacionan estas dos declaraciones entre sí?, ¿es suficiente declarar que la situación sigue siendo terrible porque no se respetan los derechos humanos?, ¿o tal vez hay causalidades más complejas detrás de todo el panorama?⁶⁰ Se trata, en última instancia, de reflexionar sobre la relación entre el constitucionalismo transformador del mandato interamericano y el tradicional formalismo jurídico de América Latina. El estudio de esta cuestión podría dar lugar a otra perspectiva crítica útil.

⁵⁹ Por ejemplo, se podría cuestionar la solidez doctrinal de la jurisprudencia sobre *ius cogens*. Para una visión general de los casos en los que el concepto de *ius cogens* ha sido abordado por la Corte IDH véase Contreras-Garduño, Diana y Alvarez-Río, Ignacio, “A Barren Effort? The Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights on Jus Cogens”, *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, núm. 14, 2016, pp. 113-132. Para una visión crítica de esta jurisprudencia véase Neuman, Gerald L. “Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 1, 2008, pp. 101-123.

⁶⁰ La investigación estadounidense probablemente encabeza esta investigación, véase Kennedy, David, *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, Princeton University Press, 2004; Moyn, Samuel, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, Harvard University Press, 2018. Siempre se deberían reflejar los antecedentes específicos estadounidenses de esta investigación.

Finalmente, podría valer la pena involucrar a aquellos que no creen que el Sistema Interamericano sea tan maravilloso. Hay quienes consideran que la Corte debería ser más formalista, y que su forma actual de razonar socava la racionalidad específica del derecho. Hay quienes opinan que los objetivos del Sistema Interamericano se alcanzan mejor a través de otros mecanismos que podrían verse frustrados por un enfoque basado en los derechos humanos. Otros creen que la agenda de los derechos humanos se interpone en el camino de un proyecto verdaderamente importante: avanzar hacia sociedades más justas mediante un crecimiento económico sólido. Por último, hay quienes creen que este proyecto transnacional, precisamente debido a ese carácter, se construye sobre arena, ya que solamente un poder estatal puede propiciar tal cambio.

El Sistema Interamericano, a pesar de toda la profundidad y amplitud que ha adquirido en los últimos 40 años, es solo una de las diversas fuerzas que compiten por dar forma al futuro de las Américas. Para continuar su camino exitoso, parece probable que el constitucionalismo transformador deba construir coaliciones más amplias. Ello también debe entenderse como parte del mandato del Sistema Interamericano, en su vocación de conectar el derecho constitucional aún más sólidamente a un derecho internacional que fortifique sus principios fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor, “From Massive Violations to Structural Patterns: New Approaches and Classic Tensions in the Inter-American Human Rights System”, *Sur. International Journal on Human Rights*, núm. 6.
- ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea, “Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”, *Estudios Constitucionales*, vol. 14, núm. 1, 2016.
- ANZOLA, Sergio Iván, SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia y URUEÑA, René, *Después del fallo: El cumplimiento de las decisiones de Derechos Humanos. Una propuesta de metodología*, Uniandes, Documentos Justicia Global 11, 2015.

- BASCH, Fernando *et al.*, “The Effectiveness of the Inter-American System of Human Rights Protection: A Quantitative Approach to its Functioning and Compliance with its Decisions”, *Sur. International Journal of Human Rights*, vol. 7, núm. 12, 2010.
- BERNAL, Carlos, “Prefacio Cambio Constitucional Informal: Una Introducción Crítica”, en ALBERT, Richard y BERNAL, Carlos (eds.), *Cambio constitucional informal*, Bogotá, Editorial Universidad Externado, 2016.
- BERNHARDT, Rudolf, “Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte”, en Breitenmoser, Stephan (ed.), *Human rights, democracy and the rule of law: Liber amicorum Luzius Wildhaber*, 2007.
- BOGDANDY, Armin von *et al.*, “*Ius Constitutionale Commune in Latin America: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism*”, en BOGDANDY, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 20173.
- BOGDANDY, Armin von y VENZKE, Ingo, *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- BONILLA, Daniel (ed.), *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- BREWER CARÍAS, Allan, *La consolidación de la tiranía judicial*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana International, 2017.
- CAVALLARO, James L. y ERIN BREWER, Stephanie, “Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court”, *American Journal of International Law*, núm. 102, 2008.
- CÉSPEDES-BÁEZ, Lina M. y PRIETO RIOS, Enrique, *Utopía u oportunidad fallida: análisis crítico del Acuerdo de Paz*, Rosario, 2017.
- CONTRERAS-GARDUÑO, Diana y ALVAREZ-RIO, Ignacio, “A Barren Effort? The Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights on Jus Cogens”, *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, núm. 14, 2016.

- DULITZKY, Ariel, *Derechos humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano: modelos para des(armar)*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.
- , “El impacto del control de convencionalidad. Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?”, en RIVERA, Julio César (ed.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Abeledo Perrot, 2014.
- ENGSTROM, Par (ed.), *The Inter-American Human Rights System: Impact Beyond Compliance*, Palgrave Macmillan, 2018.
- , “Reconceptualising the Impact of the Inter-American Human Rights System”, *Revista Direito & Práxis*, vol. 8, núm. 2, 2017.
- FARER, Tom J., “The Rise of the Inter-American Human Rights Regime: No Longer a Unicorn, Not Yet an Ox”, *Human Rights Quarterly*, vol. 19, núm. 3, 1997.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALADÉS, Diego (eds.), *Formación y perspectiva del Estado Mexicano*, México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010.
- FRANKENBERG, Günter, *Die Verfassung der Republik*, 1997.
- GARGARELLA, Roberto, “Constitucionalismo dialógico en democracias defectuosas”, Disertación en el Seminario García Pelayo, Madrid, CEPC, 27 de febrero de 2019.
- , “Sin lugar para la soberanía popular: democracia, derechos y castigo en el caso *Gelman*,” *Latin-American Seminar on Constitutional Theory and Policy*, Yale University, 2013, https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf.
- GÓNGORA MERA, Manuel, “Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales”, en BOGDANDY, Armin von et al. (eds.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, Río de Janeiro, Elsevier, 2017.

- , *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, IIDH, 2011.
- GONZÁLEZ-SALZBERG, Damián A., “La implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: un análisis de los vaivenes jurisprudenciales de la Corte Suprema de la Nación”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 8, núm. 15, 2011.
- HÄBERLE, Peter, “Mexiko.- Konturen eines Gemeinamerikanischen Verfassungsrechts – ein jus commune americanum”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, núm. 52, 2004.
- HÄBERLE, Peter y KOTZUR, Markus, *De la soberanía al derecho constitucional común*, México, UNAM, 2003.
- HAILBRONNER, Michaela, “Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 65, 2017.
- HENRÍQUEZ, Miriam y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (eds.), *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, Santiago, DER Ediciones, 2017.
- HIRSCHMANN, Albert O., “Social Conflicts as Pillars of Democratic Market Society”, *Political Theory*, vol. 22, núm. 2, 1994.
- HOWSE, Robert L. y TEITEL, Ruti, “Beyond Compliance. Rethinking Why International Law Really Matters”, *Global Policy Journal*, núm. 1, 2010.
- HUNEEUS, Alexandra, “Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts”, *Yale Journal of International Law*, núm. 40, 2015.
- , “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, vol. 44, núm. 3, 2011.
- HUNEEUS, Alexandra y URUEÑA, René, “Symposium on the Colombian Peace Talks and International Law”, *American Journal of International Law Unbound*, vol. 110, 2016.

- KENNEDY, David, *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, Princeton University Press, 2004.
- KLARE, Karl E., “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”, *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, 1998.
- LETSAS, George, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- MALARINO, Ezequiel, “Judicial activism punitivism and supranationalisation: illiberal and antidemocratic tendencies of the Inter-American Court of Human Rights”, *International Criminal Law Review*, vol. 12, 2012.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela, *Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune*, México, UNAM, 2014.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela y SAAVEDRA, Pablo, “Inter-Americanization. Its Legal Bases and Political Impact”, en Bogdandy Armin von et al. (eds.), BOGDANDY, Armin von et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- MOSLER, Hermann, “Schlußbericht über das Kolloquium”, en MAIER, Irene (ed.), *Europäischer Menschenrechtsschutz. Schranken und Wirkungen*, C.F. Müller, 1982.
- MOYN, Samuel, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, Harvard University Press, 2018.
- NEUMAN, Gerald L. “Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 1, 2008.
- PARRA VERA, Óscar, “The Impact of Inter-American Judgments by Institutional Empowerment”, en BOGDANDY, Armin von et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

- PAYANDEH, Mehrdad, “Fragmentation within International Human Rights Law”, en ANDENAS, Mads y BJORGE, Eirik (eds.), *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence of International Law*, CUP, 2015.
- PIOVESAN, Flávia, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Context, Challenges, and Perspectives”, en BOGDANDY, Armin von et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- RAGONE, Sabrina, “The Inter-American System of Human Rights: Essential Features”, en BOGDANDY, Armin von et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos, *Tres ideas constitucionales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2015.
- SCHÖNBERGER, Christoph, “Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 71, 2012.
- SFERRAZZA TAIBI, Pietro, “¿Amnistías democráticas? El Caso Gelman vs. Uruguay de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un caso práctico para una reflexión teórica”, en ALDA MEJÍAS, Sonia y ÁNGEL SANTANO, Silvia (eds.), *La seguridad, un concepto amplio y dinámico: V Jornadas de estudios de seguridad*, IUGM- UNED, 2013.
- SIMMEL, Georg, “Der Streit”, en *Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung, Gesamtausgabe*, Ed. Otto Rammstedt, 1992.
- SOLEY, Ximena, “The Transformative Dimension of Inter-American Jurisprudence”, en BOGDANDY, Armin von et al. (eds.),

Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune, Oxford, Oxford University Press, 2017.

SOLEY, Ximena y STEININGER, Silvia, “¿Parting Ways or Lashing Back? Withdrawals, Backlash and the Inter-American Court of Human Rights”, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2018-01, de 17 de enero de 2018.

UPRIMNY, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina”, en RODRÍGUEZ GARAVITO, César (ed.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.

VAUCHEZ, Antoine, “Keeping the dream alive: the European Court of Justice and the transnational fabric of integrationist jurisprudence”, *European Political Science Review*, vol. 4, 2012.

YANG, Nele, *Die Leitentscheidung*, Springer, 2018.

Interamericanización. Fundamentos e impactos*

Mariela Morales Antoniazzi**

El argumento central sostenido en este trabajo consiste en afirmar que la interacción entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y los tribunales (entre otros órganos del poder público) engendra el proceso de interamericanización en derechos humanos de los órdenes nacionales. Subrayo que representa un mecanismo original para pavimentar la interacción y avanzar hacia la consolidación de un acervo común de estándares que salvaguardan los derechos, la democracia y el Estado de derecho, reforzando el paradigma del constitucionalismo

* Parte de este trabajo ha sido publicado en una versión titulada “Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina”, en Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Querétaro, 2017.

** Investigadora *senior* del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público en Heidelberg, Alemania. Abogada por la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela. Máster en Derecho por la Universidad de Heidelberg y doctora en Derecho por la Universidad Goethe de Fráncfort del Meno. Profesora visitante en diversas universidades latinoamericanas y europeas. Vicepresidenta de la sección alemana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Coordina el proyecto “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina” (ICCAL).

transformador. El tema de la efectividad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha provocado y continúa generando un intenso debate, incluida la discusión académica. Un tema recurrente se centra precisamente en el cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Pero la propuesta es cambiar el paradigma y revisar el proceso más allá del estricto cumplimiento de las órdenes en clave de la legitimidad del SIDH y bajo la noción de impacto, más amplia y comprensiva de los efectos directos e indirectos que son transformadores en materia de políticas públicas, instituciones nacionales de derechos humanos, organizaciones no gubernamentales (ONG) y movimientos de derechos humanos, entre los otros múltiples actores del SIDH.

En este estudio me limito a la jurisprudencia de la Corte IDH y destaco que se vincula a cambios estructurales que deben implementarse en los Estados y en consecuencia impactan en la voluntad política de modo evidente. Algunas voces críticas califican como intromisión antidemocrática y antiliberal por parte de la Corte IDH, las reparaciones ordenadas en sus sentencias que interfieren en las funciones expresivas de la soberanía estatal (judicial, legislativa y ejecutiva).¹ El enfoque expuesto es diametralmente opuesto: en los contextos latinoamericanos, el Tribunal de San José mediante la adopción de las reparaciones *in integrum* y las garantías de no repetición, logra un efecto preventivo y emblemático en el sentido de aprovechar el fragmento de casos que efectivamente llega a la Corte para que la sentencia impacte más allá del

¹ Malarino, Ezequiel, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Elsner, Gisela, Ambos, Kai y Malarino, Ezequiel (coords.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Berlín-Montevideo, KAS, 2010, pp. 25 y ss. Algunas voces críticas al análisis: Pou Giménez, Francisca y Alterio, Ana Micaela, “Transformative Constitutionalism in Latin America: the Emergence of a New *Ius Commune*”, *VRÜ Verfassung und Recht in Übersee*, vol. 51, núm. 1, 2018, pp. 115-120; Werneck Arguelhes, Diego, “Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New *Ius Commune*”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 17, núm. 1, 2019, pp. 368-374.

caso concreto.² El predominio de una actitud a favor del cumplimiento de los estándares fijados por el Tribunal de San José y las convergencias con los órganos jurisdiccionales nacionales³ sirven de aval para analizar la tutela del orden público y el *ius commune* que ha construido la Corte IDH, junto con la CIDH. El trabajo se estructura en la presentación de un caso concreto a partir del cual se identifica el acervo común, como es el caso *Poblete Vilches* en clave de interamericanización, luego se insiste en los fundamentos constitucionales y convencionales de la interamericanización, se focaliza la interamericanización del discurso académico y se esboza una breve conclusión.

I. INTRODUCCIÓN: UN EJEMPLO DE INTERAMERICANIZACIÓN

En el marco de la celebración, en 2019, de los 60 años de la CIDH y a más de 40 años de la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) por parte de la Corte Interamericana, parece ilustrativo tomar un caso como punto de partida con el objeto de analizar la interamericanización que se genera con el cumplimiento e impacto de los estándares del Sistema Interamericano a nivel de los Estados parte, en particular en América Latina. La Corte IDH inició una nueva línea jurisprudencial marcada por *Lagos del Campo vs. Perú*,⁴ *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*,⁵ *San Miguel Sosa y*

² Beristain, Carlos Martín, *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos*, t. II, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, p. 463.

³ Góngora Mera, Manuel, “Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales”, en Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flávia y Morales Antoniazzi, Mariela, *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, Río de Janeiro, Elsevier, 2013, pp. 312 y ss.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340.

⁵ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 158.

otras vs. Venezuela,⁶ *Poblete Vilches y otros vs. Chile*,⁷ *Cuscul Pivara y otros vs. Guatemala*⁸ y *Muelle Flores vs. Perú*.⁹ En el caso *Poblete Vilches*, la Corte IDH se pronunció por primera vez respecto a la justiciabilidad del derecho a la salud de manera autónoma, como parte integrante de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), en interpretación del artículo 26 de la Convención Americana, así como respecto de los derechos de las personas adultas mayores.

La Corte IDH “declaró por unanimidad la responsabilidad internacional del Estado chileno por no garantizar al señor Vinicio Antonio Poblete Vilches su derecho a la salud sin discriminación, mediante servicios necesarios básicos y urgentes en atención a su situación especial de vulnerabilidad como persona adulta mayor, lo cual derivó en su muerte” (arts. 26, 1.1 y 4 de la CADH), “así como por los sufrimientos derivados de la desatención del paciente” (art. 5 CADH). Igualmente, la Corte declaró que el Estado vulneró el derecho a obtener el consentimiento informado por sustitución y al acceso a la información en materia de salud, en perjuicio del señor Poblete y de sus familiares (arts. 26, 13, 7 y 11, en relación con el art. 1.1 de la Convención), así como el derecho al acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la misma) e integridad personal, en perjuicio de los familiares del señor Poblete (art. 5 de la misma).¹⁰

En el caso *Poblete Vilches*, recurriendo al acervo común (global, regional y nacional), la Corte IDH considera que de la consolidación del derecho a la salud se derivan diversos estándares, relativos a prestaciones básicas y específicas de salud, particu-

⁶ Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C, núm. 348.

⁷ Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349.

⁸ Corte IDH. *Caso Cuscul Pivara y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359.

⁹ Corte IDH. *Caso Muelle Flores vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C, núm. 375.

¹⁰ Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, cit.

larmente frente a situaciones de urgencia o emergencia médica. Por una parte, la Corte hace alusión a “un amplio consenso regional en la consolidación del derecho a la salud, el cual se encuentra reconocido explícitamente en diversas constituciones y leyes internas de los Estados de la región, entre ellas: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela”.¹¹ Asimismo, la Corte IDH hace uso del *corpus iuris* internacional sobre el derecho a la salud, que abarca instrumentos internacionales,¹² comparados¹³ y los del propio Sistema Interamericano,¹⁴ pero también subraya los pronunciamientos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) de la Organización de las Naciones Unidas sobre los deberes de los Estados en materia de salud¹⁵ y menciona el análi-

¹¹ Entre las normas constitucionales de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se encuentran: Argentina (art. 42); Barbados (art. 17.2 A); Bolivia (art. 35); Brasil (art. 196); Colombia (art. 49); Costa Rica (art. 46); Ecuador (art. 32); El Salvador (art. 65); Guatemala (arts. 93 y 94); Haití (art. 19); Honduras (art. 145); México (art. 4); Nicaragua (art. 59); Panamá (art. 109); Paraguay (art. 68); Perú (art. 70); República Dominicana (art. 61); Surinam (art. 36); Uruguay (art. 44), y Venezuela (art. 83).

¹² Art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 5 apdo. e) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 28 de la Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, art. 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

¹³ Art. 11 de la Carta Social Europea de 1961, en su forma revisada y art. 16 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

¹⁴ Art. 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 19 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

¹⁵ Principalmente la Observación general 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, junto con las observaciones generales 3, 4, 5, 6, 15, 16, 18, 19 y 20.

sis del derecho a la salud abordado por el Grupo de Trabajo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para el examen de los Informes Anuales sobre “Indicadores de Progreso”.

Por otra parte, la Corte IDH dialoga con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) tomando como referente casos relativos a la protección de los derechos de las personas mayores, como el caso *Sawoniuk vs. Reino Unido*, el caso *Farbtuhs vs. Letonia* y el caso *Dodov vs. Bulgaria*.¹⁶

En esta línea, puede constatarse que la Corte IDH adopta una postura dialógica amplia y reitera el denominado “diálogo coevolutivo” al que se refiere Manuel Góngora Mera.¹⁷ La Corte IDH pone de relieve la jurisprudencia regional sobre el derecho a la salud de las personas mayores, por ejemplo en las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en su Sala Constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.¹⁸

¹⁶ Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). *Sawoniuk vs. Reino Unido*, sentencia de 20 de mayo de 2001 (Req. núm. 63716/00); *Farbtuhs vs. Letonia*, sentencia de 2 de diciembre de 2004 (Req.núm. 4672/02), y *Dodov vs. Bulgaria*, sentencia de 17 de enero de 2008, (Req. núm. 59548/00), párrs. 80 y 81.

¹⁷ Góngora Mera, Manuel, “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en Bogdandy, Armin von, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, t. II, México, UNAM, 2010, p. 414.

¹⁸ A manera de ejemplo: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-149 de 1 de marzo de 2002: “La escasez de recursos ni es un argumento constitucionalmente admisible para negar la atención básica en salud a personas en situación de debilidad manifiesta como los adultos mayores [...]. Existe un deber de protección especial del adulto mayor” [...]; Sentencia T-056 de 12 de febrero de 2015: “En relación con el derecho a la salud de las personas que hacen parte del grupo de los sujetos de especial protección constitucional es preciso considerar que a partir de normas constitucionales se impone mayor celo en el cumplimiento de los deberes de protección y garantía por parte de las autoridades y de los particulares en la atención de las enfermedades o alteraciones de salud que padezcan. Dentro de

A nivel europeo, esta convergencia entre ordenamientos jurídicos ha sido descrita bajo el prisma de la europeización. Como advierte Armin von Bogdandy, pueden identificarse impactos de la interacción de todos los jueces comprendidos en el espacio jurídico europeo en torno a la relevancia sistémica que ha adquirido. De parte de los Estados, exige un profundo conocimiento mutuo, en particular de las modalidades de adopción de las sentencias y “parece normal que las sentencias dictadas en un

tales destinatarios se encuentran [...] las personas de la tercera edad [...] [d]ado que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud y las entidades prestadoras de salud están obligadas a prestarles la atención médica que requieran [...]. En efecto, la protección reforzada se materializa con la garantía de una prestación continua, permanente y eficiente de los servicios de salud que el usuario requiera, lo cual implica, de ser necesario el suministro de medicamentos, insumos o prestación de servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud”. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Constitucional. Exp. 15-016089-0007-CO. Res. 2015017512. Sentencia de 6 de noviembre de 2015; Exp. 15-001311-0007-CO. Res. 2015002392. Sentencia de 20 de febrero de 2015, y Exp. 15-015890-0007-CO. Res. 2015018610. Sentencia de 27 de noviembre de 2015.

Véase *Mutatis mutandi*, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-716/17. En esta, al resolver una tutela sobre el mínimo vital de un adulto mayor que fue retirado del programa de asistencia ‘Colombia Mayor’, la Corte Constitucional ordenó verificar las condiciones reales de vulnerabilidad para determinar la afectación de la medida. Asimismo, en casos análogos se destacan: Sentencia T-010/17; Sentencia T-025/16, y Sentencia T-348/09, en las cuales la Corte hizo énfasis en que “por la disminución de sus capacidades físicas, la reducción de las expectativas de vida y la mayor afectación en sus condiciones de salud, [los adultos mayores] constituyen uno de los grupos de especial protección constitucional”.

Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Fallos: 329:1638. Sentencia de 16 de mayo de 2006.

Por su parte, en México, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en la sentencia de amparo directo en revisión 1399/2013, determinó que “[las personas mayores] debido a [su] vulnerabilidad merecen una especial protección, lo cual incluso se ve robustecido por el hecho de que los instrumentos internacionales y los regímenes jurídicos modernos han venido marcando una línea [para su] protección, con el objeto de procurarles mejores condiciones en el entramado social, lo que pretende lograrse garantizándoles el derecho a: [...] iii) [la] no discriminación tratándose de empleo, acceso a vivienda, cuidado de la salud y servicios sociales; iv) servicios de salud” [...]. Véase SCJN, Tesis 1ª. CXXXIV/2016, Décima Época, lib. 29, t. II, abril de 2016.

Estado miembro influyan en la actividad judicial de otro Estado miembro”, incluso sin cita expresa. De parte de los tribunales europeos, es decir, del TEDH y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), “las sentencias de los jueces nacionales facilitan la evaluación del denominado consenso europeo, un instrumento argumentativo importante —aunque no sin perfiles críticos— para el TEDH, el cual frecuentemente se vale de él para justificar el ajuste o la actualización del derecho contenido en la Convención” o cuando el TJUE “habla del método de la denominada valoración comparativa”.¹⁹

A nivel latinoamericano, la interacción entre la Corte Interamericana y los tribunales nacionales juega un papel fundamental para configurar un “constitucionalismo transformador”²⁰ y generar la “interamericanización” de los órdenes nacionales. Este proceso se enmarca dentro de la reconfiguración de la relación entre el derecho internacional y nacional, así como de la protección multinivel de los derechos humanos.²¹ Los ordenamientos jurídicos nacionales muestran una transformación, en tanto se adoptan gradualmente los estándares interamericanos por parte de los Estados que han reconocido la competencia de la Corte IDH y que los aplican en su derecho público nacional. Asimismo, el reconocimiento expreso de la justicia nacional hacia el control de convencionalidad en los términos expuestos por la propia

¹⁹ Bogdandy, Armin von, “Sobre la transformación del derecho constitucional en el derecho público europeo. El ejemplo de la red institucionalizada de tribunales constitucionales”, en Ugartemendia Eceizabarrena, Juan Ignacio; Saiz Arnaiz, Alejandro y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *La jurisdicción constitucional en la tutela de los derechos fundamentales de la UE*, Oñate, Instituto Vasco de Administración Pública, 2017, pp. 39-56.

²⁰ Bogdandy, Armin von *et al.*, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

²¹ Acosta Alvarado, Paola Andrea, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, y Acosta Alvarado Paola Andrea, “Red judicial interamericana y constitucionalización multinivel”, disponible en http://www.academia.edu/4008891/Red_judicial_Interamericana_y_constitucionalizaci%C3%B3n_multinivel, 15 de julio de 2016.

Corte IDH permite dar un paso más en la construcción del *ius constitutionale commune* en América Latina,²² si bien se observan opiniones críticas.²³

El proceso de ajuste a la CADH amplía el fenómeno de la interamericanización al facilitar la expansión de los estándares de la Corte IDH en los respectivos órdenes domésticos. Comprende el alcance de los derechos fijados por el órgano jurisdiccional, estableciendo estándares normativos así como las restricciones permitidas en una sociedad democrática, precisando las obliga-

²² Una retrospectiva de la gestación del enfoque se encuentra en las publicaciones Bogdandy, Armin von; Landa, César y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *¿Integración suramericana a través del derecho?: un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, CEPC, 2009; Bogdandy, Armin von; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, t. I y II, México, MPIL-UNAM, 2010; Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flávia y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *Igualdad y orientación sexual: el caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012; Piovesan, Flávia; Bogdandy, Armin von y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *Estudios avanzados de derechos humanos...*, cit.; Bogdandy, Armin von; Fix-Fierro, Héctor y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-MPIL-UNAM, 2014; Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (eds.), *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, México, Porrúa, 2013; Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (eds.), *Construcción de un ius constitutionale commune en América Latina: contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Puebla, BUAP-UNAM-CIDH-MPIL, 2016; Bogdandy, Armin von et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017; Bogdandy, Armin von et al., *El Constitucionalismo Transformador en América Latina y el Derecho Económico Internacional. De la tensión al diálogo*, México, IJ-UNAM-MPIL, 2018; Bogdandy, Armin von; Casal, Jesús María; Morales Antoniazzi, Mariela y Correa Henao, Magdalena, *La jurisdicción constitucional en América Latina: un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*, vol. 1, Bogotá, MPIL-U. Externado, 2019.

²³ Domingo García Belaunde sostiene que pensar en un *ius constitutionale commune* “no pasa de ser una ilusión y en todo caso un desiderátum”. Véase García Belaunde, Domingo, “El control de convencionalidad y sus problemas”, *Pensamiento Constitucional* 20, Lima, 2015, p. 146.

ciones positivas de los Estados, utilizando los estándares internacionales y comparados. Uno de los aportes esenciales y a la vez uno de los desafíos permanentes de la Corte Interamericana se centra, precisamente, en la capacidad de guiar la actuación de los Estados democráticos y la jurisprudencia de los tribunales nacionales.²⁴ Este proceso no es lineal, ya que se constata una permeabilidad policéntrica (proveniente de distintas fuentes) y a múltiples velocidades (unos países avanzan más rápidamente que otros). Respecto al policentrismo, valga citar la opinión de Manuel Góngora Mera cuando alude a los diálogos policéntricos en el contexto interamericano, entendiendo por tales las “interacciones entre diferentes cortes del sistema sobre el alcance o contenido de derechos y obligaciones, que generan una adopción policéntrica de estándares normativos. A través de estos diálogos se diseminan estándares normativos entre distintos niveles o de un sistema jurídico nacional a otro, sin que haya necesariamente una resolución de la Corte Interamericana contra el país o los países respectivos que acogen el estándar”. Según sostiene, a mayor apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos, mayor recepción de estándares globales y regionales.²⁵

II. FUNDAMENTOS DEL PROCESO DE INTERAMERICANIZACIÓN

El proceso de interamericanización se caracteriza por tres elementos clave que pueden categorizarse como factores facilitadores de la interacción, a saber, sus fundamentos constitucionales, sus bases convencionales y el discurso académico-público que acuña,

²⁴ Burgorgue-Larsen, Laurence, “Chronicle of a fashionable theory in Latin America. Decoding the doctrinal discourse on conventionality control”, en Yves, Haec; Ruiz-Chiriboga, Oswaldo y Burbano-Herrera, Clara (eds.), *35 Years of Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, Cambridge, Intersentia, 2015.

²⁵ Góngora Mera, Manuel, “Judicializando las desigualdades raciales en América Latina: un diálogo interamericano, Diálogo sobre diálogos jurisdiccionales”, en *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*, Bogdandy, Armin von; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), México (en prensa).

posiciona y desarrolla el concepto del *ius constitutionale commune* en América Latina, especialmente en los derechos humanos.

1. Fundamentos constitucionales de la interamericanización

En cuanto a la base constitucional propongo dividir la evolución en tres diferentes “olas” de procesos de reformas constitucionales que han marcado una apertura hacia la interamericanización. Las constituciones de la primera ola, entre 1988 y 1998, regulan enunciados relativos a la prevalencia de los derechos humanos (Constitución de Brasil de 1988) y otorgan rango constitucional a los tratados de derechos humanos. Incluyen igualmente cláusulas de interpretación conforme al derecho internacional de los derechos humanos (p. ej., Colombia 1991,²⁶ Perú 1993,²⁷ Argentina 1994²⁸). Estas reformas constitucionales también fueron acompañadas por decisiones importantes de los tribunales nacionales, todo en consonancia con el auge de la doctrina del bloque de constitucionalidad.²⁹

²⁶ El art. 93.1 dispone que “los tratados y convenciones internacionales ratificados por el Congreso prevalecen en el orden interno” y, también establece que todos los derechos fundamentales constitucionales deben ser interpretados a la luz de los tratados internacionales ratificados por Colombia, según el art. 93.2. Esta norma ha dado lugar a la distinción entre bloque de constitucionalidad *strictu* y *lato sensu*. Pero otras normas son también definitorias del alcance de la regulación del Estado abierto en Colombia.

²⁷ La cuarta disposición final y transitoria se perfila por la cláusula de interpretación conforme, de inspiración española y portuguesa, que dispone: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

²⁸ El art. 75 nr. 22 de la Constitución de Argentina de 1994 enumera una serie de tratados a los que asigna rango constitucional y deja “abierta” la posibilidad de extender este rango a otros instrumentos siguiendo un procedimiento específico.

²⁹ Por ejemplo, la decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, de 9 de mayo de 1995, núm. 2312-95, Acción Inconstitucional, especialmente parte VII. Sentencia C-225-95 MP: Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada en sentencia C-578-95 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia C-358-97.

Ahora bien, la interamericanización es un proceso que cuenta con fundamento constitucional no solo por las disposiciones *in concreto* de la “cláusula de primacía” y/o de la “cláusula de interpretación conforme”. Efectivamente, los órdenes constitucionales establecen, como la Ley Fundamental de Colombia, por ejemplo, que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna (art. 53.4), y el inciso 2 del artículo 214 preceptúa que en los estados de excepción no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales y que, en todo caso, se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.³⁰ El artículo 44 también es calificado como cláusula de apertura o de reenvío, por cuanto estipula que los niños gozarán igualmente de los derechos consagrados en los tratados internacionales ratificados por Colombia.³¹

Otro caso ilustrativo de la dimensión de la apertura lo ofrece la Constitución de Paraguay de 1992. Luego de su larga dictadura militar, es un texto imbricado en el propósito de establecer un régimen democrático y fortalecer los derechos humanos, lo que se refleja en un conjunto de disposiciones de singular impacto. Así, la dignidad humana se reconoce en el Preámbulo para asegurar los derechos y sirve de fundamento a la democracia representativa, participativa y pluralista que adopta como sistema de gobierno (art. 1). Asimismo, cualifica los tratados de derechos humanos al no poder ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda constitucional (art. 142) y la protección internacional de los derechos humanos es uno de los principios que orienta las relaciones internacionales (art. 143). En este orden de ideas, este texto constitucional asigna al respeto de los derechos humanos y de los principios democráticos un papel preponderante como fines del derecho a la educación (art. 73).

³⁰ Botero destaca la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre el concepto doble del bloque desde la sentencia C-358/97 y consolidada desde la decisión C-191/98. Véase Botero, Catalina, *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2006, pp. 18 y ss.

³¹ Reina García, Óscar M., “Las cláusulas de apertura o reenvío hacia las fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque de constitucionalidad”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 29, 2012, pp. 192 y ss.

En el caso argentino se interpreta que, por voluntad del poder constituyente, debe procurarse la concordancia entre los tratados y la Constitución, de modo tal que la esfera de protección internacional complementa la constitucional.³² No obstante, en 2017 se dictó una sentencia que adopta una interpretación restrictiva del artículo 75.22 de la Constitución de Argentina.³³ La doctrina ya ha aportado voces a favor y en contra de esta última decisión, que modificó la trayectoria de apertura de la Corte Suprema de Argentina.³⁴

Una segunda ola de nuevas constituciones tiene implicaciones en la expansión de las cláusulas (Venezuela 1999,³⁵ Ecuador 2008,³⁶ Bolivia 2009³⁷). Estas constituciones tomaron nota del progreso de la primera oleada y extendieron algunas fórmulas,

³² Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJNA), *Caso Monges, Analía M. vs. Universidad de Buenos Aires*, sentencia de fecha 26 de diciembre de 1996, cdos. 20-22. Gordillo, Agustín, “Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia”, 1997-F LA LEY, p. 1318.

³³ Una nueva interpretación de esta norma se encuentra en el reciente caso de 2017 CSJ 368/1998 (34-M)/CSJ Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina* por la Corte IDH.

³⁴ La Ley, Año LXXXI, núm. 39, Buenos Aires, Argentina, 23 de febrero de 2017.

³⁵ Art. 23: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

³⁶ En el art. 11.3 se estipula que “los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”. Por otra parte, contempla una variedad de fórmulas en los arts. 417 y 424.

³⁷ El art. 13.IV. determina que “los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”. También el art. 256 I. y II. se refiere a la apertura en derechos humanos.

como el rango constitucional de todos los “instrumentos” internacionales de derechos humanos, y no se limitaron a los tratados. En la doctrina se ha argumentado que la Constitución ecuatoriana, que adopta como modelo un “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, introdujo como innovación utilizar en distintas normas el término “instrumentos” en lugar de aludir a convenios y tratados, a fin de incluir tanto el *hard law* como el *soft law*.³⁸ Una manifestación de la amplitud de la apertura se concretiza también en la regulación expresa de que los derechos fundamentales constitucionales sean interpretados a la luz del *corpus iuris* en la materia, lo que hace presumir válidamente que “el grado de adhesión al estándar establecido en el nivel internacional será importante”.³⁹ También el relieve que las constituciones de esta segunda oleada reconocen a la multiculturalidad es un rasgo característico de la apertura. Incluso se argumenta en la doctrina que hay un paradigma constitucional de protección a la diversidad, todo ello en relación directa con los estándares de la Corte IDH sobre los derechos de los pueblos indígenas.⁴⁰

Recientemente se inició una tercera ola de cambios constitucionales, por ejemplo en México (2011),⁴¹ que incluye el otor-

³⁸ Caicedo Tapia, Danilo Alberto, “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos humanos más allá de la Constitución”, en Escobar García, Claudia. (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, pp. 504 y 521.

³⁹ Burgorgue-Larsen, Laurence, “Los estándares: ¿normas impuestas o consentidas?”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Oñate, Instituto Vasco de Administración Pública, 2012, pp. 375-411.

⁴⁰ Yrigoyen Fajardo, Raquel, “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en Rodríguez Garavito, César (ed.), *El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, pp. 139 y ss.; Russo, Anna Margherita, “El ‘derecho transconstitucional de la diversidad’. La ‘especialidad indígena’ en el desarrollo interamericano del derecho de propiedad”, *Inter-American & European Human Rights Journal*, vol. 9, 2016, pp. 94 y ss.

⁴¹ Art. 1: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni sus-

gamiento del rango constitucional a los tratados de derechos humanos. La reforma ha significado un gran avance, aunque queden todavía regulaciones críticas.⁴² Una premisa es cierta: ha sido un proceso de reforma apalancado por una relación dinámica entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Corte IDH. Es importante destacar que en México se ha producido una transformación de la justicia a partir de una construcción dialógica con la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH, muy especialmente a partir del caso *Rosendo Radilla vs. México*, mediante el pronunciamiento del Pleno de la Suprema Corte en el sentido de que todos los jueces deben ejercer el control de convencionalidad.⁴³

Un refuerzo de la apertura se constata en la estipulación de la prohibición de “toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas” (art. 1, párr. 5); así como en destacar que la “Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas” (art.

penderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley [...]”.

⁴² Por ejemplo, en relación con el art. 29 de la Constitución mexicana. Véase Salazar Ugarte, Pedro, “Del estado de excepción a la suspensión constitucionalizada. Reflexiones sobre la reforma al artículo 29 de la Constitución mexicana”, en Carbonell Sánchez, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, pp. 257-291.

⁴³ Véase Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209, párr. 339.

2); igualmente mediante la prohibición de suscribir “convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte” (art. 15).⁴⁴

El proceso de interamericanización trae consigo una ampliación de la protección que se deriva de la incorporación de la fuente normativa de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales, creando con ello un bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos.⁴⁵ Facilita la interpretación bajo la premisa del principio pro persona⁴⁶ y tiene como eje la reparación de los daños causados a las víctimas. En mi criterio, el caso mexicano muestra una tendencia que permite la inclusión en los sistemas, que dialoga con otros regímenes jurídicos⁴⁷ y que se rige por el paradigma del pluralismo y no por la jerarquía normativa. No es un proceso lineal, sino más bien con sus oscilaciones.

Al margen de las diferentes olas, en América Latina se observa que hay una cláusula más generalizada y que denota la convergencia y simetría en el espectro normativo constitucional que es la cláusula de los derechos innominados. La convergencia material en esta apertura se manifiesta en incorporar, en términos similares, que la declaración o enunciación de los derechos contenida en la Constitución no debe ser entendida como la negación

⁴⁴ No se analiza en este trabajo el debate acerca del alcance del art. 133 de la Constitución mexicana.

⁴⁵ Más detalles en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El Nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell Sánchez, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *op. cit.*, p. 365.

⁴⁶ Véase Cruz Parceros, Juan Antonio, “El control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Hacia un método de trabajo”, en Carbonell Sánchez, Miguel *et al.*, *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, t. V, vol. 1, México, IJ-UNAM, 2015, p. 464.

⁴⁷ Rivera León, Mauro Arturo, “Conversando sobre derechos: ¿una nueva actitud dialógica de la Suprema Corte?”, en Bogdandy Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Construcción de un ius constitutionale commune en América Latina: Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Puebla, BUAP-UNAM-Corte IDH-MPIL, 2016, pp. 485-501.

de otros no enumerados en el texto constitucional, que sean inherentes a la “persona humana” o “a la dignidad humana”.⁴⁸ Esta cláusula ha sido fuente de la permeabilidad constitucional desde hace más de dos décadas.⁴⁹

Como afirma Eduardo Ferrer Mac-Gregor, un elemento común al recibir el influjo del derecho internacional mediante las diversas cláusulas constitucionales es que las normas convencionales adquieren carácter constitucional.⁵⁰ La ubicación de los tratados de derechos humanos en la supremacía constitucional produce efectos a nivel nacional. Dicho rango les otorga rigidez, en la medida en que una reforma constitucional solo podrá modificar un tratado en materia de derechos humanos cuando implique una mayor protección y garantía de tales derechos, estando vedado desmejorar su situación jurídica, como opina Humberto Nogueira.⁵¹

La consecuencia jurídica del rango constitucional y, por tanto, que dichos tratados integren el conocido bloque de constitucionalidad, es que permean a todo el derecho interno y a todos los poderes públicos, los cuales deben sujetarse a ellos en igual medida que a la propia Constitución. Se aduce que una de las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos es su incorporación *in totum*, es decir, implica todas sus normas y todo su contenido, incluidos los órganos de protección internacional previstos en dichos tratados. Por esta razón se rechaza que pueda exigirse un *exequátur* de constitucionalidad.⁵²

⁴⁸ Constituciones de Argentina (art. 33); Bolivia (art. 13.II); Brasil (art. 5, § 2); Colombia (art. 94); Ecuador (art. 11.7); Paraguay (art. 45); Perú (art. 3); Uruguay (art. 72), y Venezuela (art. 22).

⁴⁹ A título de ejemplo véase la Decisión de la Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, en el *leading case Mariela Morales vs. Ministerio de Justicia*, de 3 de diciembre de 1990.

⁵⁰ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 131, 2011, p. 931.

⁵¹ Noriega Alcalá, Humberto, “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno”, *Revista Ius et Praxi*, vol. 2, núm. 2, 1997, p. 27.

⁵² Carlos Ayala Corao mantiene una postura crítica frente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela que desconoce las senten-

La incorporación de este acervo hace surgir obligaciones para los Estados. En tal sentido, la Constitución de Chile, por ejemplo, en su artículo 6 obliga a todos los órganos del Estado a adecuar su comportamiento a las normas constitucionales, dentro de las cuales se encuentra no solo el catálogo de derechos constitucionales, sino también las normas internacionales en materia de derechos humanos a partir de la cláusula que permite atribuir rango constitucional a los tratados de derechos humanos (art. 5.2) en concordancia con el artículo 1.1 y 1.4. Afirma Claudio Nash que este es el fundamento de la obligatoriedad de las normas internacionales.⁵³

Respecto a las cláusulas de interpretación, Néstor Sagüés afirma que en tales hipótesis, “hay una ‘transferencia de responsabilidades interpretativas’ de sumo interés: el constituyente nacional se somete al documento y al órgano jurisdiccional inter o supranacional, según como se lo quiera ver” y encuentra que la “legitimidad de dispositivos de aquella índole se explica, principalmente, por la necesidad de construir un *ius constitutionale commune* en materia de derechos humanos y de derecho comunitario. El intérprete inter o supra nacional, además, puede gozar (aunque no siempre) de una cierta presunción de mayor calidad y objetividad que el intérprete nacional, de vez en cuando más comprometido con intereses sectoriales domésticos”.⁵⁴ José Luis Caballero, partiendo del supuesto del Estado constitucional como receptor de la norma internacional, opina que la adopción de la cláusula pro persona, que sirve a título de referencia reguladora de la conformidad del derecho interno con los tratados sobre derechos humanos, debe utilizarse “como el criterio inter-

cias del órgano interamericano, lo cual representa no solo una violación de la CADH sino también de la Constitución venezolana de 1999. Ayala Corao, Carlos, “La doctrina de la ‘inejecución’ de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)”, en Bogdandy Armin von; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, t. II, México, IJ-UNAM, 2010, p. 106.

⁵³ Nash Rojas, Claudio, *Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, Santiago, Universidad de Chile-Facultad de Derecho-Centro de Derechos Humanos, 2012, p. 33.

⁵⁴ Sagüés, Néstor Pedro, “El poder constituyente como intérprete de la Constitución”, *Pensamiento Constitucional*, XVI/16, Lima, 2012, pp. 191 y ss.

pretativo para discernir la aplicación de uno u otro espacio normativo, máxime en el caso de antinomias y siguiendo criterios de proporcionalidad”.⁵⁵

En líneas generales, como lo reseña José María Serna, los polos para pronunciarse a favor o no de la recepción en el orden interno de los estándares de los otros sistemas normativos de derechos humanos, se están perfilando con las posturas internacionalistas (favorables) y las nacionalistas (resistentes a tal recepción).⁵⁶ Como indica Jorge Carpizo, el reconocimiento de la supremacía del derecho internacional, en especial del convencional, respecto al derecho interno, se dibuja como una tendencia del constitucionalismo latinoamericano contemporáneo.⁵⁷ La tendencia hacia el proceso de interamericanización y la configuración progresiva del *ius constitutionale commune* cuenta con disposiciones constitucionales explícitas. Evidentemente hay oscilaciones,⁵⁸ pero en la actualidad se comprueba una excepción que confirma la regla de la construcción del *ius commune*, que es el caso de Venezuela, que denunció la CADH, la Carta de la OEA y de manera sistémica rechaza los estándares del Sistema Interamericano.⁵⁹

2. Bases convencionales de la interamericanización

A nivel convencional, se observa una tendencia hacia la consolidación progresiva de un constitucionalismo regional orientado a la salvaguarda de los derechos humanos sobre la base de la

⁵⁵ Caballero Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, México, Porrúa, 2009, p. 62.

⁵⁶ Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2012, pp. 243 y ss.

⁵⁷ Carpizo, Jorge, “Derecho constitucional latinoamericano y comparado”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 114, 2005, p. 980.

⁵⁸ Por ejemplo, las tensiones con la Corte Suprema de Justicia de Uruguay sobre el cumplimiento del caso *Gelman*, o el Tribunal Constitucional de República Dominicana en el caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas.

⁵⁹ Véase, por ejemplo, la solicitud de aplicación de la Carta Democrática Interamericana formulada por el secretario general de la OEA en 2016, <http://www.oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf>.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), la CADH como “Constitución” latinoamericana y otros instrumentos interamericanos, así como la jurisprudencia de la Corte IDH que ha configurado el *corpus iuris* interamericano. Puede afirmarse que los 20 Estados que están vinculados a la jurisdicción de la Corte IDH están obligados por un *ius commune* o un orden jurídico común.

En este sentido, el proceso de interamericanización cuenta con bases convencionales. La CADH, como *totum*, obliga a los Estados.⁶⁰ Sin embargo, algunas disposiciones son clave y desempeñan un papel esencial en la integración del derecho nacional e internacional y en la promoción de la interamericanización del derecho a nivel de los Estados. Los artículos 1.1⁶¹ y 2⁶² de la CADH prevén las obligaciones generales de los Estados parte. Exigen a los Estados: 1) que se abstengan de violar los derechos y libertades contenidos en ella (deber de respetar); 2) garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos (deber de garantía) reconocidos en la Convención, lo que implica el deber de prevenir, investigar y sancionar cualquier violación de los derechos previstos en la CADH y reparar su violación, y 3) adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para dar efecto a esos derechos o libertades en el derecho interno. Estas normas son generadoras de la interamericanización del derecho doméstico, dado que obligan a los Estados a adecuar su ordenamiento a

⁶⁰ Steiner, Christian y Fuchs, Marie-Christine (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2a. ed., Bogotá, Fundación Konrad Adenauer-Corte Constitucional de Colombia, 2019.

⁶¹ Art. 1.1. CADH: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

⁶² Art. 2 CADH: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

la norma “supranacional” del derecho de los derechos humanos.

Además, los artículos 29.b y 29.c de la CADH contienen reglas para la interpretación del derecho que contribuyen a perfilar la interamericanización. Ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de: b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano. La doctrina ha sostenido que el artículo 29.b, entendido como cláusula de apertura, facilita la labor de la Corte IDH en su diálogo con la jurisprudencia internacional (universal, penal, regional, nacional y comparativa) y también permite la incorporación de *hard* y *soft law*. De esta manera, la Corte IDH participa de un enfoque “cosmopolita”, al igual que su homólogo el TEDH.⁶³

Asimismo, el artículo 44 de la CADH incorpora el llamado “amparo interamericano”⁶⁴ en tanto cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de la CADH por un Estado parte. Estas decisiones son, además, vinculantes para el Estado en cuestión. La Corte IDH ha entendido estas revisiones interamericanas como parte de los recursos disponibles para el examen judicial de cualquier decisión interna que pueda violar los derechos humanos. Por tanto, desde una perspectiva procesal, los mecanismos judiciales a los que se refiere la CADH son un instrumento para la interamericanización del derecho público interno, ya que obligan al Estado

⁶³ Véase al respecto Burgorgue-Larsen, Laurence, “Interpreting the European Convention: What Can the African Human Rights System Learn from the Case of the European Court of Human Rights on the Interpretation of the European Convention?”, *Inter-American & European Human Rights Journal*, vol. 5, 2012, pp. 90-123.

⁶⁴ Ayala Corao, Carlos, *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Caracas-San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, 1998.

mediante una decisión final (cosa juzgada) de la Corte IDH en aplicación de la CADH.

Sin duda, por la vía del artículo 63.1 de la CADH se ha llevado a cabo una interamericanización profunda a la luz de todo el desarrollo en materia de reparaciones: “Cuando [la Corte] decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, [...] dispondrá que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.⁶⁵

Con la ratificación de la CADH, los Estados se han abierto a la aplicación directa del derecho interamericano, obligándose a adaptar su legislación e instituciones nacionales a estas normas supranacionales. La CADH es, pues, una piedra angular para la interamericanización de la legislación interna de los Estados. Y, más específicamente, como la Corte IDH lo ha desarrollado en su jurisprudencia, los Estados están vinculados por el *corpus iuris* interamericano.

3. Interamericanización del discurso jurídico-público

La interamericanización envuelve el uso de los estándares jurisprudenciales en el debate público,⁶⁶ en la actividad jurisdic-

⁶⁵ Londoño Lázaro, María Carmelina, *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: derecho internacional y cambios estructurales del Estado*, Chía-Colombia, Tirant lo Blanch-Universidad de la Sabana, 2014. En ámbitos específicos, Russo, Anna Margherita, *op. cit.*, pp. 94 y ss. Bajo el enfoque del *ius commune*, García Ramírez, Sergio, “La ‘navegación americana’ de los derechos humanos: hacia un *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina”, en Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos...*, *cit.*, pp. 55 y ss.

⁶⁶ Por ejemplo, en el caso del proceso de paz en Colombia, véase Bernal Pulido, Carlos, “Transitional Justice within the Framework of a Permanent Constitution: The Case Study of the Legal Framework for Peace in Colom-

cional⁶⁷ y extrajudicial (p. ej., defensorías del pueblo),⁶⁸ pero también encierra el litigio estratégico⁶⁹ y el discurso académico.⁷⁰ Particularmente en relación con la interamericanización del discurso vale la pena resaltar las afirmaciones que Leonardo García Jaramillo toma de la propuesta de Jack Balkin y Sanford Levinson,⁷¹ para introducir la utilidad de los “cánones jurídicos

bia”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 3, 2014, pp. 1136-1163.

⁶⁷ Se pueden mencionar tres decisiones emblemáticas: Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, sentencia de 9 de mayo de 1995, núm. 2312-95, Acción de Inconstitucionalidad, especialmente parte VII; Tribunal Constitucional del Perú, sentencia de 21 de julio de 2006, Exp. núm. 2730-2006-PA/TC, Fundamentos FJ 12; Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala Constitucional, sentencia de 10 de julio de 2015, núm. 323-2012ac.

⁶⁸ CNDH, México, Recomendación núm. 3VG/2015 relacionada con el caso de ejecuciones extrajudiciales en Tanhuato, Michoacán, http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/ViolacionesGraves/RecVG_004.pdf.

⁶⁹ Herencia Carrasco, Salvador, “Public Interest Litigation in the Inter-American Court of Human Rights: The Protection of Indigenous Peoples and the Gap between Legal Victories and Social Change”, *Revue Québécoise de Droit International*, edición especial, 2015, pp. 199-220, (22p); Baluarte, David C., “Strategizing for Compliance: The Evolution of a Compliance Phase of Inter-American Court Litigation and the Strategic Imperative for Victims’ Representatives”, *American University International Law Review*, núm. 27, Rev. 263, 2012, pp. 263-319.

⁷⁰ Sobre el *ius constitutionale commune* véase recientes publicaciones, a saber, Caldas, Roberto, “Estructura y funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: sus herramientas para un efectivo diálogo judicial”, en Saiz Arnaiz, Alejandro (dir.), *Diálogos judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 62; Torres Zúñiga, Natalia, “Control de normas constitucionales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Santolaya Machetti, Pablo y Wences, Isabel (coords.), *La América de los Derechos*, Madrid, CEPC, 2016; Ibañez Rivas, Juana María, “La República del Perú”, en Burgorgue-Larsen, Laurence (coord.), *Derechos Humanos en contexto en América Latina. El impacto del sistema interamericano de derechos humanos en los Estados partes (Colombia, Ecuador, Haití, México, Nicaragua, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela)*, vol. 1, México, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 621-749.

⁷¹ Balkin, Jack M. y Levinson, Sanford, “The Canons of Constitutional Law”, Yale Law School, *Faculty Scholarship Series*, doc. 260, 1998.

que han empezado a construirse en la región a partir de normas, teorías, dogmática y ciencia jurídica que se reciben creativamente desde cánones transnacionales”. Dichos cánones se destinan a la elección, primero, de “cuáles casos y materiales jurídicos importantes deberían enseñarse y difundirse en las facultades de derecho (*canon pedagógico*)”, luego, sobre qué casos claves y materiales deben hacerse del conocimiento público respecto a cuestiones centrales del desarrollo constitucional (*canon de cultura general*) y, por último, cuáles casos claves y materiales deberían ser del conocimiento de los académicos sobre las teorías del derecho constitucional (*canon teórico-académico*).⁷²

En el ámbito del canon de la teorización se encuentran diversos aportes desde la academia para precisar los impactos de lo que defino como interamericanización. Por ejemplo, la noción de “Constitución convencionalizada” (Néstor Sagüés)⁷³ o “*constitutionalization*” of *Inter-American law*, (Ludovic Hennebel).⁷⁴ Precisamente bajo este enfoque del constitucionalismo transformador en América Latina, Armin von Bogdandy califica al discurso jurídico-público en torno a los derechos humanos como un elemento común.⁷⁵ Igualmente, no cabe duda, a nivel regional, de que casos emblemáticos como la desaparición de los 43 estudiantes en Iguala, Guerrero, México, así como el proceso de paz en Colombia, han estado impregnados del debate sobre el cumplimiento de los estándares, analizados en las discusiones teórico-

⁷² García Jaramillo, Leonardo, “De la ‘constitucionalización’ a la ‘convencionalización’ del ordenamiento jurídico. La contribución del *ius constitutionale commune*”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 36, 2016, pp. 163 y ss.

⁷³ Sagüés, Néstor Pedro, “Convención constitucionalizada”, en Ferrer MacGregor, Eduardo; Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Mejía, Giovanni A. (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, México, IJ-UNAM, 2014, p. 190.

⁷⁴ Hennebel, Ludovic, “The Inter-American Court of Human Rights: The Ambassador of Universalism”, *Quebec Journal of International Law*, edición especial, 2011, pp. 71 y ss.

⁷⁵ Bogdandy, Armin von *et al.*, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism”, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, trabajo de investigación núm. 2016-21, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2859583.

jurídicas, con un eco en la esfera pública de manera creciente y progresiva.

Es interesante la postura de Miguel Revenga, que cita a Peter Häberle en cuanto al surgimiento de “fermentos de crecimiento” de un espacio público, en el que la contribución más relevante procede precisamente de las aportaciones realizadas por la Corte a la “interpretación común”. Agrega el autor que a las decisiones de este órgano jurisdiccional se les debe reconocer “un enorme potencial centrípeto para la construcción de un sistema común de derechos fundamentales, o cuando menos coincidente en sus rasgos básicos”.⁷⁶ Ahonda el autor en señalar que ha habido una “evolución que sitúa a las decisiones emanadas de la Corte como el referente por antonomasia de un constitucionalismo común de alcance continental”.⁷⁷

Las decisiones de la jurisdicción de San José han condenado las ejecuciones extrajudiciales, desapariciones y torturas, centrándose su foco de atención en las violaciones masivas y sistemáticas. Las dictaduras latinoamericanas vulneraron, entre otras tantas, la prohibición de ejecutar arbitrariamente a las personas (art. 4 CADH), la prohibición de la tortura (art. 5 CADH) y la prohibición de la privación ilegal de la libertad personal (art. 7 CADH). Estas prohibiciones, de carácter absoluto, han sido objeto de una amplia jurisprudencia supranacional y hay un consenso sobre su aceptación.

⁷⁶ Revenga, Miguel, “Posibilidades y límites de la integración a través de derechos”, en Saiz Arnaiz, Alejandro; Morales Antoniazzi, Mariela y Ugarte-mendia Eceizabarrena, Juan Ignacio (coords.), *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: un análisis desde la Unión Europea*, Oñate, Instituto Vasco de Administración Pública, 2011, pp. 424 y ss.

⁷⁷ Dejando al margen los obstáculos que enfrenta el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Miguel Revenga admite que puede hablarse de modo general de un “cierto paralelismo con respecto a lo que ocurrió en Europa a raíz del ‘descubrimiento’ por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de un *ordre public européen* del que el propio Tribunal vendría a ser custodio, y que impediría a los Estados sujetar la adhesión al Convenio a condiciones temporales, territoriales o sustantivas (la cita de referencia es, en este sentido, el párr. 75 del *Caso Loizidou vs. Turquía*, fallado en 1995).

La interamericanización de los órdenes nacionales genera intensos debates enlazados con la concepción multinivel de protección de derechos y el carácter complementario del Sistema Interamericano. Ello se conecta con las discusiones teóricas en temas como la legitimidad y el alcance de las decisiones de la Corte Interamericana para impactar en reformas constitucionales, legislativas y de políticas públicas.⁷⁸ También se inserta en la discusión acerca del papel de los jueces internacionales en este siglo XXI, ya no asociado con una teoría de la unifuncionalidad, sino más bien con la multifuncionalidad en tanto, no solo resuelven conflictos, sino también estabilizan expectativas normativas y controlan el ejercicio del poder, consolidando la democracia.⁷⁹

Concretamente, el tema del cumplimiento de los órganos de derechos humanos ha adquirido gran relevancia en el derecho internacional en las últimas décadas.⁸⁰ A nivel de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos se persigue que los Estados adapten sus ordenamientos jurídicos nacionales, así como sus prácticas y acciones internas hacia el respeto y garantía efectiva de los derechos humanos. De allí que los sistemas europeo, interamericano y africano hayan desarrollado dinámicos mecanismos de supervisión del cumplimiento de sus decisiones.

⁷⁸ Gargarella, Roberto, “La democracia frente a los crímenes masivos: una reflexión a la luz del caso Gelman”, *Latin American Journal of International Law*, vol. 2, 2015; Urueña, René, “Interaction as a Site of Post-National Rule-Making. A case study of the Inter-American System of Human Rights”, en Fahey, Elaine (ed.), *The Actors of Postnational Rule-Making: Contemporary Challenges to European and International Law*, Londres-Nueva York, Routledge, 2016; Huneeus, Alexandra, “Rejecting the Inter-American Court: Judicialization, National Courts, and Regional Human Rights”, en Couso, Javier; Huneeus, Alexandra y Sieder, Rachel (eds.), *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge University Press, 2010, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911383.

⁷⁹ Bogdandy, Armin von y Venzke, Ingo, *¿En nombre de quién? Una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

⁸⁰ Hillebrecht, Courtney, “The domestic mechanisms of compliance with international human rights law”, *Human rights quarterly*, vol. 34, núm. 4, 2012, pp. 959-985.

En este ámbito existen diversas perspectivas. Con respecto al análisis general del cumplimiento de las sentencias de derechos humanos, algunos autores afirman que los respectivos sistemas regionales se enfrentan a una “crisis de cumplimiento” debido a los numerosos casos en que los Estados no cumplieron o no cumplieron plenamente con las sentencias de los tribunales.⁸¹ Otra literatura se enfoca más bien en el diálogo que se genera entre los tribunales regionales y los jueces nacionales.⁸² Hay autores que utilizan un análisis más cuantitativo sobre el cumplimiento.⁸³ En el Sistema Interamericano se ha ido configurando el cambio del paradigma de examinar solo el cumplimiento y se destaca la noción de impacto.

Comparto este enfoque porque habla precisamente de un “proceso” que califico como la interamericanización de los sistemas nacionales más allá del cumplimiento de órdenes concretas, que tienen implicaciones esenciales, como reformas constitucionales (p. ej., en Chile y México), reformas legislativas (como la tipificación de la desaparición forzada en Bolivia y Panamá) o el diseño de políticas públicas (demarcación de las tierras de pueblos indígenas o el acceso a la información).

⁸¹ Referencia emblemática es Shelton, Dinah L., “Breakthroughs, Burdens, and Backlash: What Future for Regional Human Rights Systems?”, en Weston, Burns H. y Grear, Anna (eds.), *Human Rights in the World Community*, University of Pennsylvania Press, 2016, pp. 329-340. Entre otros, véase Soley, Ximena y Steininger, Silvia, “Parting Ways or Lashing Back? Withdrawals, Backlash and the Inter-American Court of Human Rights”, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público (MPIL), *Research Paper* núm. 2018-01.

⁸² Nogueira Alcalá, Humberto, “El diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad”, *Studi in onore di Giuseppe De Vergottini*, 2015, pp. 511-538; Saiz Arnaiz, Alejandro, “La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo”, *Lo Stato*, vol. 3, núm. 5, 2015, pp. 109-121; Urueña, René, *op. cit.*

⁸³ González-Salzburg, Damián, “Complying (Partially) with the Compulsory Judgments of the Inter-American Court of Human Rights”, en Borges Fortes, Pedro Rubim *et al.* (eds.), *Law and policy in Latin America. Transforming Courts, Institutions, and Rights*, Londres, Macmillan, 2017, pp. 39-51.

Vale la pena destacar el planteamiento de Par Engstrom,⁸⁴ que advierte sobre la necesidad apremiante de profundizar y ampliar la investigación académica sobre el SIDH, pero además propone entender su impacto y la continua demanda del mismo en toda la región de América Latina. Mirar más allá del mero cumplimiento (*compliance*) de las decisiones emanadas de la Comisión Interamericana y de la Corte IDH, ya que cuando los actores domésticos y diversas instituciones activan el SIDH, se constata que se trasciende la perspectiva tradicional de cumplimiento y se visualiza el potencial de cambiar políticas y provocar profundas transformaciones en el ámbito de los derechos humanos. Para sintetizar esta interesante obra, se ponen de relieve las siguientes premisas:

- El concepto de cumplimiento es más limitado que el concepto de impacto, ya que el primero se enfoca en la implementación de casos individuales, mientras que el segundo adopta un amplio entendimiento que incluye los efectos de estas decisiones. Un ejemplo lo representa el empoderamiento de actores locales.⁸⁵
- Es clave un entendimiento contextual sobre cómo el SIDH influencia las políticas de los actores e instituciones que buscan la realización de los derechos humanos, así como de los actores que resisten estos avances.
- Tres perspectivas: *a)* diferenciar los efectos variables de los mecanismos institucionales del SIDH en tanto interpretan, promueven y desarrollan estándares de derechos humanos. Como emblemáticos comenta que la Corte lo hace por medio de su jurisprudencia y la Comisión a través de sus informes temáticos y lineamientos de políticas públicas (desde libertad de expresión, derechos de detenidos, LGBTI, etc.); *b)* englobar las influencias del SIDH en actores e instituciones domésticas y judiciales, ya que provee oportunidades a actores nacionales de derechos humanos para ejercer presión y fomentar cambios en

⁸⁴ Engstrom, Par, *The Inter American Human Rights System: Impact Beyond Compliance*, Londres, University College London, 2018.

⁸⁵ La CNDH de México ha aportado análisis de riesgo para la adopción de medidas provisionales por parte de la Corte IDH y ha aportado *amicus curiae*.

los sistemas jurídicos y políticos. En este sentido es necesario entender cómo el SIDH impacta las relaciones entre actores y estructuras políticas, por ejemplo, el impulso para las movilizaciones sociales en materia de derechos humanos. Los estándares regionales y la jurisprudencia de la Corte moldean debates constitucionales, estrategias de litigio y argumentación judicial y también influyen en el rol de las instituciones estatales en la implementación efectiva de las sentencias, recomendaciones y estándares del sistema (un paradigma en la región ha sido el proceso de paz en Colombia), y *c*) cómo contextos políticos nacionales, especialmente la resistencia a los derechos humanos, mediatizan el impacto del SIDH. En definitiva, el uso del SIDH facilita que actores domésticos en América Latina exijan transformaciones, a pesar de ciertas resistencias estatales y/o judiciales. El fortalecimiento normativo del SIDH ha sido producto de una serie de respuestas jurídicas e institucionales a las concretas condiciones que conglomerados y activistas de derechos humanos enfrentan en la región.

III. INTERAMERICANIZACIÓN E IMPACTOS

A lo largo de los últimos años, en el Sistema Interamericano han surgido nuevos mecanismos encaminados a facilitar el cumplimiento de sentencias de la Corte IDH por parte de los Estados. Estos mecanismos han sido desarrollados para fomentar la participación de diversos actores en el cumplimiento, así como la coordinación interinstitucional. La Corte IDH, con la colaboración de los Estados, ha diseñado mecanismos como las audiencias de supervisión en el territorio de los Estados, las visitas *in situ* para la supervisión, al igual que ha fomentado la participación de nuevos actores estatales en los procesos de cumplimiento.

La Corte IDH impulsó en 2015 la iniciativa de efectuar audiencias en el territorio de los Estados responsables, para lo cual se contó en aquel momento con la cooperación de Panamá y Honduras. Entre las ventajas de este mecanismo se pueden poner de relieve la mayor participación de las víctimas, de la sociedad civil

y de los distintos funcionarios y agentes estatales directamente a cargo de la ejecución de la gama de reparaciones ordenadas en las decisiones de la Corte IDH, máxime si se le compara con las audiencias que se llevan a cabo en la sede de la Corte en Costa Rica. Emblemáticas fueron la audiencia de supervisión conjunta de 2015 en Tegucigalpa, Honduras, en relación con el cumplimiento de sentencias en los casos *Juan Humberto Sánchez, López Álvarez, Servellón García y otros, Kawas Fernández, Pacheco Teruel y otros y Luna López*. Asimismo se cita como ejemplo simbólico las audiencias de supervisión de cumplimiento en México, en 2016, relativas a los casos *Radilla Pacheco y Cabrera García y Montiel Flores*. En el Informe de 2018 de la Corte se advierte el incremento del uso de este mecanismo que alcanzó el número de seis audiencias de supervisión de cumplimiento, correspondientes a nueve sentencias.⁸⁶

Otro mecanismo estimulado por la Corte IDH ha estado constituido por las visitas *in situ* para la supervisión de cumplimiento. Pueden mencionarse como referentes las diligencias *in situ* relacionadas con pueblos indígenas que se practicaron en Panamá en 2015. Se trató del caso de los *Pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano* y se visitó el territorio de las comunidades Ipetí y Piriati de Emberá de Bayano. Se posibilitó que la Corte tuviese acceso directo a la información respecto de los desafíos, obstáculos y propuestas de solución en relación con la implementación del derecho de propiedad colectiva de estas comunidades. Junto con la delegación de la Corte IDH, la representación de la CIDH y las víctimas, incluidos los caciques, acompañaron los funcionarios de diferentes dependencias estatales, entre ellas la Dirección de Asuntos Jurídicos y Tratados Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores y de la Autoridad Nacional de Administración de Tierras. Este mecanismo se ha puesto en práctica, gracias a la cooperación de los Estados, también en Guatemala, México, Honduras, Paraguay y El Salvador.⁸⁷

⁸⁶ Corte IDH, Informe Anual 2018, p. 70, <http://www.corteidh.or.cr/informe-anual.cfm#>.

⁸⁷ Para el reporte de 2018, la Corte IDH informa los avances en estas diligencias *in situ*. Véase Corte IDH, Informe Anual 2018, *cit.*, pp. 76 y ss.

La participación de actores clave en los procesos de cumplimiento de sentencias ante la Corte IDH se ha visibilizado como otro mecanismo que apalanca tal proceso en los Estados. Anteriormente se entendía que el cumplimiento de sentencias involucraba exclusivamente a los representantes del Estado, que informaban de manera unívoca a la Corte IDH sobre los avances en el cumplimiento de una sentencia concreta, junto con la participación de los representantes de las víctimas y la CIDH que formulaban sus observaciones a los informes de los Estados.

Al ampliar el abanico de actores implicados en el cumplimiento de las sentencias, se alcanza un diálogo más plural con la Corte IDH durante la supervisión. Un ejemplo paradigmático ha sido la Defensoría de los Habitantes en el caso *Artavia Murillo (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. Esta Defensoría presentó escritos desde 2013, solicitó autorización a la Corte IDH en 2015 para acudir a la audiencia de supervisión de cumplimiento de la sentencia. La Corte IDH, una vez más haciendo uso de la interpretación de la CADH, valoró como “otra fuente de información” sus aportes, conforme a lo dispuesto en el artículo 69.2 del Reglamento de la Corte, y en el entendido que esta información es distinta a la que brinda el Estado en su carácter de parte de este proceso de supervisión de cumplimiento. La Defensora de los Habitantes de Costa Rica jugó un papel muy activo, por ejemplo, exponiendo las críticas en cuanto al contenido de los proyectos legislativos, particularmente respecto del proyecto de ley 18.824 “Ley Marco de Fecundación In Vitro” y suministrando datos, como la señalización de la cifra de aproximadamente 1 200 parejas al año que requerirían esta técnica. En julio de 2019, el Gobierno de Costa Rica inauguró la Unidad de Medicina Reproductiva de Alta Complejidad en el Hospital de las Mujeres.⁸⁸

Diversos Estados también han implementado legislación interna para facilitar el cumplimiento de sentencias de la Corte IDH, ya sea relacionada con el pago de las indemnizaciones o con la coordinación de los diferentes actores estatales que están implicados en el cumplimiento. Existen diversas investigaciones

⁸⁸ Véase Nota de prensa en línea, “Caja universaliza fertilización *in vitro*”, *La República*, de 18 de julio de 2019, <https://www.larepublica.net/noticia/caja-universaliza-fertilizacion-in-vitro>.

destinadas a los sistemas de monitoreo,⁸⁹ por ejemplo, el Sistema de Monitoreo de Recomendaciones de Paraguay (SIMORE), el Fideicomiso de México para las becas, las instancias de juzgados supranacionales en Perú. Todo ello contribuye a incrementar el impacto en términos de interamericanización.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Sin duda, en sus 40 años de historia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido abordando una jurisprudencia pionera en lo que Sergio García Ramírez denomina “la joya de la corona”, que son las reparaciones y que representan, como también lo describe Pablo Saavedra, una de las contribuciones más significativas al derecho internacional de los derechos humanos por parte de la Corte. El concepto de la reparación integral en casos de violaciones de derechos humanos ha permitido ir nutriendo el ordenamiento jurídico interamericano para generar transformaciones estructurales. Una vez que se establece la responsabilidad internacional del Estado, a este le surge la obligación de reparar y esta debe ser de manera integral. La jurisprudencia de la Corte ha llenado de contenido propio la obligación de reparar. Una de las dimensiones que puede tener la obligación de reparar son precisamente las garantías de no repetición.

Siempre entrelazada con la democracia, la jurisprudencia de la Corte IDH ha ampliado su espectro de acción. El contencioso interamericano se ocupa de los casos relativos a violaciones masivas, así como también atiende el patrón de discriminación estructural y hace girar sus sentencias a favor de los grupos más vulnerables (mujeres, migrantes, indígenas, niños, personas mayores) y otros derechos que están en la esencia de la democracia (elecciones, independencia judicial, libertad de expresión).

⁸⁹ Una investigación apoyada por el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y derecho Internacional Público destinada para la CIDH se basa en mapear los mecanismos nacionales existentes para la implementación de recomendaciones y decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, realizada por Mónica Mazariegos Rodas, cuyos resultados se publicarán próximamente.

Comparto la manera clara y determinante con la que Deisy Ventura, Flávia Piovesan y Juana Kweitel resumen el extraordinario aporte que ha brindado el SIDH para la promoción de los derechos humanos, el Estado de derecho y la democracia en la región: el Sistema Interamericano combatió los regímenes dictatoriales, exigió justicia y el fin de la impunidad en las transiciones democráticas y ahora demanda el fortalecimiento de la democracia, contra las violaciones de los derechos y la protección de los grupos más vulnerables.⁹⁰ En clave de interamericanización se pueden comprobar los pasos andados.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- , “Red judicial interamericana y constitucionalización multinivel”, [http://www.academia.edu/4008891/ Red_judicial_Interamericana_y_constitucionalizaci%C3%B3n_multinivel](http://www.academia.edu/4008891/Red_judicial_Interamericana_y_constitucionalizaci%C3%B3n_multinivel)
- AYALA CORAO, Carlos, *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Caracas-San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, 1998.
- , “La doctrina de la ‘inejecución’ de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)”, en BOGDANDY Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, t. II, México, IJ-UNAM, 2010.
- BALKIN, Jack M. y LEVINSON, Sanford, “The Canons of Constitutional Law”, Yale Law School, Faculty Scholarship Series, doc. 260, 1998.

⁹⁰ Ventura, Deisy; Piovesan, Flávia y Kweitel, Juana, *O assunto de hoje: Comissão de direitos humanos da OEA. Sistema interamericano sob forte ataque*, disponible en <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/59213-sistema-interamericano-sob-forte-ataque.shtml>.

- BALUARTE, David C., “Strategizing for Compliance: The Evolution of a Compliance Phase of Inter-American Court Litigation and the Strategic Imperative for Victims’ Representatives”, *American University International Law Review*, núm. 27, Rev. 263, 2012.
- BERISTAIN, Carlos Martín, *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos*, t. II, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.
- BERNAL PULIDO, Carlos, “Transitional Justice within the Framework of a Permanent Constitution: The Case Study of the Legal Framework for Peace in Colombia”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 3, 2014.
- BOGDANDY, Armin von; CASAL, Jesús María; MORALES ANTONIAZZI, Mariela y CORREA HENAO, Magdalena, *La jurisdicción constitucional en América Latina: un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*, vol. 1, Bogotá, MPIL-U. Externado, 2019.
- et al. (coords.), *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional. De la tensión al diálogo*, México, IJ-UNAM-MPIL, 2018.
- et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- y Venzke, Ingo, *¿En nombre de quién? Una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- ; MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (eds.), *Construcción de un ius constitutionale commune en América Latina: contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Puebla, BUAP-UNAM-CIDH-MPIL, 2016.
- ; FIX-FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-MPIL-UNAM, 2014.
- ; MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (eds.), *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, México, Porrúa, 2013.

- ; PIOVESAN, Flávia y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (eds.), *Igualdad y orientación sexual: el caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012.
- ; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, t. I y II, México, MPIL-UNAM, 2010.
- ; LANDA, César y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (eds.), *¿Integración suramericana a través del derecho?: un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, CEPC, 2009.
- *et al.*, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism*”, en BOGDANDY, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- , “Sobre la transformación del derecho constitucional en el derecho público europeo. El ejemplo de la red institucionalizada de tribunales constitucionales”, en UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio; SAIZ ARNAIZ, Alejandro y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (eds.), *La jurisdicción constitucional en la tutela de los derechos fundamentales de la UE*, Oñate, Instituto Vasco de Administración Pública, 2017.
- , *et al.*, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism*”, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, trabajo de investigación núm. 2016-21, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2859583
- BOTERO, Catalina, *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2006.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “Chronicle of a fashionable theory in Latin America. Decoding the doctrinal discourse on conventionality control”, en YVES, Haec; RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo y BURBANO-HERRERA, Clara (eds.), *35 Years of Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, Cambridge, Intersentia, 2015.
- , “Interpreting the European Convention: What Can the African Human Rights System Learn from the Case of the Eu-

- ropean Court of Human Rights on the Interpretation of the European Convention?”, *Inter-American & European Human Rights Journal*, vol. 5, 2012.
- , Laurence, “Los estándares: ¿normas impuestas o consentidas?”, en BOGDANDY, Armin von et al. (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Oñate, Instituto Vasco de Administración Pública, 2012.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, México, Porrúa, 2009.
- CAICEDO TAPIA, Danilo Alberto, “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos humanos más allá de la Constitución”, en ESCOBAR GARCÍA, Claudia. (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- CALDAS, Roberto, “Estructura y funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: sus herramientas para un efectivo diálogo judicial”, en SAIZ ARNAIZ, Alejandro (dir.), *Diálogos judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- CARPISO, Jorge, “Derecho constitucional latinoamericano y comparado”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 114, 2005.
- Cruz Parceró, Juan Antonio, “El control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Hacia un método de trabajo”, en Carbonell Sánchez, Miguel et al., *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, t. V, vol. 1, México, IJ-UNAM, 2015.
- Engstrom, Par, *The Inter American Human Rights System: Impact Beyond Compliance*, Londres, University College London, 2018.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El Nuevo paradigma para el juez mexicano”, Carbonell Sánchez, Miguel y Salazar Ugarte, Pe-

- dro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011,
- , “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 131, 2011.
- García Belaunde, Domingo, “El control de convencionalidad y sus problemas”, *Pensamiento Constitucional* 20, Perú, 2015.
- García Jaramillo, Leonardo, “De la ‘constitucionalización’ a la ‘convencionalización’ del ordenamiento jurídico. La contribución del *ius constitutionale commune*”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 36, 2016.
- García Ramírez, Sergio, “La ‘navegación americana’ de los derechos humanos: hacia un *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina”, en BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Querétaro, IECEQ, 2017.
- GARGARELLA, Roberto, “La democracia frente a los crímenes masivos: una reflexión a la luz del caso *Gelman*”, *Latin American Journal of International Law*, vol. 2, 2015.
- GÓNGORA MERA, Manuel, “Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales”, en BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia y MORALES ANTONIAZZI, Mariela, *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, Río de Janeiro, Elsevier, 2013.
- , “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en BOGDANDY, Armin von, Ferrer MAC-GREGOR, Eduardo y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, t. II, México, UNAM, 2010.
- , “Judicializando las desigualdades raciales en América Latina: un diálogo interamericano, Diálogo sobre diálogos juris-

- diccionales”, en BOGDANDY, Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.), *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*, México (en prensa).
- GONZÁLEZ-SALZBERG, Damián, “Complying (Partially) with the Compulsory Judgments of the Inter-American Court of Human Rights”, en BORGES FORTES, Pedro Rubim et al. (eds.), *Law and policy in Latin America. Transforming Courts, Institutions, and Rights*, Londres, Macmillan, 2017.
- HENNEBEL, Ludovic, “The Inter-American Court of Human Rights: The Ambassador of Universalism”, *Quebec Journal of International Law*, edición especial, 2011.
- HERENCIA CARRASCO, Salvador, “Public Interest Litigation in the Inter-American Court of Human Rights: The Protection of Indigenous Peoples and the Gap between Legal Victories and Social Change”, *Revue Québécoise de Droit International*, edición especial, 2015.
- HILLEBRECHT, Courtney, “The domestic mechanisms of compliance with international human rights law”, *Human rights quarterly*, vol. 34, núm. 4, 2012.
- HUNEEUS, Alexandra, “Rejecting the Inter-American Court: Judicialization, National Courts, and Regional Human Rights”, en COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra y SIEDER, Rachel (eds.), *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge University Press, 2010, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911383.
- IBAÑEZ RIVAS, Juana María, “La República del Perú”, en BURGORGUE-LARSEN, Laurence (coord.), *Derechos Humanos en contexto en América Latina. El impacto del sistema interamericano de derechos humanos en los Estados partes (Colombia, Ecuador, Haití, México, Nicaragua, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela)*, vol. 1, México, Tirant lo Blanch, 2016.
- LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina, *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: derecho internacional y cambios estructurales del Estado*, Chía-Colombia, Tirant lo Blanch-Universidad de la Sabana, 2014.

- MALARINO, Ezequiel, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en ELSNER, Gisela, AMBOS, Kai y MALARINO, Ezequiel (coords.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Berlín-Montevideo, KAS, 2010.
- NASH ROJAS, Claudio, *Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, Santiago, Universidad de Chile-Facultad de Derecho-Centro de Derechos Humanos, 2012.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad”, en AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe De Vergottini*, Roma, CEDAM, 2015.
- , “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno”, *Revista Ius et Praxi*, vol. 2, núm. 2, 1997.
- PIOVESAN, Flávia; BOGDANDY, Armin von y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (eds.), *Estudos Avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo direito público*, Elsevier, Río de Janeiro, 2013.
- POU GIMÉNEZ, Francisca; ALTERIO, Ana Micaela, “Transformative Constitutionalism in Latin America: the Emergence of a New Ius Commune”, *VRÜ Verfassung und Recht in Übersee*, vol. 51, núm. 1, 2018.
- REINA GARCÍA, Óscar M., “Las cláusulas de apertura o reenvío hacia las fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque de constitucionalidad”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 29, 2012.
- REVENGA, Miguel, “Posibilidades y límites de la integración a través de derechos”, en SAIZ ARNAIZ, Alejandro; MORALES ANTONIAZZI, Mariela y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio (coords.), *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: un análisis desde la Unión Europea*, Oñate, Instituto Vasco de Administración Pública, 2011.

- RIVERA LEÓN, Mauro Arturo, “Conversando sobre derechos: ¿una nueva actitud dialógica de la Suprema Corte?”, en BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Construcción de un ius constitutionale commune en América Latina: Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Puebla, BUAP-UNAM-Corte IDH-MPIL, 2016.
- RUSO, Anna Margherita, “El ‘derecho transconstitucional de la diversidad’. La ‘especialidad indígena’ en el desarrollo interamericano del derecho de propiedad”, *Inter-American & European Human Rights Journal*, vol. 9, 2016.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Convención constitucionalizada”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola y FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A. (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, México, CJF-III-UNAM, 2014.
- , “El poder constituyente como intérprete de la Constitución”, *Pensamiento Constitucional*, XVI/16, Lima, 2012.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro, “La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo”, *Lo Stato*, vol. 3, núm. 5, 2015.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, “Del estado de excepción a la suspensión constitucionalizada. Reflexiones sobre la reforma al artículo 29 de la Constitución mexicana”, en CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel y SALAZAR UGARTE, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011.
- SERNA DE LA GARZA, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2012.
- SHELTON, Dinah L., “Breakthroughs, Burdens, and Backlash: What Future for Regional Human Rights Systems?”, en WESTON, Burns H. y GREAR, Anna (eds.), *Human Rights in the World Community*, University of Pennsylvania Press, 2016.
- SOLEY, Ximena y STEININGER, Silvia, “Parting Ways or Lashing Back? Withdrawals, Backlash and the Inter-American Court

of Human Rights”, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público (MPIL), *Research Paper* núm. 2018-01.

STEINER, Christian y FUCHS, Marie-Christine (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario, 2a. ed.*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer-Corte Constitucional de Colombia, 2019.

TORRES ZÚÑIGA, Natalia, “Control de normas constitucionales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y WENCES, Isabel (coords.), *La América de los Derechos*, Madrid, CEPC, 2016.

URUEÑA, René, “Interaction as a Site of Post-National Rule-Making. A case study of the Inter-American System of Human Rights”, en FAHEY, Elaine (ed.), *The Actors of Postnational Rule-Making: Contemporary Challenges to European and International Law*, Londres-Nueva York, Routledge, 2016.

VENTURA, Deisy; PIOVESAN, Flávia y KWEITEL, Juana, “O assunto de hoje: Comissão de direitos humanos da OEA. Sistema interamericano sob forte ataque”, <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaao/59213-sistemainteramericano-sob-forte-ataque.shtml>.

WERNECK ARGUELHES, Diego, “Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New *Ius Commune*”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 17, núm. 1, 2019.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en RODRÍGUEZ GARAVITO, César (ed.), *El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.

Reflexiones sobre el impacto y cumplimiento del derecho internacional y el “material interamericano” en el siglo XXI

Guillermo Enrique Estrada Adán*

1. INTRODUCCIÓN: AIRES DE CAMBIO EN EL (RE)PENSAR LOS MODELOS CLÁSICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

Hay generaciones de pensamiento que se identifican por incidir de manera más directa que otras en el entendimiento o comprensión del mundo que les toca vivir. La Ilustración es, quizá, una de las épocas recientes que con mayor fuerza determinó cómo habría que aproximarse a las relaciones personales: pensar a los seres humanos como seres libres e iguales en derechos desde el nacimiento. Fue esa concepción, como ha insistido Fioravanti, una *fractura de época* en el correr de la historia.¹ ¿Y si el siglo

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM. Este texto tiene como antecedente los seminarios internacionales sobre supervisión, cumplimiento e impacto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos realizados en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional durante los veranos de 2016 y 2018. Agradezco además puntualmente a Mariela Morales su invitación y a la UNAM, a través del Proyecto PAPIME *Relación entre derecho internacional y derecho nacional: (de)construcción de fronteras y aproximación a nuevos enfoques*.

¹ Fioravanti, Maurizio, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Turín, Giappichelli Editore, 1995, p. 28.

xxi es también el tiempo para otra generación privilegiada? Pensémoslo desde esta perspectiva: no debe ser menor, principalmente para los latinoamericanos, imaginar y comprobar que apenas catorce personas, desde su función de comisionados o jueces internacionales, son capaces —gracias al empeño de otros tantos cientos— de repercutir en el modo de comprender nuestro desigual mundo del Sur.² Quizá por ello no es lejano afirmar que está frente a nosotros una oportunidad de formar parte de la generación que transforma, desde un ángulo pequeño pero no insignificante, nuestra realidad a partir de los derechos “interamericanos”. Y si esto fuera así, entonces estaríamos disfrutando de aires de cambio en la concepción clásica de eso que llamamos derecho internacional.

Escuchemos las conversaciones de los juristas (podríamos hacerlo también con las de los políticos y con las de muchos ciudadanos preocupados por sus derechos) en el contexto de la actuación de los órganos principales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y concluiremos que hay particular interés en el modo de entender los procedimientos de creación del derecho internacional, quiénes pueden usarlo o para qué se insiste tanto en las sentencias y decisiones internacionales. Esfuerzos como las modificaciones a los planes de estudio de las licenciaturas en Derecho, los foros académicos para reflexionar sobre los mejores perfiles que ocupen vacantes en la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos o la participación intensa de la sociedad civil en la formación de una cultura de derechos demuestran que hay un trabajo académico fundamental para, por un lado, proponer herramientas teóricas capaces de explicar el mundo de los derechos y, por otro, formar a ciudadanos que gocen y disfruten de esa cultura.

Pensemos también que nuestra realidad de pobreza, desigualdad o marginación no se alcanza a explicar desde los modelos teóricos frecuentemente utilizados a partir del siglo xx, cuando el derecho internacional apareció con mucha mayor fuerza y con

² A manera de conclusión, Armin von Bogdandy, en el Coloquio Iberoamericano de 2018, advertía que, *grosso modo*, los latinoamericanos no veíamos con claridad lo que una Corte y una Comisión eran capaces de transformar en las realidades de nuestros países.

varias instituciones antes desconocidas (*p. ej.*, los tribunales o cortes permanentes).

Desde esa percepción, la propuesta de este texto es advertir al menos tres grandes vías de análisis, en cuanto espacios para transitar, sobre el impacto —llamémoslo así por ahora— producido de muchas maneras y en muchos contextos alrededor de la producción de las organizaciones y organismos internacionales, en general, y de los órganos del Sistema Interamericano, en particular. La primera vía es una reflexión sobre la comprensión del derecho internacional en el siglo XXI, principalmente a partir de la relación entre el derecho nacional e internacional y el modo de crear normas jurídicas (es un impacto en las fuentes y en la relación del derecho internacional); la segunda refiere directamente el uso del material jurídico interamericano y el seguimiento que los Estados realizan (es un impacto en el cumplimiento-implimentación de decisiones internacionales), y la tercera señala líneas de reflexión sobre las cuales valdría seguir dialogando, sobre todo si se considera el contexto interamericano (es un impacto, en términos generales, en la función de la academia). Vistas en conjunto advierten una realidad con la que hasta hace muy poco estábamos inseguros de poder contar. Es, quizá, momento de una gran generación.

2. COMPRENDER EL DERECHO INTERNACIONAL DEL SIGLO XXI: IMPACTO EN LAS FUENTES Y EN LA RELACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Un punto de partida que presume una gran cantidad de hechos, teorías y diálogos previos es la revisión del derecho internacional actual, con cada vez menos explicaciones usadas para comprender al derecho internacional clásico. Por tanto, se tratará de tomar distancia de concepciones ancladas al siglo XX (o anteriores) que sirven de base a actuales discursos jurídicos sobre la implementación o cumplimiento de decisiones internacionales. Bien puede ser esta la situación de México.

En ese debate sobre cumplimiento podría buscarse la pertinencia de producciones legislativas o reglamentarias que distri-

buyan competencias entre los órdenes federales, locales y municipales para hacer cumplir una sentencia. O también se podría insistir en una buena redacción de la ley, que incluyera el respectivo medio de defensa procesal para el eventual incumplimiento; dicha situación supondría el fin de la discusión y apuntaría, una vez más, a la legalidad como buena práctica de las autoridades mexicanas. Sin embargo, la realidad demostraría al menos dos cosas: que no hace falta ley, sino disposición gubernamental y recursos de imaginación para implementar las recomendaciones de organismos internacionales,³ y que la ley es interpretable y que el sentido del derecho está, sobre todo, en la interpretación. Por tanto, pensemos mejor en cómo reinterpretar concepciones teóricas, adaptarlas y renovarlas, con el objetivo de que sean útiles para ayudarnos a comprender nuestros contextos.

De todos los aparatos teóricos que el derecho internacional ha construido, identifiquemos la relación entre derecho nacional y derecho internacional y la producción o creación normativa como dos escenarios que, además de estar estrechamente vinculados, ofrecen buena cantidad de retos y debates. Y si bien hay un esfuerzo en este trabajo para orientarlo a la reflexión del Sistema Interamericano, no podemos evitar pensar este reto a partir de todo el derecho internacional.

La relación entre derecho internacional y derecho interno fue un planteamiento que construyeron principalmente teóricos del derecho, teóricos internacionalistas y teóricos constitucionalistas durante buena parte del siglo xx. Se basaron, sobre todo, en la división entre monistas y dualistas⁴ que generó, por ejemplo

³ Como Jean Girodoux: “Aquí todos sabemos que el derecho es la más fuerte de todas las escuelas de la imaginación. Jamás un poeta ha interpretado la naturaleza tan libremente, como un jurista la realidad”. Citado por Panuccio, Vincenzo, *La fantasia nel diritto*, Milán, Giuffrè, 1994.

⁴ De este binomio y de su superación se ha ocupado con profundidad, entre otros, Bogdandy, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, 2011, pp. 283-306. Puede consultarse también un trabajo previo: Estrada Adán, Guillermo Enrique, “El diálogo judicial con la Corte Interamericana de Derechos Humanos: revisión desde el *ius commune* y la Contradicción de Tesis 293/2011”, en Caballero, José Luis *et al.* (coords.), *Los derechos político electorales en Michoacán. Dimensión internacional, cons-*

en Estados monistas —como el mexicano— una gran cantidad de textos normativos (piénsese en las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación) y doctrinales.⁵ Afianzados en el discurso de la soberanía, los Estados que consiguieron su independencia en el siglo XIX se aseguraron de que el derecho internacional ingresara al derecho nacional solo mediante normas convencionales, y de acuerdo con el procedimiento y contenido de la norma constitucional. De ahí que una adecuada aproximación conceptual y/o teórica a la relación entre derecho nacional y derecho internacional incidirá necesariamente en la implementación de las decisiones de organismos internacionales, y esta, a su vez, permitirá no solamente derrocar las viejas estructuras constitucionales, sino apostar por modelos legales (constitucionales incluso) de apertura al derecho internacional⁶ y, sobre todo, por modelos educativos-formativos de entendimiento del derecho, en general, y del derecho internacional, en particular.⁷

Ahora bien, esa adecuada aproximación a la relación entre derecho nacional e internacional debe considerar que la frontera entre ellos se desdibuja cada vez más en temas de derechos humanos. Si bien se usan frases que definen el origen legislativo de la norma (derechos humanos de fuente nacional o internacio-

titucional y local, México, Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, 2014, pp. 45-74.

⁵ Destacan, entre otros: Martínez Báez, Antonio, “La Constitución y los tratados internacionales”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, t. VIII, núm. 30, 1946.

⁶ Véase Morales Antoniazzi, Mariela, “La doble estatalidad abierta y la tutela de los derechos en el constitucionalismo suramericano de la integración”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2012, pp. 241-244 y 252-260.

⁷ Lo que ahora discutimos los juristas mexicanos puede quedar perfectamente superado en unos años si en el aula de clases existiera un modelo de enseñanza acorde a las necesidades de este siglo. La propuesta llevaría tiempo, pero sin duda sería efectiva. Sobre un nuevo modelo de enseñanza en el siglo XXI puede verse: Piccato Rodríguez, Antonio, “¿Dónde pongo lo hallado? La enseñanza del derecho entre la teoría, la dogmática y la argumentación”, en Estrada Adán, Guillermo E. y Reyes Díaz, Carlos H. (coords.), *La enseñanza del derecho y del derecho internacional. Reflexiones*, México, Porrúa, 2014, pp. 110-117.

nal), ya no existe una jerarquía absoluta entre ellos, sino principios que determinan la aplicación de una u otra. Este sistema de coordinación entre normas, que formarían un bloque de constitucionalidad o parámetro de regularidad constitucional en términos de lo establecido por la Corte mexicana,⁸ tiene además otro gran reto: romper la concepción de que el derecho internacional es solamente norma convencional. Y eso nos mueve, entonces, al impacto de las decisiones internacionales en el proceso de creación normativa.

El derecho internacional que tenemos en el siglo XXI no se agota en tratados internacionales: hay además costumbre internacional —no obstante la dificultad de su determinación—, actos unilaterales estatales, decisiones judiciales, resoluciones de organizaciones internacionales e incluso actuaciones de organizaciones internacionales que, sin ser derecho, parece que lo son —*soft law*—. ⁹ Es desafortunado pensar que las fórmulas gramaticales de los artículos 1 y 133 de la Constitución mexicana¹⁰ ubican a todo el derecho internacional como obligatorio para las autoridades mexicanas; si bien el artículo 1, a partir de 2011, ya presenta una mejor construcción respecto del artículo 133. Tampoco puede pensarse que las únicas sentencias con las que el Estado mexicano lidia son las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), pues en realidad hay laudos

⁸ Véase SCJN, *Contradicción de Tesis 293/2011*, entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Particularmente la Tesis de rubro: “Derechos Humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional”.

⁹ Véase Treves, Tullio, *Diritto Internazionale. Problemi fondamentali*, Milán, Giuffré, 2005, p. 266. También Abbott, Kenneth W. y Snidal, Duncan, “Hard and Soft Law in International Governance”, en Ku, Charlotte y Diehl, Paul (eds.), *International Law. Classic and contemporary readings*, 2a ed., Boulder, Lynne Rienner Publishers, 2003, pp. 51 y ss.

¹⁰ Es mejor la frase del artículo 27 constitucional mexicano, párrafo V: “Son propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional [...]”.

arbitrales,¹¹ informes del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) o decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o de los comités de las Naciones Unidas (respecto de los cuales México ha aceptado la posibilidad de activar el mecanismo de peticiones individuales), que al final configuran un complejo mecanismo de resoluciones o decisiones que obligan a que el Estado tome una posición frente a ellas.

Esta concepción ampliada de las normas internacionales advierte que el consentimiento estatal no siempre se manifiesta en las formas tradicionales para aceptar un tratado internacional.¹² Ciertamente que en el derecho internacional de corte convencional el consentimiento de los Estados es evidente por ser expreso, pero ahora contamos también con un material producto del trabajo de varias instituciones donde no siempre la noción de obligatoriedad es clara según el modelo clásico.¹³ De alguna manera, esa realidad presenta un modelo de fuentes de derecho internacional no necesariamente consensual.

Un jurista internacionalista, ya sea que se ocupe de inversiones, de comercio, de derecho del mar o del derecho internacional general, dirá que vale la pena distinguir entre lo obligatorio y aquello que no lo es. La consecuencia que le sigue al posible incumplimiento de uno y otro es fundamental: frente a lo obligatorio habría responsabilidad internacional, mientras que frente a

¹¹ Incluso aquel por el que tuvo que modificarse la Constitución mexicana para quitar la Isla de la Pasión como parte integrante del territorio de México. No que el laudo del rey italiano lo dijera expresamente, pero era una consecuencia necesaria de la decisión al conflicto. Véase Gómez Robledo, Antonio, *Derecho. Obras 7*, México, El Colegio Nacional, 2001, pp. 354-356.

¹² Es justamente esta la visión de Koskenniemi, Martí, *From apology to utopia. The Structure of International Legal Argument*, Nueva York, Cambridge University Press, 2005, pp. 303-364.

¹³ El vocablo en inglés *soft law* designa este tipo de decisiones. Véase Goldmann, Matthias, "We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law", *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, 2012, pp. 335-368. La versión en español se encuentra en: "Necesitamos cortar la cabeza al Rey: enfoques pasados, presentes y futuros sobre el *soft law* internacional", *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Nueva Época, núm. 2, enero-junio 2015, pp. 45-109.

la *lex ferenda* o frente al *soft law* no puede existir sanción. La responsabilidad genera consecuencias, como la reparación. No acatar una recomendación genera, en ocasiones, una imagen de Estado cínico y provoca un rechazo de alguna parte de su comunidad.

Tal análisis no puede quedarse en ese nivel de descripción, pues los documentos que denominamos *soft law* generan mucho más influencia en el discurso jurídico de lo que creemos. Y sobre esto debemos insistir particularmente. El *soft law* no genera obligaciones jurídicas, pero una sociedad civil organizada y fuerte y una academia pujante no deben dejar de decir que el mundo del siglo XXI, en el cual México está inserto, exige una actitud conciliadora con el derecho no obligatorio (acaso la frase es ya una contradicción, pues, como se sabe, todo derecho obliga). La práctica reciente en foros internacionales más allá de la Corte IDH, especialmente la sentencia sobre la moratoria de caza de la ballena, *Australia vs. Japón*, ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ),¹⁴ demuestra que la resolución del órgano plenario de la Comisión Ballenera Internacional —es decir, un *soft law*— tiene fuerza importante en la solución de las controversias internacionales. La CIJ expresa que si bien no tienen fuerza obligatoria las resoluciones adoptadas por unanimidad o por consenso en el seno de un órgano plenario, sí pueden ser pertinentes para la interpretación de una convención.¹⁵ Esto es un indicador de que las resoluciones no obligatorias no pueden ser desechadas, a veces con desdén, por los Estados.

Debe diferenciarse esas resoluciones adoptadas por consenso o unanimidad que refiere la propia CIJ de las otras recomendaciones decididas por órganos de protección de tratados, pues en realidad no representan la voluntad de los Estados parte de un tratado. Sin embargo, no puede olvidarse que los comités, y todavía más en el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) —órgano principal de la Organización de los Estados Americanos (OEA)—, son instituciones nacidas de la

¹⁴ CIJ, *Chasse à la baleine dans l'Antartique* (Australie c. Japon; Nouvelle Zélande intervenant), sentencia de 31 de marzo de 2014.

¹⁵ “[...] Ces recommandations, adoptées sous forme de résolutions, n’ont pas force obligatoire. Cependant, lorsqu’elles sont adoptées par consensus ou à la unanimité, elles peuvent être pertinents aux fins de l’interprétation de la convention ou du règlement qui lui est annexé”. *Ibidem*, párr. 46.

voluntad estatal para cumplir una misión particular respecto de un tema. Esa misión no puede ser obviada por los Estados que las crearon, menos aún si han aceptado su competencia para resolver controversias cuando hayan ido en contra de su obligación convencional. Por tanto, la línea que divide lo obligatorio de lo no obligatorio tiende a diluirse más que a enfatizarse.

El vocablo “recomendación”, utilizado para designar decisiones originadas en órganos u organismos internacionales que por ministerio convencional no son obligatorias, enfrenta retos en las legislaciones nacionales cuando los Estados las observan *motu proprio*, o porque son forzados a observarlas por la exigencia nacional e internacional de otros actores no estatales.¹⁶ La propuesta es advertir que, a través de estas recomendaciones del derecho internacional de los derechos humanos —así como de las otras normas convencionales, consuetudinarias, judiciales, etc.—, existe una posibilidad, como si fuera un lente de amplio espectro, de mirar y solucionar los problemas del mundo, o al menos de nuestro país.

En cualquier caso, las fórmulas gramaticales constitucionales en México o están agotadas o no abarcan toda la extensión del derecho internacional contemporáneo. Y si bien podría pensarse en unas frases mucho más abiertas, pensemos mejor en insistir en una actitud estatal de mayor apertura al derecho internacional. Esta última apertura no solamente sería una exigencia al poder ejecutivo, sino a quienes ejercen poder público en México, pues a ellos obliga el derecho internacional.

Hay otro tipo de decisiones en el amplio espectro que llamamos derecho internacional que permitiría superar también la noción de normas convencionales: las resoluciones del Consejo de Seguridad, pues parecen gozar de un estatus que les permite crear legislación abstracta y general. En ocasiones, el Consejo no crea más una *lex specialis*,¹⁷ sino reglas de mucho mayor alcance. Re-

¹⁶ Koh, Harold, H., “Transnational legal process”, *Nebraska Law Review*, núm. 75, 1996, pp. 181-207. En contra puede verse: García Pascual, Cristina, *Norma Mundi. La lucha por el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2014, p. 213.

¹⁷ Véase, por ejemplo, Resolución 1244 (1999), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4011ª sesión, celebrada el 10 de junio de 1999, referida a la situación de Kosovo, [https://undocs.org/es/S/RES/1244%20\(1999\)](https://undocs.org/es/S/RES/1244%20(1999)).

cuérdese además que, en términos del artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas, esas resoluciones son obligatorias para los Estados. Revisemos con mayor detalle la Resolución 2214, de marzo de 2015, respecto de la situación en Libia y el aumento de grupos terroristas en la región, en la que el Consejo de Seguridad:

6. *Reafirma* que los Estados Miembros deben cerciorarse de que las medidas que adopten para combatir el terrorismo se ajusten a todas las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, en particular el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario, y recalca que el respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales y el estado de derecho son complementarios y se refuerzan mutuamente, y que junto con las medidas eficaces contra el terrorismo son esenciales para el éxito de la lucha contra el terrorismo, y señala la importancia de respetar el estado de derecho a fin de prevenir y combatir eficazmente el terrorismo, y hace notar que el incumplimiento de esas y otras obligaciones internacionales, incluidas las que les impone la Carta de las Naciones Unidas, es uno de los factores que contribuyen al aumento de la radicalización y hace que cobre fuerza la sensación de impunidad [...]¹⁸

Las frases utilizadas son más cercanas a la legislación general y abstracta que a una redacción que aplique a un solo Estado o una zona geográfica; incluso hay un vínculo estrecho que plantea el Consejo respecto de las medidas para combatir el terrorismo y las obligaciones estatales derivadas del derecho internacional de los derechos humanos, de los refugiados y del humanitario. Luego entonces, un debate sobre la implementación del derecho internacional en el derecho nacional, especialmente en el caso mexicano y con mayor detalle respecto de la implementación de las recomendaciones de organismos de derechos humanos, debe incluir algunas resoluciones del Consejo de Seguridad.

Por último, pensemos que no solamente el derecho internacional de los derechos humanos permite hablar de implementación o de cumplimiento. También existen el derecho de las in-

¹⁸ Resolución 2214 (2015), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7420ª sesión, celebrada el 27 de marzo de 2015, <https://undocs.org/es/S/RES/2214%282015%29>

versiones, el comercio internacional y los arbitrajes, que ya le han generado responsabilidad internacional al Estado y le han obligado al pago de millones de dólares. El Estado mexicano, según consta en las decisiones, no ha respetado los derechos que protegen al inversionista (que, por otro lado, en sedes europeas han encontrado cabida también en la protección a la propiedad) y ha cargado con la indemnización. A diferencia de otros temas, en esos casos —en los que por cierto no se cuenta con leyes de implementación— no se discute si son o no obligatorios o si es una u otra secretaría de Estado quien debe pagar; se pagan y basta.¹⁹ El Estado mexicano cumple con su obligación internacional.

En síntesis, una revisión del impacto de las decisiones internacionales debe superar las deficiencias teóricas y normativas que existen en la relación entre derecho nacional e internacional, sobre el derecho convencional como única fuente de producción del derecho, y ofrecer un mecanismo de apertura mayor al ámbito internacional, incluso al derecho no obligatorio, que finalmente es con el que trabajamos en el siglo XXI.

3. EL MATERIAL INTERAMERICANO Y EL IMPACTO EN SU CUMPLIMIENTO

En referencia al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, visto desde México, debemos apuntar que mucho se ha dicho sobre las sentencias *Campo Algodonero*²⁰ y *Radilla Pacheco*,²¹ que datan de 2009, y las que le siguieron, que, sin ser tantas, sí continuaron en el tono de las primeras condenatorias (sin contar *Cas-*

¹⁹ Véase, por ejemplo: Caso CIADI No. ARB (AD)/05/2, Cargill, Incorporated y Estados Unidos Mexicanos, Laudo de 18 de septiembre de 2009, http://www.2006-2012.economia.gob.mx/files/comunidad_negocios/comercio_exterior/solucion_controversias/EDO-INVER/Casos_Activos/Cargill%20Inc/Laudo_Cargill_version_redactada.pdf

²⁰ Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205.

²¹ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209.

tañeda Gutman).²² Se ha tratado, con profusión incluso, el estatus del cumplimiento de ambas sentencias y se ha celebrado la decisión de una reparación integral, pero también se ha hablado de la dificultad de declarar cumplida una sentencia que busca —no podría ser de otra manera— dar con el paradero del señor Rosendo Radilla. Dentro de las nuevas sentencias respecto de México, destaca la más reciente, en el caso *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco*,²³ que resulta particularmente interesante porque refiere a la administración de Enrique Peña Nieto —expresidente de México— mientras era gobernador del Estado de México. Así, nuestro país se encuentra nuevamente frente al desafío de implementar una sentencia condenatoria en la que, cabe resaltar, hubo un reconocimiento parcial de responsabilidad estatal. Bien podríamos avanzar en determinar qué hacer con estas sentencias y cómo tendría que organizarse el Estado mexicano para cumplirlas.

Pero aquí aparece una advertencia que cabe señalar: mientras que el cumplimiento de la sentencia estaría relacionado con las medidas de reparación dictadas por el órgano jurisdiccional, el impacto trasciende la sentencia y provoca un panorama de análisis sobre las discusiones o contextos que tenemos sobre los derechos. Ciertamente, el impacto no es una categoría jurídica (no significa que eventualmente pueda serlo) pero sí es una alternativa el revisar la influencia de ciertas decisiones jurídicas en la cultura de un país. Los juristas tendríamos que dialogar con otros saberes y usar otras metodologías para poder acercarnos a una medición del impacto real de una decisión.

En México ha sido el poder judicial quien ha impulsado con mayor medida acciones vinculadas a las disposiciones de las sentencias internacionales que podrían ser analizadas como impacto. Dichas acciones incluso han generado una tensión importante con el órgano encargado de investigar: Fiscalía General de la Re-

²² Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184.

²³ Corte IDH. *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C, núm. 371.

pública. Una sentencia reciente de un tribunal colegiado que cita ampliamente criterios de la Corte IDH, incluido el cálculo de los montos de indemnización para las víctimas, constituye un buen ejemplo. El contexto es, sin duda, Ayotzinapa; y eso imprime una expectación particular. El tribunal mexicano ordena que, en atención a criterios interamericanos, se cree una comisión de la verdad, tripartita, para investigar los hechos, debido a múltiples violaciones encontradas en la investigación realizada por la autoridad ejecutiva. Pueden existir discusiones sobre los alcances de la creación de esta comisión, pero de lo que no hay duda es del fuerte impacto de las decisiones del órgano jurisdiccional interamericano en la sentencia interna.²⁴

Ahora bien, además de la actividad jurisprudencial o alrededor de las sentencias, deberíamos dirigir nuestra atención a otros documentos que, si bien no está definida su naturaleza o no debidamente problematizada, podrían constituir escenarios importantes para los siguientes pasos en el contexto de la “interamericanización” de los derechos.

Este planteamiento estaría perfectamente ligado a una reflexión sobre el impacto en el diseño de fuentes normativas o creación de derecho internacional que advertimos en el apartado anterior: ¿vale la pena seguir pensando solamente en sentencias de la Corte IDH o en informes producidos por sistema de peticiones individuales de la CIDH (o los especiales)? o, ¿estaríamos ya en condiciones de permitirnos vigilar el seguimiento (en cuanto obligatorios, o al menos tratarlos como si fueran) de dos tipos de decisiones interamericanas que anteriormente no se concebían como obligatorias? Pensemos en las más recientes opiniones consultivas de la Corte IDH (*Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*²⁵ y *Medio ambiente y dere-*

²⁴ Véase Tribunal Colegiado del Decimonoveno Circuito, Amparo en revisión 203/2017, relacionado con los amparos en revisión 204/2017, 205/2017 y 206/2017, magistrado ponente Mauricio Fernández de la Mora, http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=508/05080000211078340011012.doc_1&sec=Jes%C3%BAs_Desiderio_Cavazos_Elizondo&svp=1

²⁵ Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo

*chos humanos*²⁶) y las resoluciones recientes de la CIDH respecto de temas como corrupción y derechos humanos y Migración forzada de personas venezolanas.²⁷ Con la atención en ellas y en su contenido, bien valdría pensar en una suerte de “material jurídico interamericano” que se suma a las sentencias de la Corte IDH para formar un *corpus* que no solo incluye sentencias, sino una amplia producción de los órganos del Sistema.

Respecto de las opiniones consultivas, la Corte IDH les ha dado un impulso fundamental en los últimos meses. Aquel debate que suponía la no obligatoriedad de las opiniones, o que solamente lo fueran para los órganos no principales de la OEA en el caso de que fueran ellos quienes las solicitaran, ha transitado hacia la consideración de los criterios consultivos en el ejercicio del control de convencionalidad.²⁸ Es decir, los Estados que consienten un tratado deberán advertir no solo la producción por vía de la contención, sino también de la consulta. Si así sucede, volvería prácticamente obligatorio —o vinculante, en terminología de la Corte mexicana— lo que hasta este momento no lo es. Habría, en efecto, un impacto respecto de lo que consideramos derecho y la manera de producirlo.

entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la CADH). Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 24.

²⁶ Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH). Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 23.

²⁷ CIDH, Migración forzada de personas venezolanas, Resolución 2/18, <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-2-18-es.pdf> También CIDH, *Corrupción y derechos humanos*, Resolución 1/18, <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf>

²⁸ Ago, Roberto, “Las opiniones consultivas ‘obligatorias’ de la Corte Internacional de Justicia: problemas de ayer y de hoy”, en Rama-Montaldo, Manuel, *El derecho internacional en un mundo en transformación, liber amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, vol. I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, pp. 1081-1098.

Mientras que en México tenemos pendiente una discusión seria, tanto en el ámbito académico como en el jurisdiccional respecto al *soft law* y sus efectos, la Corte IDH propone que el material consultivo sea motivo de control de convencionalidad desde la actividad interna.²⁹ Si la opinión consultiva interamericana es, por antonomasia, un ejercicio de interpretación de la Convención Americana, entonces los Estados parte están constreñidos a utilizarla. En este procedimiento no importa si la actividad de la Corte se activó por vía contenciosa o consultiva, sino que con su actividad contribuye a la protección de derechos.

Hay una situación que no previó la Corte, no obstante su intento de vincular a los Estados a utilizar sus criterios consultivos, y es aquella en la que un Estado no parte de la Convención solicita una opinión en su calidad de miembro de la OEA. En ese caso no puede utilizarse el criterio del consentimiento, sencillamente porque no lo hay; entonces, la Corte debe proporcionar otros argumentos para suponer que sus criterios o interpretaciones consultivos deben ser utilizados sin pensar en el consentimiento estatal. De lo contrario, se queda en un punto medio del que es difícil salir: por un lado, le da mayor alcance a las opiniones consultivas, pero siempre que haya consentimiento de obligarse al tratado, y por otro, bajo ese argumento, no sería obligatoria bajo ninguna circunstancia si la opinión la solicita un Estado no parte de la Convención, aunque miembro de la OEA.

Tiene una gran virtud otorgar mayor valor a las opiniones, sobre todo las vinculadas con el control de convencionalidad, si

²⁹ “28. Por otra parte, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquel. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad para la protección de todos los derechos humanos, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. Corte IDH. OC-23/17, *op. cit.*, párr. 28.

se consideran los temas tratados: medioambiente e identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Pronunciamientos sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), estándares interamericanos y, por ejemplo, la creación de un glosario para aproximarnos a un lenguaje incluyente con perspectiva de género, resultan fundamentales en las dos últimas opiniones consultivas. Hay pues tareas pendientes con las opiniones consultivas y la Corte IDH ha dado un primer paso trascendental. Hacia allá transitamos.

Brevemente señalaremos ahora la importancia de un procedimiento poco revisado por los juristas pero que, por su contenido, resulta necesario analizar: las recomendaciones de la CIDH, fundadas en el significado amplio del artículo 18 de su Estatuto. Pongamos por caso la resolución que refiere la movilidad forzada de personas en Venezuela: no es un informe temático, ni uno de Estado, tampoco es un informe 50 ni uno 51; es una resolución del Pleno de la CIDH, que realiza exhortos a los Estados a partir de un análisis fáctico y conceptual con mucho rigor metodológico. No está dirigido a Venezuela, sino a los Estados, lo que lo hace un documento con pretensiones de trascender la esfera de la recomendación bajo una concepción tradicional. Incluso, la CIDH utiliza frases como “responsabilidad compartida”, que tiene detrás un importante sentido de comunidad internacional.

Puede darse cuenta de, al menos, dos grandes retos en este material: cómo reaccionamos frente al documento desde el punto de vista formal, pero también cómo acompañamos la construcción de un discurso jurídico en el marco de la protección de derechos en contextos tan específicos como Venezuela. Es decir, la actuación de la CIDH proporciona un campo fértil para la discusión sobre el impacto en la producción de las normas interamericanas, pero también, y eso es quizá lo más importante, dota de herramientas conceptuales para atender una situación que, desde su análisis de hechos, urge la atención de la comunidad americana e internacional.

Estas son apenas breves reflexiones que necesitan una visión teórica mucho más sólida de lo que parece. Plantean, sobre todo, escenarios diferentes que motivan a investigar o averiguar, construir, incluso, apartados epistemológicos necesarios para aproxi-

marnos de mejor manera a nuestra realidad. Dicho de otro modo: estamos otra vez ante el reto de generar respuestas teóricas pero también de acompañar en la discusión sobre su cumplimiento a este nuevo material interamericano que suma a la cultura de derechos. No puede perderse de vista, en cualquier caso, que nuestro discurso, el jurídico, está basado en nociones antiquísimas de derecho y obligación, y cómo se generan. En eso van nuestras futuras tareas.

4. A MANERA DE CONCLUSIÓN: LAS LÍNEAS DE REFLEXIÓN A PARTIR DEL DIÁLOGO INTERAMERICANO

Debido a que el derecho internacional es cada vez más extenso, complejo y completo, pensemos en líneas de acción amplias y no en modelos estrechos; con un modelo poswestfaliano es posible superar conceptos y reescribir definiciones.³⁰ El Estado-nación no puede ser una vía de solución según la concepción nacida en Westfalia; es necesario “transformar profundamente los ordenamientos jurídicos nacionales”³¹ y aportar escenarios donde la democracia y los derechos humanos tengan cabida.

Una primera línea de reflexión es construir una *lex data*, desde la sede nacional, de lo que para el derecho internacional es *lex ferenda*. Ante la duda sobre qué hacer con el valor jurídico de resoluciones que en principio no son obligatorias pero que deben ser referencia obligada para interpretar normas convencionales, pensemos en desdibujar de una vez la línea entre lo no obligatorio y hagamos que las resoluciones de la CIDH y los comités de las Naciones Unidas sean obligatorias para el Estado mexicano. Así se estaría acorde con la cultura de protección y promoción de derechos humanos que tanto pregonan nuestros gobiernos. Si se vuelven obligatorias en sede nacional, entonces se pueden utili-

³⁰ Rodríguez Garavito, César, “Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina”, en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, pp. 72-77.

³¹ *Idem.*

zar los mecanismos procesales legales para hacer que el derecho se cumpla.

Esta ruta pone el principio de la buena fe en la cúspide del escenario. No se olvide que el derecho internacional mantiene su origen principal en la buena fe de las relaciones internacionales. El primer derecho internacional, el primer *ius gentium* se encomendó a Fides, y en la concepción westfaliana, la buena fe alcanzó las relaciones jurídicas;³² ¿a quién nos encomendamos en la era poswestfaliana para implementar o ejecutar sentencias? La respuesta natural debe ser a la buena fe de los gobiernos (todavía no podemos salvarnos de ella), pero también nos encomendamos a la sociedad civil organizada que acompaña e incluso a una academia que critica, estudia y propone. Esta línea supondría que el derecho internacional se vuelve obligatorio no solo de arriba hacia abajo —pensando que arriba está el órgano que puede crear el derecho internacional y abajo el sujeto obligado, el Estado—, sino sobre todo porque de abajo se asume como tal.

La segunda línea de reflexión insiste en dos negaciones: la relación entre el derecho internacional y el derecho interno no es una relación basada en jerarquía normativa ni tampoco puede entenderse a partir de la fragmentación del derecho internacional. Respecto de la primera, deben abandonarse las nociones que permitieron durante muchos años afirmar que los tratados tenían rango supraconstitucional, constitucional o infraconstitucional. Hoy, el derecho internacional debe ser implementado, utilizado como derecho aplicable, por quienes tienen competencia para hacerlo en el derecho nacional. Respecto de la segunda, supondría no otorgar, *prima facie*, un valor especial solamente a las reglas de un determinado régimen autónomo del derecho internacional (es decir que el derecho ambiental sea mayor al derecho de las inversiones, o el derecho de los derechos humanos al derecho penal) sino pensar en el derecho internacional como un todo. En todo caso, debe buscarse explotar al máximo los principios pro persona o pro ambiente, para resolver los casos en los que pudiera existir conflicto entre normas de distintos regímenes au-

³² Supiot, Alain, *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Siglo XXI, 2012, pp. 121-146.

tónomos. La propia Comisión de Derecho Internacional³³ insistió en la interpretación armónica o sistémica, asentada en el artículo 31.3.c de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para resolver los conflictos entre normas internacionales que no gozan de jerarquía diferenciada.

Una tercera línea de reflexión es insistir en la transversalidad de las reglas internacionales de derechos humanos (aunque no es exclusividad de ellas, también las normas que protegen el medio ambiente pueden serlo). Dicha transversalidad pone énfasis en la importancia de cumplir tales normas por todas las autoridades del Estado y que permitiría, en todo caso, la posibilidad de implementarlas por vía legislativa, ejecutiva o incluso judicial. Por ello no sería suficiente la expedición de una ley que reparta competencias, es necesario asumir que una cultura gubernamental de protección de derechos es obligación de todas las autoridades. No debe confundirse esta vía con la negativa de la fragmentación, pues mientras esta asume que un grupo de normas son autónomas, la transversalidad supone que un grupo de normas pueden utilizarse independientemente del campo de especialización donde se encuentren, sobre todo en el ámbito nacional. De esa forma, un juez de rama administrativa puede conocer del derecho internacional, de la misma manera que un juez laboral. Es claro también que una norma de protección ambiental puede ser usada por operadores del comercio internacional o del derecho de las inversiones.

Con estas líneas se plantean, como se decía al inicio, más reflexiones teóricas para pensar sobre la creación de mecanismos de implementación de resoluciones o recomendaciones, o sobre la medición del impacto o influencia en ámbitos internos. La cercanía que las autoridades deben tener con las víctimas o sus representantes, la celeridad en el pago de indemnizaciones o en el cumplimiento total de las órdenes de reparación dictadas por el órgano jurisdiccional internacional, la disposición de un alto funcionario para acudir a un acto de disculpa pública o la coordina-

³³ Se refiere aquí a lo expresado por la Comisión de Derecho Internacional en *Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, A/CN.4/L.702, 18 de julio de 2006.

ción para la organización de cursos a los funcionarios, o incluso a la sociedad en general, deben ser vistas entonces bajo el lente de una nueva relación entre derecho nacional e internacional y en la visión óptima que contempla el derecho internacional de los derechos humanos. Sobre todo, son los diálogos académicos entre pares, con autoridades y con la sociedad, los que confirmarán o mejorarán nuestros esquemas de comprensión y protección de derechos a partir del derecho internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- ABBOTT, Kenneth W. y SNIDAL, Duncan, “Hard and Soft Law in International Governance”, en KU, Charlotte y DIEHL, Paul (eds.), *International Law. Classic and contemporary readings*, 2a ed., Boulder, Lynne Rienner Publishers, 2003.
- AGO, Roberto, “Las opiniones consultivas ‘obligatorias’ de la Corte Internacional de Justicia: problemas de ayer y de hoy”, Rama-Montaldo, Manuel, *El derecho internacional en un mundo en transformación, liber amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, vol. I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994.
- BOGDANDY, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, 2011.
- ESTRADA ADÁN, Guillermo Enrique, “El diálogo judicial con la Corte Interamericana de Derechos Humanos: revisión desde el *ius commune* y la Contradicción de Tesis 293/2011”, en CABALLERO, José Luis *et al.* (coords.), *Los derechos político electorales en Michoacán. Dimensión internacional, constitucional y local*, México, Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, 2014.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Turín, Giappichelli Editore, 1995.
- GARCÍA PASCUAL, Cristina, *Norma Mundi. La lucha por el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2014.

- GOLDMANN, Matthias, “We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law”, *Leiden Journal of International Law*, 2012, 25.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *Derecho. Obras 7*, México, El Colegio Nacional, 2001.
- KOH, Harold, “Transnational legal process”, *Nebraska Law Review*, núm. 75, 1996.
- KOSKENNIEMI, Martí, *From apology to utopia. The Structure of International Legal Argument*, Nueva York, Cambridge University Press, 2005.
- MARTÍNEZ BÁEZ, Antonio, “La Constitución y los tratados internacionales”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, t. VIII, núm. 30, 1946.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela, “La doble estatalidad abierta y la tutela de los derechos en el constitucionalismo suramericano de la integración”, en BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2012.
- PANUCCIO, Vincenzo, *La fantasia nel diritto*, Milán, Giuffrè, 1994.
- PICCATO RODRÍGUEZ, Antonio, “¿Dónde pongo lo hallado? La enseñanza del derecho entre la teoría, la dogmática y la argumentación”, en ESTRADA ADÁN, Guillermo E. y REYES DÍAZ, Carlos H. (coords.), *La enseñanza del derecho y del derecho internacional. Reflexiones*, México, Porrúa, 2014.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César, “Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina”, en RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI editores.
- SUPIOT, Alain, *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Siglo XXI, 2012.
- TREVES, Tullio, *Diritto Internazionale. Problemi fondamentali*, Milán, Giuffrè, 2005.

Después del fallo: el cumplimiento
de las decisiones del Sistema Interamericano
de Derechos Humanos.
Una propuesta de metodología

Sergio Iván Anzola*
Beatriz Eugenia Sánchez**
René Urueña***

1. INTRODUCCIÓN

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) constituye un activo importante para la protección de los derechos

* Abogado por la Universidad de los Andes, máster en Derecho Internacional por la Universidad de Helsinki y doctor en Derecho por la Universidad de los Andes e Investigador del Centro de Estudios sobre la Enseñanza y Aprendizaje del Derecho, A.C. (CEEAD).

** Doctora en Derecho (*suma cum laude*) por la Universidad Carlos III, Madrid, magíster en Acción Solidaria Internacional de Europa por la misma Universidad y abogada por la Universidad de los Andes. Es profesora del diploma en migraciones forzadas del Instituto de Estudios sobre Conflictos y Acción Humanitaria (IECAH).

*** Doctor en Derecho (*eximia cum laude*) y LL.M. (*laudatur*) por la Universidad de Helsinki, Finlandia. Especialista en Economía y abogado por la Universidad de los Andes. Es profesor asociado y director de investigaciones y del Área de Derecho Internacional en la Universidad de los Andes.

El presente artículo fue publicado previamente como: “Después del fallo: el cumplimiento de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una propuesta de metodología (Bogotá: Uniandes/Documentos Justicia Global, 2015).

humanos en las Américas. Su naturaleza subsidiaria garantiza que, frente a la denegación de justicia por parte de los Estados, los individuos tengan otra instancia a la cual acudir para hacer valer sus derechos, representando un gran avance en la protección de las personas y su dignidad humana. La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) reconoce que sus sentencias son, por sí solas, una forma de reparación.¹

Adicionalmente, el Sistema Interamericano ha buscado brindar reparaciones concretas a las víctimas de violaciones de derechos humanos mediante recomendaciones, contenidas en los informes finales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), así como por medio de las medidas de reparación específicas contenidas en las sentencias de la Corte IDH.

Si bien las sentencias de la Corte o los informes finales de la Comisión son valiosos por el simple hecho de declarar la responsabilidad internacional del Estado frente a un determinado caso, las reparaciones son un componente sumamente importante para que el SIDH logre los objetivos que ha trazado para sí mismo, reforzando así su legitimidad ante los Estados y la sociedad civil.

Este estudio se centra en la importancia de las reparaciones del Sistema Interamericano y su efectiva materialización. Puntualmente, se pretende determinar los factores que inciden en que un Estado cumpla o no las órdenes de reparación. Así, en concreto se estudiará al Estado colombiano y las sentencias emitidas por la Corte Interamericana que declaran su responsabilidad internacional por violaciones de derechos humanos e incumplimiento de las respectivas obligaciones estatales, entre 2004 y 2012.

¹ En la sentencia del *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, la Corte IDH declaró, por unanimidad, que: “[...] 4. [La] Sentencia constituye *per se* una forma de reparación”. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 133, punto declarativo 4 y párr. 131. Véase también Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C, núm. 129, párr. 159; *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, Núm. 127, párr. 260, y *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C, núm. 126, párr. 130.

Este estudio parte de la convicción de que el Sistema Interamericano debe tener impactos simbólicos y materiales, ambos proyectados mediante las órdenes de reparación.² Estos efectos son vitales para la legitimidad del SIDH, particularmente en la coyuntura actual en la que acaba de superar su proceso de fortalecimiento iniciado en 2011.

Hasta el momento, los niveles de cumplimiento de las órdenes del SIDH son bajos, poniendo en entredicho su capacidad para garantizar una reparación real a las víctimas. Así, una investigación cuantitativa enfocada en el grado de cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del sistema de peticiones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) evidencia el incumplimiento de la mitad de estas órdenes de reparación decretadas, recomendadas o acordadas frente a los Estados.³ Adicionalmente, el cumplimiento total es de solo 36% de las órdenes de reparación y el cumplimiento parcial es de 14%.⁴ ¿Qué explica estos bajos niveles de cumplimiento? Es determinante identificar qué factores inciden para concretar cualquier propuesta o iniciativa que busque mejorar los índices de cumplimiento. Tal es el objetivo del presente estudio.

² Rodríguez, César y Rodríguez, Diana, *Cortes y cambio social estructural: los efectos del constitucionalismo progresista*, Bogotá, DeJusticia, 2010, p. 19. Los autores, al analizar fallos estructurales, encuentran efectos materiales directos —como cambios de política pública y la situación de los desplazados— y efectos simbólicos indirectos —como la transformación de la opinión pública sobre el fenómeno del desplazamiento—.

³ Esta investigación comprende el estudio de todos los informes finales de fondo de la CIDH (art. 51 CADH), todos los informes de la CIDH para la aprobación de acuerdos de solución amistosa (art. 49 CADH) y todas las sentencias de la Corte Interamericana entre el 1 de junio del 2001 y 30 de junio del 2006 respecto de los Estados parte de la CADH que han aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH. Por tanto, se revisaron 12 informes finales de fondo, 39 soluciones amistosas aprobadas por la Comisión y 41 participaciones de la Corte. Estas 92 decisiones contienen 462 órdenes adoptadas por el SIDH: 45 de ellas fueron recomendadas en informes finales de la CIDH, 160 fueron resueltas por acuerdos amistosos, y 257 fueron ordenadas por el Tribunal en las sentencias de fondo.

⁴ Basch, Fernando *et. al.*, “The Effectiveness of the Inter-American System of Human Rights Protection: A Quantitative Approach to its Functioning and Compliance With its Decisions”, *Sur International Journal on Human Rights*, vol. 7, núm. 12, junio 2010, p. 19.

Ahora bien, el cumplimiento de las órdenes del Sistema Interamericano ha sido estudiado previamente en la región, a través del trabajo de Basch,⁵ de Hawkins y Jacoby⁶ y de Huneeus.⁷ No obstante, ninguno de los estudios existentes aborda los factores que determinan el cumplimiento de un Estado con una sentencia o una orden de reparación de la Corte IDH. En contraste, el presente estudio busca conceptualizar el proceso de cumplimiento colombiano como una relación entre una variable dependiente y unas variables independientes. Este enfoque permite pasar de las preguntas ¿qué tanto se cumple? y ¿qué se cumple? a la pregunta ¿por qué se cumple?

2. METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA DEL REPORTE

El presente estudio muestra, en la primera sección, un panorama general del grado de cumplimiento actual del Estado colombiano de cada una de las órdenes de reparación incluidas en las sentencias de la Corte IDH. Para ello, se utilizaron las sentencias comprendidas entre 2004 y 2012. Esto, ya que fue a partir de 2004 cuando la Corte Interamericana empezó a adquirir una notoria relevancia en la realidad jurídica y política del país, resaltando que, en 2005, Colombia entró en un proceso de justicia transicional consagrado en la ley 975 de 2005. Además, con sentencias desde 2004 hasta 2012 se garantiza que la información se refiera a procesos de cumplimiento probablemente ya concluidos.

En aras de determinar el grado de cumplimiento de las órdenes contenidas en estas sentencias, el análisis incluye las resoluciones de supervisión de cumplimiento de la Corte IDH, donde se establecen tres categorías para medir el grado de cumplimiento del Estado frente a cada medida de reparación: cumplimiento

⁵ *Idem.*

⁶ Hawkins, Darren y Jacoby, Wade, “Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American Courts for Human Rights”, *Journal of International Law and International Relations* 6 (1), 2010, pp. 35-85.

⁷ Huneeus, Alexandra, “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights”, *Cornell International Law Journal* 44, 2011, pp. 493-533.

total, cumplimiento parcial e incumplimiento. A partir de ello, se diseñó una matriz en la que se sistematizó toda la información, para que cada una de las órdenes de reparación del universo de casos seleccionados tuviera asignada la categoría de cumplimiento establecida por la misma Corte, según la resolución de supervisión de cumplimiento más reciente para cada caso.

¿Qué explica este nivel de cumplimiento? En la segunda sección, el estudio propone cinco factores que pueden dar razón de esta realidad: jurídicos (recepción de las decisiones de la Corte en el sistema jurídico colombiano), institucionales (estructura estatal para el cumplimiento de las decisiones del SIDH), presupuestales, informales o de cultura organizacional y externos.

Una vez analizado el cumplimiento del Estado colombiano a nivel general, se determinó el estatus jurídico de las sentencias de la Corte IDH en el ordenamiento colombiano, para establecer si el incumplimiento se debía a un obstáculo de tipo estrictamente legal. Para ello, se adelantó un estudio sobre la estructura estatal destinada a dar cumplimiento a estas obligaciones internacionales, y un análisis de sentencias de la Corte Constitucional colombiana y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, donde se analizaba el valor y efecto jurídico que producen las sentencias de la Corte Interamericana a nivel interno.

Dado que los resultados de esta primera fase solo ofrecían una explicación parcial del nivel de cumplimiento de las decisiones, fue necesario hacer una aproximación cualitativa al fenómeno consultando la opinión tanto de la sociedad civil como de funcionarios del Estado. Se realizaron 10 entrevistas a diferentes actores involucrados en el proceso de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, donde se pudieron identificar algunos factores externos que posiblemente explican de mejor forma el fenómeno estudiado.

Los resultados alcanzados condujeron a formular una serie de hipótesis que se “operativizaron” como variables explicativas (variables independientes) del grado de cumplimiento (variable dependiente) de las distintas órdenes y casos para el periodo analizado. Estas variables explicativas se obtuvieron directamente de las entrevistas realizadas y otras de ellas surgieron de intui-

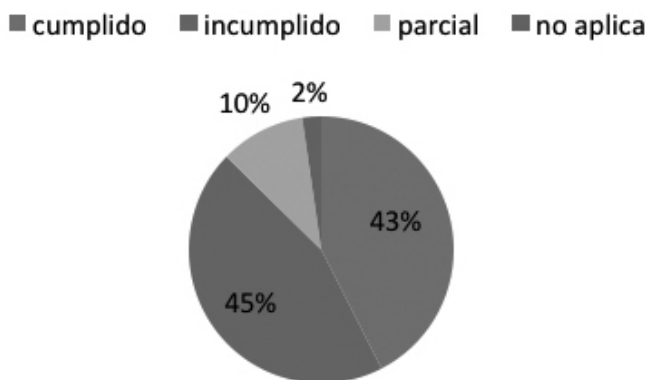
ciones del equipo investigador basadas en los resultados obtenidos en el trabajo de campo.

Posteriormente, se verificó el poder explicativo de dichas variables independientes a través de dos análisis estadísticos, para determinar cuáles de estas guardan correlación o inciden en el grado de cumplimiento de manera determinante.

2.1. Cumplimiento de las decisiones del SIDH: el caso colombiano

Entre 2004 y 2012, la Corte IDH resolvió nueve demandas contra el Estado colombiano,⁸ con un total de 88 órdenes de reparación, cuya tasa de cumplimiento e incumplimiento es prácticamente equivalente, como se muestra a continuación:

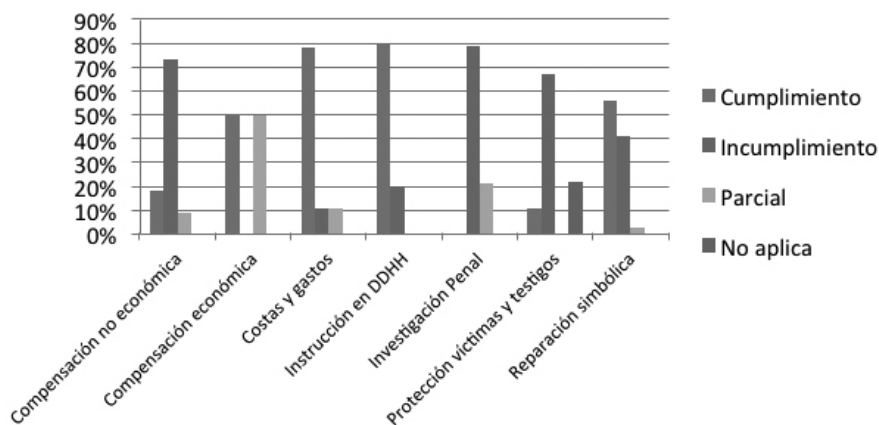
GRÁFICA 1. Grado de cumplimiento global respecto de cada una de las órdenes de reparación



⁸ El 3 de septiembre del 2012, la Corte IDH decidió el *Caso Vélez Restrepo y Familia vs. Colombia*, que no fue incluido en el universo de casos seleccionados pues el proceso de cumplimiento de las órdenes seguramente no se habría puesto en marcha. Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C, núm. 248.

No obstante, esa tasa de cumplimiento varía radicalmente al analizar el cumplimiento de las órdenes de acuerdo con su naturaleza. Como se puede observar en la gráfica 2, las medidas relativas a la instrucción en derechos humanos y el pago de costas y gastos del proceso presentan un alto grado de cumplimiento, mientras que aquellas que implican compensaciones para las víctimas de tipo no económico, como la atención psicosocial y la obligación de desarrollar investigaciones penales, son generalmente incumplidas. Las directamente relacionadas con la reparación de los afectados se sitúan en un nivel medio. Al incluir las distintas órdenes en categorías genéricas, el cumplimiento del Estado colombiano frente a cada una de ellas es el siguiente:

GRÁFICA 2. Grado de cumplimiento de las órdenes del SIDH



¿Cómo se estructura este nivel de cumplimiento respecto a cada caso en particular? A continuación se muestra el cumplimiento colombiano en los casos durante el periodo seleccionado:

CUADRO 1. Cifras para cada caso estudiado por la Corte IDH entre 2004 y 2012

	Caso	Cumplimiento		Parcial		Incumplimiento		No aplica
		%	Tipo de órdenes cumplidas	%	Tipo de órdenes cumplidas parcialmente	%	Tipo de órdenes incumplidas	
1	19 Comerciantes	34%	Reparación simbólica Pago de costas y gastos Protección de testigos y/o víctimas	22%	Compensación de carácter económico y no económico	33%	Reparación simbólica Investigación penal y sanción a los responsables	11%
2	Gutiérrez Soler	63%	Compensación económica Compensación no económica Reparación simbólica Instrucción a funcionarios públicos Pago de costas y gastos	13%	Órdenes tendientes a la realización de instrucción a funcionarios públicos	13%	Órdenes tendientes a la realización de la investigación penal Sanción a responsables	14%

3	<i>Masacre de Mapiripán</i>	40%	<p>Órdenes de reparación encaminadas a la designación de un mecanismo oficial de seguimiento de cumplimiento a las órdenes</p> <p>La instrucción de funcionarios públicos</p> <p>Reparación simbólica</p> <p>Pago de costas y gastos</p>	10%	50%	<p>Órdenes tendientes a la realización de la investigación penal</p> <p>Compensación de carácter no económico</p> <p>Reparación simbólica</p> <p>Sanción a responsables</p>
4	<i>Masacre de Pueblo de Bello</i>	22%	<p>Órdenes de reparación encaminadas a realizar reparación simbólica</p>	11%	67%	<p>Órdenes tendientes a la realización de la investigación penal</p> <p>Compensación no económica</p> <p>Protección a testigos y/o víctimas</p> <p>Reparación simbólica</p> <p>Pago de costas y gastos</p>

	Caso	Cumplimiento		Parcial		Incumplimiento		No aplica
		%	Tipo de órdenes cumplidas	%	Tipo de órdenes cumplidas parcialmente	%	Tipo de órdenes incumplidas	
5	Masacres de Ituango	40%	Instrucción de funcionarios públicos en derechos humanos Reparación simbólica Compensación económica Pago de costas y gastos			60%	Órdenes tendientes a la realización de la investigación penal Compensación no económica Protección de testigos y/o víctimas Reparación simbólica	
6	Masacre de la Rochela	40%	Reparación simbólica Instrucción a funcionarios públicos	20%	Compensación de carácter económico Reparación simbólica Pago de costas y gastos	40%	Protección a testigos y/o víctimas Investigación penal y sanción a los responsables Compensación de carácter no económico	
7	Escué Zapata	75%	Reparación simbólica Compensación de carácter no económico Pago de costas y gastos	14%	Compensación de carácter no económico	13%	Órdenes tendientes a la realización de la investigación penal	

8	<i>Valle Jaramillo</i>	44%	Compensación económica Reparación simbólica Pago de costas y gastos	0%		67%	Órdenes tendentes a la realización de la investigación penal Compensación de carácter no económico Reparación simbólica Protección de testigos o víctimas
9	<i>Manuel Cepeda Vargas</i>	22%	Compensación económica Reparación simbólica Pago de costas y gastos	0%	Compensación económica	56%	Órdenes tendentes a la realización de la investigación penal Compensación de carácter no económico Protección a testigos y/o víctimas Reparación simbólica

2.2. Después del fallo: ¿cómo cumple Colombia las decisiones del SIDH?

¿Por qué el índice general de cumplimiento es bajo (43%)? ¿Por qué existen índices de cumplimiento tan dispares? ¿Por qué el cumplimiento de órdenes que implican la instrucción en derechos humanos a funcionarios del Estado y el pago de costas y gastos alcanzan casi 80% de cumplimiento, mientras que las órdenes que implican compensación de carácter no económico apenas alcanzan 17%? ¿Qué explica esa divergencia? ¿Qué explica que en el caso *Valle Jaramillo* el índice de cumplimiento sea de apenas 33%, mientras que en el caso *Ezcué Zapata* el índice de cumplimiento sea de 75%? ¿Qué explica que en el caso *Gutiérrez Soler* el índice de incumplimiento sea de apenas 13%, mientras que en el caso *Masacre de Pueblo Bello* sea de 67%?

El objetivo de este texto es desarrollar una metodología para explorar tales preguntas. Para hacerlo, esta sección explora los cinco factores explicativos mencionados —jurídicos, institucionales, presupuestales, informales y externos— y desarrolla su posible impacto.

3. FACTORES JURÍDICOS: LA RECEPCIÓN DE LAS ÓRDENES DEL SIDH EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

El análisis del estatus jurídico de las sentencias de la Corte IDH al interior del ordenamiento jurídico colombiano permite establecer si este es un factor relevante para analizar el cumplimiento material de las órdenes de reparación.

Se pretende determinar si la recepción de las decisiones de los órganos de control y supervisión del Sistema Interamericano, particularmente de las sentencias de la Corte IDH dentro del ordenamiento colombiano, es un factor determinante para el cumplimiento de las órdenes de reparación. Para ello, primero se examinará la figura del bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano; después, la relación entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y los organismos de control y vigilancia del SIDH; posteriormente se abordará la rela-

ción entre la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y los organismos de control y vigilancia del SIDH y, por último, se determinará si esta relación jurídica entre derecho internacional y nacional es un factor relevante y explicativo para el cumplimiento de las órdenes de reparación en el ordenamiento jurídico colombiano.

3.1. Bloque de constitucionalidad

El bloque de constitucionalidad es una figura jurídica mediante la cual se enmarcan aquellas normas o principios que, sin presentarse expresamente en el texto constitucional, funcionan como parámetros de control de constitucionalidad, por haber sido integrados al mismo por diversas vías y por mandato de la misma Constitución.⁹ Los parámetros de adopción de las normas internacionales en el ordenamiento interno se encuentran definidos en la Constitución.¹⁰

A partir de las sentencias C-574/92 y T-409/92, la Corte Constitucional define la naturaleza del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Constitución Política, desarrollando en su jurisprudencia dos sentidos del bloque de constitucionalidad.¹¹ Por un lado, el bloque de constitucionalidad *strictu*

⁹ Corte Constitucional, sentencia de 18 de mayo de 1995, M.P: Alejandro Martínez Caballero. Véase Uprimny, Rodrigo, “La fuerza vinculante de las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos en Colombia: Un examen de la evolución de la jurisprudencia constitucional”, en Tojo, Liliana y Krsticevic, Viviana (coords), *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, Buenos Aires, CEJIL, 2007, pp. 127-142, y Gutiérrez, Andrés, *El bloque de constitucionalidad. Conceptos y fundamentos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

¹⁰ Véanse los artículos 9, 53, 93, 94, 102 y 214 superiores.

¹¹ Sobre el desarrollo jurisprudencial de la naturaleza del bloque de constitucionalidad véase Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995, M.P: Alejandro Martínez Caballero; Corte Constitucional, sentencia C-578 de 1995, M.P: Jaime Córdoba Triviño; Corte Constitucional, sentencia C-135 de 1996, MM.PP: Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero; Corte Constitucional, sentencia T-477 de 1995, M.P: Alejandro Martínez Caballero; Corte Constitucional, sentencia C-358 de 1997, M.P: Eduar-

sensu, compuesto por normas que tienen jerarquía constitucional para todos los efectos y que han sido integradas a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la misma,¹² como las normas contenidas en los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y las normas del derecho internacional humanitario,¹³ el Preámbulo de la Constitución Política, el articulado constitucional, los tratados de derechos humanos ratificados, entre otras. Y, por el otro, el bloque de constitucionalidad *lato sensu* comprende aquellas normas que funcionan como parámetros de interpretación de las disposiciones constitucionales en materia de derechos fundamentales, como las disposiciones de tratados de derechos humanos que contienen derechos que pueden ser suspendidos en estados de excepción (art. 93.2 de la Constitución), leyes orgánicas y leyes estatutarias, en lo conducente.

Para efectos del presente estudio, es pertinente, entonces, establecer cuál es la ubicación de las sentencias y la jurisprudencia de las cortes y organismos internacionales de derechos humanos dentro del bloque de constitucionalidad, para definir su valor jurídico dentro del ordenamiento colombiano. Ahora no se está haciendo referencia a las órdenes de reparación emitidas por la Corte IDH (el “resuelve” y “ordena” de la sentencia), sino a la *ratio decidendi* de ellas, a la interpretación de la Corte IDH de los derechos y obligaciones de la CADH, y si esta debe ser seguida obligatoriamente por los jueces colombianos.

La Corte Constitucional no ha sido uniforme en este aspecto. Algunas de sus sentencias señalan que los operadores jurídicos nacionales solo están vinculados por el texto de los tratados

do Cifuentes Muñoz; Corte Constitucional, sentencia C-191 de 1998, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; Corte Constitucional, sentencia C-582 de 1999, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, y Corte Constitucional, sentencia SU-1150 de 2000, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹² Véase Corte Constitucional, sentencia C-191 de 1998, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹³ Uprimny denomina *cláusula jerárquica* al inciso primero del art. 93 y *cláusula interpretativa* al inciso segundo del art. 93 de la Constitución Política. Uprimny, Rodrigo, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2008, p. 75.

internacionales y por las decisiones judiciales que le ordenan al Estado colombiano una determinada conducta. Así pues, la *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte IDH sería simplemente una opinión doctrinal, sin que necesariamente los jueces estén obligados a seguir su misma interpretación. Otras sentencias de la Corte Constitucional han señalado que la forma en que la Corte IDH interpreta la CADH debe ser acatada por las autoridades nacionales, pues es una fuente de derecho internacional vinculante.

Así, es posible afirmar que en Colombia no hay claridad respecto a la vinculatoriedad de la *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte Interamericana, pues la jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha sido uniforme en esta materia. Sin embargo, la falta de claridad en este asunto no afecta en nada a la vinculatoriedad que la Corte Constitucional ha otorgado a las órdenes de reparación de la Corte IDH.

3.2. La jurisprudencia de la Corte Constitucional y los pronunciamientos del SIDH

a) Sentencias de la Corte IDH

La Corte Constitucional solo se ha pronunciado dos veces de forma expresa respecto al estatus jurídico de las sentencias de la Corte Interamericana y la obligatoriedad del cumplimiento de las órdenes de reparación contenidas en estas para las entidades estatales colombianas. En la T-367 de 2010, la Corte Constitucional declaró la vinculatoriedad de ellas, así como la forma en que debe llevarse a cabo ese cumplimiento.

Posteriormente, en la sentencia T-653 de 2012, reiteró la vinculatoriedad de las medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH, señaló las razones por las cuales son obligatorias y añadió un nuevo argumento a favor de esta posición: el derecho a la paz.¹⁴

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-653 de 2012, M.P: Jorge Iván Palacio Palacio.

Estos dos pronunciamientos son bastante claros en cuanto a la vinculatoriedad y la consecuente obligación del Estado de cumplir con las órdenes de la Corte IDH.

*b) Medidas provisionales
ordenadas por la Corte IDH*

La Corte Constitucional, en la sentencia T-558A de 2011, reconoció la vinculatoriedad de las medidas provisionales ordenadas por la Corte IDH para el Estado colombiano.¹⁵ En dicha sentencia expresó que “las medidas provisionales son un acto jurídico adoptado por un organismo internacional con funciones jurisdiccionales, cuyo cumplimiento es ineludible para el Estado colombiano.”

c) Medidas cautelares emitidas por la CIDH

Las medidas cautelares de la CIDH han sido analizadas en más de una sentencia de la Corte Constitucional.¹⁶ En la sentencia T-558 de 2003, la Corte Constitucional expresó que las medidas cautelares, al ser recomendaciones realizadas por la CIDH, deben considerarse como opciones facultativas que el Estado parte de la CADH puede tener en cuenta o no.¹⁷ Así, este no tiene la obligación inter-

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia de 28 de julio de 2011, M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-786 de 2003, M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra; Corte Constitucional, sentencia T-327 de 2004, MM.PP: Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Treviño, y Corte Constitucional, sentencia T-1025 de 2007, M.P: Manuel José Cepeda.

¹⁷ Lo anterior es confirmado por la Corte IDH, en sentencia de 8 de diciembre de 1995, en el caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, donde estimó que el término “recomendaciones”, tal y como figura en el texto del Pacto de San José de Costa Rica, debía ser interpretado “conforme a su sentido corriente”, de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, y por ello “no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo cumplimiento generaría la responsabilidad del

nacional de dar cumplimiento a las recomendaciones que realice la Comisión Interamericana a través de dichas medidas.

Sin embargo, posteriormente, la Corte Constitucional optó por dar relevancia a las medidas cautelares, por cuanto protegen de manera inmediata derechos fundamentales que han sido vulnerados y que se encuentran en peligro inminente.

Así, para la Corte Constitucional, si bien las medidas cautelares son, en sentido estricto, “recomendaciones” y no “órdenes” y, además, no son proferidas por un órgano de naturaleza jurisdiccional, ello no implica que el Estado colombiano no esté llamado a cumplirlas.¹⁸

3.3. La jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y los pronunciamientos del SIDH

Las sentencias de la Corte IDH y los informes de la CIDH generalmente ordenan o recomiendan a los Estados, respectivamente, adelantar investigaciones penales tendentes a establecer los responsables penales de violaciones de los derechos humanos. Por esto, debe analizarse cómo la Corte Suprema de Justicia resuelve la tensión que puede presentarse entre las disposiciones de estas instancias internacionales y la seguridad jurídica interna, representada a través de la figura de la cosa juzgada, en virtud del principio *non bis in idem*. Esto, por cuanto las órdenes que derivan del Sistema Interamericano puedan implicar la reapertura de un proceso en el que ya se ha dictado sentencia, y esta se encuentre ejecutoriada, lo cual genera la necesidad de acudir al mecanismo extraordinario de la acción de revisión para la reapertura del proceso.¹⁹

Estado”. Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C, núm. 22, párr. 67.

¹⁸ En similar sentido véase Corte Constitucional, sentencia T-786 de 11 de septiembre de 2003, M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁹ La acción de revisión es un recurso extraordinario del derecho procesal penal que otorga un medio de defensa al actor, con el objeto de hacer valer ciertos derechos que este considere que no hayan sido respetados por el juzgador. Existen causales de procedencia de esta acción que reglamentan

a) *Informes de fondo de la CIDH*
(arts. 50 y 51 de la CADH)

La Corte Suprema entiende que los informes de los artículos 50 y 51, y las recomendaciones contenidas en ellos en materia de justicia, tienen la virtud de permitir a las partes interesadas interponer la acción de revisión contra la sentencia ejecutoriada.²⁰ No obstante, dicho órgano no considera que las recomendaciones de la Comisión Interamericana sean por sí solas suficientes para que se declaren sin efecto condenas ya ejecutoriadas. Así, puede afirmarse que las recomendaciones no tendrían para estos fines específicos una naturaleza jurídica vinculante en el ordenamiento jurídico colombiano.²¹

su uso, y que se encuentran plasmadas en el artículo 192 de la ley 906 L04 (Código de Procedimiento Penal). La causal particular que interesa a este estudio es la contenida en el numeral 4 del artículo señalado, a saber: “Cuando después del fallo absolutorio en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates”.

²⁰ Véase Corte Suprema de Justicia, sentencia de 1 de noviembre de 2007, proceso 26077 de 2007, M.P: Sigifredo Espinosa Pérez; Corte Suprema de Justicia, sentencia de 6 de marzo de 2008, proceso 26703 de 2008, M.P: Sigifredo Espinosa Pérez, y Corte Suprema de Justicia, sentencia de 22 de junio de 2011, proceso 32407 de 2011, M.P: María del Rosario González de Lemos.

²¹ La Corte Suprema de Justicia expresa: “En consecuencia, la definición de si se cumple o no la causal que demanda revisar el proceso, no surge, en estricto sentido, como lo dispone el artículo 192 de la Ley 906 de 2004, en su numeral cuarto, de que esa instancia internacional haya establecido mediante una decisión que, en efecto, se violaron las garantías de seriedad e imparcialidad en la investigación, sino producto de que la Corte Suprema de Justicia, una vez habilitada la posibilidad de examinar el procedimiento, gracias a la recomendación de la CIDH, encuentre que en verdad ello ocurrió así, pues, en caso contrario, dada la carencia de efecto vinculante de la dicha recomendación, a la Sala no le corresponde más que avalar el proceso seguido en nuestro país”. (cursivas añadidas) Véase Corte Suprema de Justicia, sentencia de 1 de noviembre de 2007, proceso 26077 de 2007, M.P: Sigifredo Espinosa Pérez.

b) Acuerdo de solución amistosa ante la CIDH

La Corte Suprema ha analizado los efectos de los acuerdos de solución amistosa homologados por la CIDH, al usarse como causal para interponer una acción de revisión. Frente a la vinculatoriedad de estos, se evidenció la existencia de contradicciones dentro de la jurisprudencia de este órgano.

En el proceso 30642 de 2012, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia concluyó que los informes de la CIDH poseen fuerza vinculante por cuanto “homologa el acuerdo de solución, que no es otra cosa que el reconocimiento por parte del Estado colombiano de que se incurrió el [sic] violaciones a los derechos humanos, y por consiguiente de obligatorio cumplimiento en el marco de los tratados internacionales y de la Convención Americana”. Así, dicha corporación considera a los acuerdos de solución amistosa, y a los compromisos que emanan de ellos, como vinculantes para el Estado colombiano y, por ende, capaces de hacer prosperar la acción de revisión por sí solos sin necesidad de análisis posterior alguno.

Dicha posición se ve reforzada por la argumentación en el proceso 28476 de 2008, donde, al estudiar una demanda de nulidad contra una sentencia que falló favorablemente una acción de revisión sobre un acuerdo de solución amistosa homologado por la CIDH, la Corte Suprema sostuvo que, por ser la Convención Americana un tratado internacional integrado al ordenamiento jurídico a través del bloque de constitucionalidad, los pronunciamientos de los órganos creados por ella prevalecen en el ordenamiento jurídico interno.²²

No obstante, la posición de la Corte Suprema de Justicia fue distinta en un caso con hechos similares, el proceso 28477 de 2011, donde se determinó que un acuerdo de solución amistosa homologado por la Comisión Interamericana no tenía fuerza vinculante y que su trato se equiparaba al de los informes de los artículos 50 y 51 explicados anteriormente. Así, contrastando los informes de la CIDH con las sentencias de la Corte IDH, observó:

²² Corte Suprema de Justicia, sentencia de 16 de diciembre de 2008, M.P.: Javier Zapata Ortiz.

“Sin embargo, conforme la Sala ha tenido ocasión de precisar, tales recomendaciones por sí solas, carecen de la fuerza vinculante atribuida a las decisiones de la [Corte IDH] en la Convención Americana [...], al disponer que sus fallos serán motivados (art. 66), definitivos e inapelables (art. 67), al paso que las recomendaciones de la CIDH, no revisten fuerza obligatoria”.²³

Conforme a esto, por cuanto ve a los referidos acuerdos de solución amistosa, no hay claridad respecto a los efectos que estos generan frente a la acción de revisión.

c) Sentencias de la Corte IDH

En relación con las sentencias de la Corte Interamericana y sus efectos jurídicos en materia penal a nivel doméstico, se encuentra el proceso núm. 26021, de 17 de septiembre de 2008,²⁴ en el que la sentencia de la Corte IDH en el caso *Gutiérrez Soler*²⁵ constituyó causal de procedencia de la acción de revisión contra un auto que concedía la cesación de procedimiento a favor del procesado.

La Corte Suprema advierte en sus consideraciones que el fallo de la Corte Interamericana tiene carácter vinculante,²⁶ debido al reconocimiento de la competencia que el Estado colombiano otorgó a dicho Tribunal “por tiempo indefinido, bajo condición de reciprocidad para hechos posteriores a esta aceptación, sobre

²³ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 3 de agosto de 2011, M.P: José Leonidas Bustos Martínez.

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 17 de septiembre de 2008, proceso núm. 26021. M.P: Jorge Luis Quintero Milanés.

²⁵ Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 132.

²⁶ “De acuerdo con lo expuesto en precedencia, surge fácil advertir que la [Corte IDH] es un juez colegiado cuyos fallos son obligatorios y vinculantes para los Estados parte de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, bajo la condición de que el Estado haya declarado que ‘reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención’ (art. 63)”. Corte Suprema de Justicia, sentencia de 17 de septiembre del 2008, *cit.*

casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención”, a través de un instrumento de aceptación presentado el 21 de julio de 1985.²⁷ Así, “Colombia es Estado parte de la CADH y a través de un instrumento de derecho internacional público declaró que reconoce como obligatoria de pleno derecho, la competencia de la [Corte IDH]. Por consiguiente, *los fallos de este órgano judicial son vinculantes y de obligatorio acatamiento para el Estado colombiano*”.²⁸ (Cursivas añadidas)

De esta forma, la Corte Suprema concluye que las sentencias de la Corte IDH poseen el carácter de intangibilidad, esto es, el fallo es definitivo e inapelable.

Entonces, para la Corte Suprema de Justicia, las sentencias de la Corte Interamericana son vinculantes, pues la orden de investigar contenida en ellas es suficiente para que la acción de revisión prospere y, por ende, se declaren sin efecto las sentencias penales ya ejecutoriadas. Contrario a esto, los informes de la CIDH —de fondo o de solución amistosa— solo facultan a la Corte Suprema de Justicia para estudiar la acción de revisión, sin que esto implique de manera alguna que deban dejarse sin efecto las sentencias penales previamente emitidas por otra autoridad judicial.

3.4. Factores jurídicos: conclusiones

En el ordenamiento jurídico colombiano, las órdenes de reparación de la Corte IDH son vinculantes y de obligatorio cumplimiento para sus entidades a nivel nacional. Esta obligatoriedad se vislumbra en la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en lo que respecta a las obligaciones de investigar y sancionar a responsables penales de violaciones de derechos humanos.

En dicho contexto, el cumplimiento o incumplimiento de las órdenes de reparación de las sentencias de la Corte Interamericana no tiene una relación directa con la recepción que de ellas hace el ordenamiento jurídico colombiano.

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Idem.*

4. FACTORES INSTITUCIONALES:
ESTRUCTURA ESTATAL PARA EL CUMPLIMIENTO
DE LAS ÓRDENES DEL SIDH

Es necesario estudiar los procesos, normas e instituciones del Estado colombiano encargados de materializar el requerimiento que emana del Sistema Interamericano para determinar si estos pueden constituirse como un posible factor explicativo del bajo índice de cumplimiento de Colombia respecto a las reparaciones.

El presente apartado se estructura de la siguiente manera: primero se explicará el marco normativo que regula la forma en que el Estado colombiano debe cumplir las reparaciones contenidas en las sentencias de la Corte IDH y las recomendaciones contenidas en los informes de la CIDH (art. 51 CADH); después se explicará cómo el Estado colombiano cumple las órdenes de reparación consistentes en investigar y sancionar penalmente a los responsables y, por último, se expondrán las posibles implicaciones de la creación de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado en el procedimiento, forma y entidades encargadas de dar cumplimiento a las sentencias y recomendaciones de los órganos interamericanos de derechos humanos.

**4.1. Estructura estatal para el cumplimiento
de las reparaciones ordenadas
por la Corte IDH**

El artículo 68.2 de la Convención Americana dispone que “La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

Así, cuando se trata de medidas compensatorias, la CADH equipara la sentencia de la Corte IDH con las sentencias emitidas a nivel interno, lo cual se traduce en la obligación internacional que tienen los Estados parte de permitir a las víctimas utilizar procedimientos internos para hacer efectivos las indemnizaciones de carácter compensatorio. Por esta razón, dicha disposición tiene unos efectos limitados en la práctica, pues su

incidencia a nivel interno solo abarca una parte de las medidas de reparación. Frente a los otros tipos de reparaciones, son los propios Estados los que determinan la forma en la que deben dar cumplimiento.

Generalmente, las sentencias de la Corte Interamericana incluyen múltiples órdenes de reparación de diversa naturaleza, no meramente compensatoria. Queda a libre determinación de los Estados la forma en la que cumplirán con todas las otras medidas de reparación.

Para este fin, el Estado colombiano optó por crear un foro deliberativo compuesto por distintas entidades gubernamentales, entre ellas la Comisión Intersectorial para la Coordinación y Seguimiento de la Política Nacional en Materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario (Comisión Intersectorial), la cual tiene la obligación general de dar cumplimiento a los compromisos asumidos por el Estado en materia de derechos humanos. Dicha comisión fue creada por el decreto 3120 de 2000 y se regula por el decreto 4100 de 2011, para asignarle la función específica de “[i]mpulsar el cumplimiento y seguimiento de los compromisos y obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario”.²⁹ Esta funciona como un foro deliberativo y decisivo, en el cual, una vez recibida la sentencia de la Corte Interamericana, se debate y decide en su interior qué entidad estatal dará cumplimiento a cada una de las órdenes.³⁰ La Comisión Intersectorial se encuentra presidida por el vicepresidente de la República y está compuesta por los ministros del Interior, Relaciones Exteriores, Justicia y del Derecho, Defensa Nacional, Agricultura, Salud y Protección

²⁹ La Comisión Intersectorial no solo posee dicha función, también tiene otro tipo de funciones, como promover la integración y articulación de los diferentes planes, programas, acciones e iniciativas del Estado para la promoción, protección, defensa y garantía de los derechos humanos y aplicación del DIH, entre otras previstas en los arts. 6 y 9 del decreto 4100 de 2011.

³⁰ La decisión sobre cuál entidad estatal se encargará de dar cumplimiento a alguna medida se da al interior de la Comisión Intersectorial, atendiendo a las competencias que se han otorgado por ley a las distintas entidades estatales.

Social, Trabajo, Cultura y el director de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional. La Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, el Consejo Superior de la Judicatura y el Congreso de la República tienen el carácter de invitados permanentes.

El seguimiento a los compromisos que emanan de la Comisión Intersectorial es realizado por el Grupo Operativo Interinstitucional, creado mediante la directiva presidencial 02 de 2005, para llevar a cabo una estrategia coordinada para la atención y defensa de los casos que se encuentran ante el Sistema Interamericano. Este grupo hace seguimiento al cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas en las sentencias de la Corte IDH y de las recomendaciones de los informes de la CIDH, fungiendo como ente centralizador de la información en los respectivos procesos de implementación y cumplimiento.

4.2. Estructura estatal para el cumplimiento de las recomendaciones contenidas en los informes de la CIDH (art. 51 CADH)

Los informes de fondo de la CIDH contienen recomendaciones de diversa naturaleza tendentes a reparar los daños y perjuicios sufridos por las víctimas. El cumplimiento de estas recomendaciones genera el mismo proceso que las órdenes de reparación de la Corte IDH, descrito anteriormente. El único aspecto que es regulado de otra forma es la indemnización económica.

Para estos casos, el Estado colombiano aplica la ley 288 de 1996, que establece los instrumentos y procedimientos para la indemnización de perjuicios a víctimas de violaciones de derechos humanos declaradas por organismos internacionales cuasijudiciales, como el Comité de Derechos Humanos de la ONU o la CIDH.

Dicha ley establece dos requisitos para proceder a celebrar conciliaciones que lleven al pago de la compensación económica:

1. que exista una decisión previa, escrita y expresa del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de la CIDH, donde se concluya que, en el caso concreto, el Estado colombiano ha incurrido en una violación de derechos humanos y se establezca que deben indemnizarse los correspondientes perjuicios, y
2. que exista concepto previo favorable al cumplimiento de la decisión del órgano internacional de derechos humanos proferido por un Comité constituido por: *a)* el ministro del Interior; *b)* el ministro de Relaciones Exteriores; *c)* el ministro de Justicia y del Derecho, y *d)* el ministro de Defensa Nacional.

El Comité Intersectorial descrito en el numeral 2 deberá proferir un concepto favorable siempre que se reúnan los presupuestos de hecho y de derecho establecidos en la Constitución Política y los tratados internacionales aplicables. Si el Comité considera que estos presupuestos no se cumplen deberá comunicarlo al Gobierno nacional para que presente una demanda o apele la decisión, si ello es posible. En caso de que no exista una instancia superior a la cual se pueda apelar, el Comité está obligado a rendir concepto favorable.

Al ser proferido el concepto favorable por el Comité, se convierte en un mecanismo que permite reactivar el proceso interno para buscar una conciliación con el Estado, y el Gobierno debe solicitar una audiencia de conciliación ante el agente del ministerio público que esté adscrito al tribunal contencioso competente para dirimir el caso, de acuerdo con las reglas de competencia del ordenamiento jurídico interno.

El agente del ministerio público citará a los interesados a fin de que estos presenten los medios de prueba que demuestren su legítimo interés y la cuantía de los perjuicios. Posteriormente, la entidad pública a la cual haya estado vinculado el servidor público responsable de los hechos determinará de común acuerdo, con las personas que hayan demostrado un legítimo interés, el monto de la indemnización de los perjuicios. Este acuerdo deberá incorporarse en un acta, que será remitida al juez contencioso-administrativo competente para el caso, para que determine si resulta lesiva para los intereses patrimoniales del Estado y para cerciorarse de que esta no se encuentre viciada de nulidad. Si

el juez identifica alguna de estas dos opciones, emitirá una sentencia motivada. Ante esta situación, los interesados podrán reformular los términos de la conciliación o, si la nulidad no fuese absoluta, subsanarla y someterla de nuevo a examen del juez.

En caso de que no se llegase a un acuerdo con la entidad estatal presuntamente responsable, los interesados están facultados por dicha ley para acudir ante el tribunal contencioso-administrativo competente, al trámite de liquidación de perjuicios por la vía incidental, conforme a los artículos 135 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Así pues, se evidencia que, a partir de la ley 288 de 1996, el Estado colombiano ha implementado un mecanismo interno para el cumplimiento de las recomendaciones referentes a compensación económica.

4.3. Estructura estatal para el cumplimiento de la medida de reparación o recomendación consistente en investigar y, en su caso, sancionar penalmente a los responsables de violaciones de derechos humanos

Generalmente, la naturaleza de los casos decididos por la Corte IDH y la CIDH implica un incumplimiento previo por parte de los Estados en materia de investigación y sanción de los responsables de violaciones de derechos humanos. Para dar cumplimiento a lo establecido por los órganos del Sistema Interamericano, el Estado colombiano ha hecho uso de la acción de revisión contenida en el Código de Procedimiento Penal, como ya se expuso.

El Grupo Operativo Interinstitucional y la Procuraduría General de la Nación son los responsables de realizar un trabajo conjunto que responda a lo establecido por los órganos del SIDH. Ciertamente, una vez que el informe de la CIDH o la sentencia de la Corte IDH es transmitida al Estado, el Grupo Operativo Interinstitucional, que centraliza y coordina la actuación estatal para dar cumplimiento a estos requerimientos, solicita a la Procuraduría General de la Nación interponer la acción de revisión. La Procuraduría interpone la acción de revisión, generando así la posibilidad de reabrir el proceso penal y dar cumplimiento al re-

querimiento del SIDH, conforme al artículo 277 constitucional, y su función de “[i]ntervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales”.

De esta manera, el cumplimiento de este tipo de recomendaciones depende de las determinaciones que adopte a nivel interno la rama judicial, pues, de acuerdo con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, son los órganos nacionales quienes deben definir si efectivamente se reabren las investigaciones penales tendentes a determinar los responsables de las violaciones alegadas.

Así, mientras una sentencia de la Corte IDH tiene la capacidad de hacer prosperar de manera inmediata la acción de revisión, removiendo el manto protector de la cosa juzgada y del principio de *non bis in idem*, los informes de la CIDH apenas tienen la capacidad de ser usados como una causal válida para interponer la acción de revisión, por no ser vinculantes para el Estado colombiano.

4.4. Implicaciones de la creación de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado

El artículo 6 del decreto 4085 le otorgó a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado (la Agencia) la función de “coordinar o asumir la defensa jurídica del Estado en los procesos que se adelanten ante organismos y jueces internacionales o extranjeros, de conformidad con los tratados y acuerdos que regulen la materia, salvo las controversias a las que se refiere el numeral siguiente”.³¹

Así, la Agencia sería la unidad administrativa encargada de coordinar o asumir la defensa jurídica del Estado ante los órganos del Sistema Interamericano. Cabe señalar que tan pronto como la

³¹ Dicho numeral siguiente se refiere a las controversias comerciales internacionales y a obligaciones contenidas en tratados internacionales en materia de inversión.

Agencia fue creada, tuvo que lidiar con el mayor escándalo que se ha presentado en el Estado colombiano relacionado con el SIDH: el asunto relacionado con unas presuntas “víctimas falsas” en el caso *Masacre de Mapiripán*. El mismo Estado reconoció como víctimas a personas que, como luego se conoció, en realidad no eran tales, revelando una defensa del Estado fragmentada y con vicisitudes en el flujo de información. La Agencia busca, entonces, prevenir situaciones de este tipo al centralizar la defensa jurídica del Estado y establecer protocolos que guíen el accionar de los agentes del Estado ante los organismos internacionales, ya sea ante la CIDH o la Corte IDH.

Ahora bien, es importante señalar que para el tema específico del cumplimiento e implementación de las órdenes de reparación contenidas en las sentencias de la Corte IDH, no se le otorga competencia alguna a la Agencia mediante su decreto reglamentario. En este sentido, y según un funcionario del Estado que trabaja en el cumplimiento de sentencias de la Corte IDH, la Comisión Intersectorial continuará siendo el órgano encargado de esta materia.³²

4.5. Factores institucionales: conclusiones

Desde el 2000 existe una compleja estructura estatal creada específicamente para el cumplimiento de las disposiciones de los órganos de interpretación, control y vigilancia de los tratados de derechos humanos, como la Corte IDH. Si bien esta estructura estatal tiene algunas falencias, su existencia no puede explicar por qué hay casos con índices de cumplimiento más alto que otros.

5. FACTORES PRESUPUESTALES

Se investigó si el Estado colombiano tiene recursos económicos reservados exclusivamente para el cumplimiento de las indemnizaciones económicas ordenadas por la Corte IDH y demás ór-

³² Entrevista a funcionario del Estado realizada el 17 de mayo de 2013. El entrevistado solicitó que su nombre se mantuviese en reserva.

denes de reparación —como la construcción de monumentos en honor a las víctimas—, así como de las recomendaciones hechas por la CIDH, en aras de ver si este factor afecta el bajo índice de cumplimiento.

Conforme a la Ley de Presupuesto General de la Nación, anualmente se destina un rubro especial a cubrir, tanto las compensaciones económicas como todos los otros gastos que conlleva el cumplimiento de las demás órdenes de reparación.

Igualmente, las entidades pueden, conforme al artículo 110 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, decidir destinar recursos de su propio presupuesto para gastos relacionados con las reparaciones o recomendaciones que emanan del Sistema Interamericano y que les son asignadas mediante la Comisión Intersectorial.

Desde 2007 hasta 2012, los valores apropiados en el rubro han sido los que se reflejan en el siguiente cuadro:³³

CUADRO 2. *Presupuesto para gastos relacionados con reparaciones*

<i>Vigencia</i>	<i>Apropiación (pesos corrientes)</i>
2007	\$38.900.000.000 (en dólares, ^a \$21.641.168.29)
2008	\$40.000.000.000 (en dólares, \$22.253.129.35)
2009	\$41.800.000.000 (en dólares, \$23.254.520.17)
2010	\$41.733.120.000 (en dólares, \$23.217.312.93)
2011	\$40.485.113.600 (en dólares, \$22.523.011.74)
2012	\$41.699.667.008 (en dólares, \$23.198.702.09)

^a Teniendo en cuenta el valor del dólar en pesos colombianos el día lunes 18 de marzo de 2013: \$1 797.5 COP.

Para utilizar el rubro, la Dirección de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Ministerio de Relaciones Exteriores, a través del Grupo Operativo Interinstitucional, solicita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público transferir de-

³³ Respuesta a un derecho de petición, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 3 de octubre de 2012.

terminada cantidad de dinero a la entidad que esté encargada de cumplir con una orden de reparación específica de una sentencia de la Corte IDH.

Como resulta claro, el Estado colombiano asigna recursos económicos destinados al pago de reparaciones de manera global, sin hacer diferenciaciones entre los diferentes tipos de órdenes y decisiones. En tal sentido, la baja tasa de cumplimiento no puede ser explicada por el factor presupuestal.

6. FACTORES INFORMALES

Literatura reciente relacionada con el cumplimiento estatal del derecho internacional ha hecho especial énfasis en los procesos informales de apropiación nacional de los estándares internacionales.³⁴ Así, son relevantes los procesos derivados de la cultura organizacional de las burocracias encargadas de la implementación de las órdenes jurídicas internacionales. Por esto, se realizaron una serie de entrevistas para obtener una visión del proceso desde adentro.³⁵ Las entrevistas tenían dos propósitos: por un lado, conocer la opinión general de los actores involucrados acerca del grado de cumplimiento del Estado colombiano frente a las órdenes de la Corte IDH y, por otro, encontrar explicaciones o factores alternativos para entender qué determina efectivamente que el Estado cumpla o no las órdenes de la Corte IDH.

³⁴ Véase Koh, Harold Hongju, "Internalization Through Socialization", *Duke Law Journal* 54, núm. 4, 2005, pp. 975-982; Koh, Harold Hongju, "Why Transnational Law Matters", *Penn State International Law Review* 24, 2005-2006, p. 745, y Koh, Harold Hongju, "Why Do Nations Obey International Law?", *Yale Law Journal* 106, núm. 8, junio 1997, pp. 2599-2659. De similar forma, véase, Toope, Stephen J. y Brunnée, Jutta, "International Law and Constructivism: Elements of an Interactional Theory of International Law", *Columbia Journal of Transnational Law* 39, 2000, p. 19, y Toope, Stephen J. y Brunnée, Jutta, *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

³⁵ Se realizaron en total diez entrevistas: cinco entrevistas a representantes de las víctimas ante la Corte IDH, una entrevista a una víctima de un caso, una entrevista a un experto independiente que trabajó en la CIDH, dos entrevistas a funcionarios estatales y una entrevista a una exfuncionaria del Estado.

A continuación se consignan las principales conclusiones derivadas de dichas entrevistas, que nos permitieron reflexionar y acercarnos a la idea de formular una serie de factores externos diseñados como variables independientes, para poder entender mejor el fenómeno del cumplimiento de las reparaciones.

En primer lugar, un representante de las víctimas señaló que “el litigio no se acaba con la sentencia. El litigio sigue en la fase de implementación de las órdenes de reparación”.³⁶ Esto se debe a que, en esta última fase, el Estado acude a argumentos formales para dilatar el cumplimiento de las órdenes,³⁷ como cuando, dado el contenido de las sentencias, toca fibras sensibles para el Estado, como pueden ser las sentencias referentes al fenómeno del paramilitarismo y la creación del riesgo por parte del Estado. Este busca controvertir esto a través de argumentos legales y la implementación de las medidas de reparación. En definitiva, la fase de cumplimiento parece ser el escenario de un nuevo proceso de debate entre las víctimas y el Estado, a fin de concretar los métodos y tiempos en los que las órdenes de la Corte IDH se llevarán a cabo.³⁸ Este hallazgo fue ratificado por una exfuncionaria del Ministerio de Relaciones Exteriores, quien manifestó que, en determinados casos, la fase de cumplimiento es una fase “permeada por intereses políticos”.³⁹

³⁶ Entrevista a Luz Marina Monzón, representante de víctimas ante la Corte IDH para el *Caso Masacre de Pueblo Bello*, 17 de octubre de 2012.

³⁷ La persona entrevistada dio como ejemplo el pago de compensación económica en el *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*.

³⁸ Algunos de los entrevistados manifestaron inconformidad con el hecho de que la Comisión Intersectorial solo esté conformada por entidades estatales y que la sociedad civil tenga un rol marginal en ella (solo asiste a las reuniones de la Comisión Intersectorial cuando es invitada y no tiene voto en sus decisiones). Consideran que la implementación de las medidas requiere de las dos partes y la Comisión Intersectorial, por su estructura y conformación, monopoliza el cumplimiento de las medidas haciendo oídos sordos a las opiniones de las víctimas y sus representantes. Entrevista a Diego Abonía, integrante de la Comisión Colombiana de Juristas y encargado de hacer seguimiento al cumplimiento de sentencias, 3 de octubre de 2012.

³⁹ Entrevista realizada a una exfuncionaria del Ministerio de Relaciones Exteriores, 12 de marzo de 2013.

Además se determinó la inoperatividad de la Comisión Intersectorial, pues en ella se asignan responsabilidades específicas a cada entidad, pero carece de cualquier mecanismo para hacer que dichos compromisos se cumplan efectivamente. Una de las preocupaciones de los litigantes ante el Sistema Interamericano es que, al responsabilizar a entidades específicas del cumplimiento de distintas medidas, la naturaleza integral de las medidas de reparación se pierde, pues unas medidas son cumplidas en mayor proporción que otras.

Otros puntos señalados fueron los siguientes: *i)* a pesar de haberse emitido varias sentencias contra el Estado colombiano, parece no haber una estructura con experticia suficiente para atender las órdenes de la Corte, lo que hace que la implementación de las medidas de reparación sea muy lenta, y *ii)* algunos usuarios del SIDH consideran que el funcionamiento de la Comisión Intersectorial sería más efectivo si existiese un marco legal que asignara responsabilidades a las entidades, así como plazos para el cumplimiento de las órdenes de la Corte IDH y repercusiones disciplinarias por el incumplimiento o falta de diligencia de parte de los funcionarios encargados.

Por otro lado, se encontró que, para los representantes de las víctimas, las medidas de reparación con mayor grado de incumplimiento son las de investigación penal, por la clara debilidad del aparato judicial del Estado colombiano en la materia. Tampoco son cumplidas las medidas de atención psicosocial, al haber una falta de grupos interdisciplinarios que entiendan la realidad de las víctimas, sus traumas y la manera en que deben ser atendidas.

En cuarto lugar, se determinó que las medidas de reparación que requieren de múltiples trámites burocráticos se atascan en su implementación. Asimismo, los cambios de funcionarios y de administraciones municipales o departamentales hace que los procesos que venían gestándose se detengan o sean devueltos a fases previas. Representantes de las víctimas consideran que, cuando se trata de dar cumplimiento a órdenes de reparación en materia de derechos humanos, los trámites burocráticos deberían ser matizados en razón al fin que dichas medidas persiguen.

Por último, se estableció la importancia del seguimiento de la Corte IDH al cumplimiento de las sentencias. En opinión de

los entrevistados, el papel más importante de la Corte Interamericana es el de “hacer *oír* la voz de las víctimas en sus audiencias de seguimiento así como en sus resoluciones de supervisión de cumplimiento”.⁴⁰ Algunos consideran que la presión política o diplomática sin ningún tipo de coerción hace que los Estados incumplan las sentencias. Así, algunos proponen que el incumplimiento de las órdenes de reparación acarree sanciones de tipo económico a los Estados, o sanciones de tipo político más tangibles, como la expulsión de los países de la Organización de los Estados Americanos (OEA).⁴¹

Otros representantes de las víctimas consideran que ceder el seguimiento del cumplimiento a los órganos políticos de la OEA sería sumamente riesgoso, pues están altamente desacreditados por su inacción ante problemas muy graves que se presentan en la región. Mantener el mecanismo de seguimiento en manos de la Corte Interamericana garantiza, según algunos, que alguna entidad le exija a los Estados el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, sin negociaciones diplomáticas o cruces de favores e intereses de por medio.⁴²

Por último, se estableció que la fragmentación en la representación de las víctimas afecta el cumplimiento de las sentencias. Algunos entrevistados relataron que se han presentado situaciones en las que el Estado realiza el proceso de concertación de una medida de reparación de carácter general, con un grupo reducido de víctimas, dejando por fuera a la mayoría de ellas. En algunas ocasiones, los funcionarios estatales negociaban directamente con las víctimas, desconociendo a sus representantes y generando fracturas al interior del grupo de víctimas. En otras, también ocurría que no todas las víctimas que acudían a la Corte Interamericana eran representadas por la misma organización no gubernamental (ONG).

⁴⁰ Entrevista a Rafael Barrios, abogado del Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, 9 de noviembre de 2012.

⁴¹ Entrevista a Diego Abonía, integrante de la Comisión Colombiana de Juristas y encargado de dar seguimiento al cumplimiento de sentencias, 3 de octubre de 2012.

⁴² Entrevista a Rafael Barrios, abogado del Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, 9 de noviembre de 2012.

Así, el Estado puede adelantar la ejecución e implementación de la medida sin que haya un consenso entre las víctimas sobre su cumplimiento.

7. FACTORES EXTERNOS

Los hallazgos descritos anteriormente no permiten entender qué determina que el Estado colombiano cumpla o incumpla órdenes de la Corte Interamericana. Tampoco explican el valor jurídico de las sentencias de la Corte IDH y la estructura organizacional del Estado encargada de dar cumplimiento a dichas órdenes.

Algunas opiniones de los representantes de las víctimas sobre la estructura y falta de funcionalidad efectiva por parte de la Comisión Intersectorial podrían explicar el bajo índice de cumplimiento a nivel general, pero no explica los índices de cumplimiento de las órdenes de acuerdo con su naturaleza ni los distintos grados de cumplimiento de los diferentes casos.

Los resultados obtenidos en las entrevistas, leídos bajo la óptica propuesta por Beth Simmons,⁴³ —en el sentido de buscar qué factores sociales hacen que el sistema legal tenga *tracción* o no para que efectivamente la promesa legal se vea materializada—, condujeron a realizar un trabajo que persigue un objetivo similar al suyo.

7.1. Metodología del estudio de factores externos

Con esta metodología, se propuso estudiar de una manera distinta el cumplimiento de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana, en la que se consideró que ciertos factores externos —es decir, factores no jurídicos y no institucionales— pueden permitir un estudio del cumplimiento más cercano a la realidad descrita por los usuarios del Sistema Interamericano.

Ello implicó la formulación de nueve hipótesis que podrían explicar por qué una orden o un caso como tal se cumple en mayor

⁴³ Simmons, Beth A. *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

o menor medida, que, en términos metodológicos, son variables independientes categóricas que pretenden explicar la variable dependiente, que sería el grado de cumplimiento de la orden puntual o el caso. La variable dependiente usa las tres categorías establecidas por la Corte IDH a través de sus resoluciones de supervisión de cumplimiento: cumplido, incumplido y cumplido parcialmente.

Varias de las hipótesis operativizadas por medio de variables independientes surgieron directamente de los hallazgos realizados en las entrevistas, otras son fruto de la intuición del grupo investigador.

En el cuadro 3 se presentan las variables independientes que se utilizaron para analizar el grado de cumplimiento de órdenes puntuales y casos de la Corte IDH.⁴⁴

CUADRO 3. *Grado de cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH*

<i>Variable independiente</i>	<i>Categorías</i>	<i>Unidad de análisis</i>
Naturaleza de la orden de reparación	a. Compensación de carácter no económico b. Compensación económica c. Pago de costas y gastos d. Instrucción a funcionarios públicos e. Investigación penal f. Protección a testigos g. Reparación simbólica	Orden de reparación
Pertenencia de las víctimas a un grupo vulnerable	a. Sí b. No	Caso
Participación de las víctimas en el proceso de concertación e implementación de las medidas de reparación con el Estado	a. Sí b. No	Orden de reparación

⁴⁴ Véase las definiciones clave de las variables independientes en el Anexo metodológico.

<i>Variable independiente</i>	<i>Categorías</i>	<i>Unidad de análisis</i>
Cubrimiento de los hechos del caso por parte de medios de prensa nacionales después de emitida la sentencia de la Corte IDH (diario <i>El Tiempo</i> y revista <i>Semana</i>)	A. Muy alto B. Alto C. Medio alto D. Medio bajo E. Bajo F. Muy bajo	Caso
Medida de reparación de carácter clásico	A. Sí B. No	Orden de reparación
Caso sensible políticamente	A. Sí B. No	Caso
Implementación de la medida de reparación a cargo exclusivo del Gobierno nacional	a. Sí b. No	Orden de reparación
Cumplimiento de la orden declarado por la Corte IDH después de la posesión de Juan Manuel Santos como presidente de la República	a. Sí b. No	Orden de reparación
Cumplimiento de la orden declarado por la Corte IDH después de la expedición de la Ley de Víctimas	a. Sí b. No	Orden de reparación
ONG que haya litigado el caso ante la Corte IDH y que haga seguimiento a su cumplimiento	a. Colectivo de abogados José Alvear Restrepo b. Comisión Colombiana de Juristas c. Grupo Interdisciplinario por los Derechos Humanos d. Grupo Interdisciplinario por los Derechos Humanos en conjunto con la Comisión Colombiana de Juristas	Caso

7.2. Poder explicativo de las variables independientes

Así pues, se realizaron dos análisis para tratar de determinar qué hipótesis podrían tener poder explicativo. Uno fue de corte estrictamente porcentual, donde se analizó el efecto que podrían tener algunas variables independientes combinadas sobre el resultado de la variable dependiente. El otro análisis consistió en revisar las correlaciones simples y una exposición econométrica. En principio se presentará el análisis porcentual y, posteriormente, se explicarán los hallazgos obtenidos a través de correlaciones simples obtenidas por medio de una regresión econométrica.

7.2.1. Análisis porcentual

- i. “Cuando la víctima pertenece a un grupo vulnerable, el cumplimiento es más alto”.

Cumplimiento: 46%

Incumplimiento: 44%

Por el estrecho margen entre ambas cifras, creemos que no es una hipótesis con poder explicativo.

- ii. “Cuando las víctimas participan en el proceso de concertación e implementación de las medidas de reparación, el cumplimiento reportado por la Corte IDH es más bajo”.

Cumplimiento: 31%

Incumplimiento: 65%

- iii. “Cuando las víctimas no participan en el proceso de concertación e implementación de las medidas”.

Cumplimiento: 46%

Incumplimiento: 38%

Esta hipótesis sí estaría confirmada y tendría poder explicativo. Dado que el litigio continúa en la implementación, en algunos casos se presentan posiciones encontradas entre representantes del Estado y víctimas

respecto a la manera en que la medida de reparación debe llevarse a cabo. 73% de las medidas en las que las víctimas participan son medidas de reparación simbólica que son de las más importantes para ellas.

- iv. “Cuando el cubrimiento en prensa es muy alto, el cumplimiento también es alto”.

Cumplimiento: 40%

Incumplimiento: 50%

Cumplimiento parcial: 10%

Conforme a esto, parece ser que el cubrimiento de prensa no es significativo en términos de cumplimiento de las órdenes por parte del Estado y, por ende, esta hipótesis no tiene poder explicativo.

- v. “Cuando la medida de reparación no es una medida clásica, el incumplimiento es más alto”.

Cumplimiento: 37%

Incumplimiento: 53%

- vi. “Cuando la medida de reparación es una medida clásica”.

Cumplimiento: 50%

Incumplimiento: 37.5%

Cumplimiento parcial: 12.5%

Podría creerse que la hipótesis sí puede tener poder explicativo. Es importante anotar que, de la totalidad de las medidas no clásicas, 35% corresponde a la categoría de medidas de compensación de carácter no económico, que arroja un nivel de incumplimiento de 73%. Parece ser, entonces, que las medidas de compensación de carácter no económico tienen un alto grado de complejidad para su cumplimiento.

- vii. “Cuando el caso es sensible políticamente, el cumplimiento es más bajo”.

Cumplimiento: 38%

Incumplimiento: 52%

- viii. “Cuando el caso no es sensible políticamente”.

Cumplimiento: 56%

Incumplimiento: 32%

Esta hipótesis sí tendría un poder explicativo y podría concluirse que el Estado no tiene la misma voluntad para cumplir las órdenes contenidas en sentencias relacionadas con casos que han sido sensibles políticamente.

- ix. “Cuando la implementación de la medida está a cargo exclusivo del Gobierno nacional, el grado de cumplimiento es más alto”.

Cumplimiento: 49%

Incumplimiento: 41%

- x. “Cuando la medida no está a cargo exclusivo del Gobierno nacional”.

Cumplimiento: 14%

Incumplimiento: 73%

La hipótesis tendría un poder explicativo, bajo la lógica de que la interacción entre distintas entidades del Estado dificulta el cumplimiento de ciertas medidas de reparación. Por ejemplo, la construcción de monumentos en honor a la memoria de las víctimas generalmente implica un proceso de coordinación con autoridades locales del lugar donde será instalado el monumento, permisos urbanísticos, etcétera.

- xi. “Desde la toma en posesión de Juan Manuel Santos en el gobierno se reporta un mayor grado de cumplimiento”.

Esta variable no tiene relevancia, pues 65% de las declaraciones de cumplimiento de la Corte IDH fueron emitidas antes de su posesión, por lo que, no existen suficientes datos para afirmar si el cambio de Gobierno nacional afecta el cumplimiento de las medidas.

- xii. “Desde la expedición de la ley de víctimas y tierras se reporta un mayor grado de cumplimiento”.

Esta variable no tiene relevancia, pues 65% de las declaraciones de cumplimiento también fueron emitidas por la Corte IDH antes de la expedición de la ley.

- xiii. “El grado de cumplimiento puede depender de las ONG que litiguen ante la Corte IDH y su estrategia de trabajo”.

De los nueve casos comprendidos entre 2004 y 2012 y analizados en este proyecto, el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (CAJAR) ha litigado cinco, la Comisión Colombiana de Juristas (CCJ) ha litigado dos, el Grupo Interdisciplinario por los Derechos Humanos uno (GIDH), y la CCJ, en conjunto con el GIDH, uno.

La CCJ reportó 27.7% de cumplimiento de las órdenes de reparación en los casos que ha litigado; CAJAR reportó 50% de cumplimiento; el GIDH 33%, y el GIDH, en su labor de litigio conjunto con la CCJ, 40%.

Esta hipótesis sí tendría un poder explicativo, puesto que el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo es la ONG que reporta más cumplimiento y que ha litigado más casos ante la Corte IDH, por lo que podría pensarse que tiene una mayor experticia en esta fase del proceso.

El proyecto también realizó un análisis de hipótesis complejas, las cuales son el resultado de combinar dos o más hipótesis simples y verificar cuál sería el grado de cumplimiento declarado por la Corte Interamericana en dichos casos:

- i. Medida de reparación simbólica + participación de las víctimas en la implementación

Las medidas de reparación simbólica en las que participan las víctimas reportan 65% de incumplimiento y un cumplimiento de 29%.

Aquellas donde no participan las víctimas reportan un cumplimiento de 87% y un incumplimiento de 13%.

Esta hipótesis tiene un fuerte poder explicativo y confirma la hipótesis general, según la cual, el litigio continúa en la implementación, y la conciliación de intereses entre las partes resulta compleja, alargando el proceso de cumplimiento de la orden.

ii. Medida de reparación simbólica + casos sensibles

Las medidas de reparación simbólica en casos sensibles reportan 25% de cumplimiento y 67% de incumplimiento.

En los casos no sensibles, estas reportan un cumplimiento de 52% e incumplimiento de 44%.

Así, la diferencia en los grados de cumplimiento de los casos sensibles respecto a los no sensibles es de 27%. La diferencia en el grado de incumplimiento disminuye de los casos sensibles a los no sensibles en 23%. Esta hipótesis tiene un fuerte poder explicativo y confirma que en los casos sensibles, y en las medidas de reparación simbólica, el Estado tiende a cumplir en menor grado.

iii. Medida exclusiva a cargo del Gobierno nacional + casos sensibles

Cuando se trata de una medida exclusiva a cargo del Gobierno nacional, en los casos sensibles el cumplimiento es de 41% y el incumplimiento de 48%, mientras que cuando hacen parte de un caso no sensible reportan un cumplimiento de 60% e incumplimiento de 33%. Esta hipótesis tendría un poder explicativo y confirmaría que, en los casos sensibles, el incumplimiento es mayor. El argumento según el cual las medidas exclusivamente a cargo del Gobierno nacional tienen mayor grado de cumplimiento no sería convincente cuando se trata de un caso sensible.

7.2.2. Análisis basado en correlaciones simples y exposición econométrica

Para el análisis de correlaciones simples se desarrollaron tres tipos de tests: Ktau, Spearman y Pwcorr. El primero se empleó debido a que la base de datos (“la matriz”) puede ser relativamente pequeña, el segundo, porque las variables de estudio pueden corresponder a variables aleatorias continuas y, el tercero, ya que la mayoría de las variables son dicotómicas. Empleando dichos tests, las conclusiones que arroja el estudio son robustas, pues exponen los mismos resultados en términos de significancia de las variables.

CUADRO 4. *Análisis basado en correlaciones simples y exposición econométrica*

	<i>Ktau Test</i>	<i>Spearman Test</i>	<i>Pwcorr Test</i>
	<i>Cumplido</i>		
Vulnerable	0.0344	0.0688	0.0688
Participa	-0.0826*	-0.1876*	-0.1876*
Gob/Nal	0.1067**	0.2782**	0.2782**
Litigante	0.0181	0.0333	0.0264
Prensa	-0.0284	-0.0591	-0.0699
Clásica	0.0964*	0.2041*	0.2041*
Sensible	-0.0895*	-0.1978*	-0.1978*

* Significativa al 10%

** Significativa al 5%

Realizada la correlación mediante los tests de Ktau, Spearman y Pwcorr, se identificó que en ellos, dos de las variables independientes (la significancia aparece en el cuadro), relacionadas positivamente con el cumplimiento de las órdenes de reparación, son las medidas exclusivas a cargo del Gobierno nacional y las órdenes de reparación que son de naturaleza clásica. Así, las primeras y las medidas de naturaleza clásica son las que más cumple el Estado colombiano en el universo de órdenes de reparación estudiado.

Por otro lado, las variables independientes relacionadas negativamente son las órdenes de reparación en las que debe haber un proceso de concertación con las víctimas y aquellas órdenes de reparación contenidas en casos que hemos catalogado como políticamente sensibles. Entonces, las que implican una concertación con las víctimas y las que provienen de casos sensibles políticamente tienden a tener índices de cumplimiento más bajos.

Estos hallazgos preliminares fueron refinados a través del análisis econométrico empleando una regresión tipo probabilística. En el cuadro 5 se expone el resultado de los efectos marginales de la regresión desarrollada.

CUADRO 5. *Efectos marginales de la regresión*

```
. mfx
Marginal effects after probit
y = Pr(cumplido) (predict)
= .41187754
```

variable	dy/dx	Std. Err.	z	P> z	[95% C.I.]	X
partic-a*	-.1785628	.12075	-1.48	0.139	-.415223	.058097	.261905	
gobnal*	.3001089	.1298	2.31	0.021	.045698	.554519	.821429	
clasica*	.143785	.12475	1.15	0.249	-.100725	.388295	.666667	
sensible*	-.2239704	.124	-1.81	0.071	-.467007	.019066	.714286	

(*) dy/dx is for discrete change of dummy variable from 0 to 1

Este análisis permite determinar el aumento de la probabilidad de que una orden de reparación sea cumplida cuando las variables independientes son positivas —como cuando la medida requiere la concertación con las víctimas—, cuando la orden de reparación está a cargo exclusivo del Gobierno nacional, cuando la orden de reparación es de naturaleza clásica y cuando la orden proviene de un caso políticamente sensible.

Según dicho análisis, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- a) que un caso sea políticamente sensible disminuye 22% la probabilidad de que sus órdenes de reparación sean cumplidas, y
- b) que la orden de reparación requiera la concertación con las víctimas disminuye 17% la probabilidad de que sea cumplida.

Ahora, al analizar las variables independientes de manera cruzada como hipótesis complejas, la regresión no arrojó ningún resultado significativo, no siendo posible llegar a una conclusión válida respecto a este tipo de hipótesis. Esto se puede explicar por el bajo número de observaciones con el que cuenta la base de datos, pero no implica que con un mayor número de observaciones se pueda realizar de nuevo la regresión, y analizar los efectos combinados de dos variables independientes sobre la variable dependiente.⁴⁵

⁴⁵ En este caso, una “observación” se refiere a una orden de reparación incluida dentro del universo de órdenes de reparación estudiadas.

8. CONCLUSIONES GENERALES

El objetivo principal de este estudio fue identificar los factores que inciden en el grado de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH respecto del Estado colombiano. Los hallazgos preliminares llevaron a perseguir un objetivo secundario: entender el proceso de cumplimiento a través de factores externos que no se centran en aspectos legales o institucionales.

En el caso colombiano, el fenómeno de cumplimiento no puede ser totalmente explicado mediante estudios enfocados únicamente en la recepción del derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno, o en la capacidad institucional estatal para cumplir con los requerimientos de la Corte Interamericana. Este último factor podría explicar parcialmente el bajo cumplimiento a nivel general, pero no los divergentes grados de cumplimiento que se evidencian al comparar los distintos casos.

Por ende, el fenómeno del cumplimiento se aprecia mejor a través de los factores externos propuestos en este estudio, obtenidos a través de un trabajo de campo en el que se consultó a los actores directamente involucrados en el proceso de cumplimiento. Las hipótesis propuestas ya arrojan algunos resultados interesantes, pero no son las únicas con un poder explicativo.

Del análisis realizado se pueden extraer las siguientes conclusiones respecto a las hipótesis o variables independientes:

1. Las órdenes de reparación que implican un proceso de concertación con las víctimas propician un espacio de deliberación y negociación que generalmente repercute en el incumplimiento de la medida. Esto lo confirman el análisis porcentual, el análisis de correlaciones y la exposición econométrica realizada. Dicha conclusión no debería ser interpretada como algo necesariamente nocivo, pues sería equivocado pensar en aumentar el índice de cumplimiento prescindiendo de las víctimas en el proceso de concertación.

2. Los casos políticamente sensibles tienen un índice de cumplimiento muy bajo. Esta conclusión es la misma en el análisis porcentual, en las correlaciones y la exposición econométrica.

El análisis estrictamente porcentual confirma esto al cruzar esta variable con otra variable que generalmente arrojaba un cumplimiento alto. No obstante, la exposición econométrica no permite llegar a esta misma conclusión y no arroja una correlación significativa al analizar estas dos variables independientes en forma cruzada.

Sin embargo, la relevancia de la variable independiente catalogada como “casos políticamente sensibles” confirma que la fase de implementación y cumplimiento sigue siendo una “zona de litigio permeada por intereses políticos”. Esto afecta el cumplimiento de las órdenes y deja la obligatoriedad de la orden de la Corte IDH sometida al vaivén de otra serie de factores extra-legales.

3. Del análisis porcentual y el econométrico se colige que las medidas exclusivamente a cargo del Gobierno nacional tienen altos niveles de cumplimiento. Esto evidencia un rasgo encontrado en las entrevistas: que muchas veces, las órdenes de reparación que requieren una interacción entre el Gobierno nacional y autoridades departamentales o municipales, implican un proceso burocrático lento y lleno de formalidades legales.

4. Existen otras variables que no tienen poder explicativo ni efectos sobre el nivel de cumplimiento, como que las víctimas del caso pertenezcan a una población vulnerable y el grado de cubrimiento del caso por la prensa.

5. La variable que expone el nivel de cumplimiento teniendo en cuenta la ONG que haya llevado el caso ante la Corte Interamericana, y que da seguimiento al proceso de cumplimiento, puede tener un poder explicativo. No obstante, al no tener un número similar de casos comparables por ONG, es difícil aseverar que esta es una variable independiente con un fuerte poder explicativo. Ahora, el poder explicativo de esta variable está respaldado únicamente por el análisis porcentual. En el análisis de correlaciones y en la exposición econométrica, esta no tiene ninguna incidencia significativa sobre la variable dependiente.

En síntesis, el estudio del fenómeno de cumplimiento por medio de este tipo de factores puede acercar la investigación al fenómeno tal como lo perciben los actores que participan direc-

tamente en él. Seguramente habrá contextos donde la relación derecho internacional-derecho nacional sea aún relevante, y donde el estatus jurídico de las sentencias de la Corte Interamericana no esté protegido por una certeza, y esto pueda explicar los bajos índices de cumplimiento. Igualmente, habrá casos donde no haya una estructura estatal similar a la colombiana o al menos igual de desarrollada, y ello explique los índices de cumplimiento.

Para el caso colombiano, consideramos que una agenda investigativa centrada en explicar el fenómeno de cumplimiento buscando estos factores que dan *tracción* (para usar la terminología de Simmons) resulta ser más prometedora y eficaz.

BIBLIOGRAFÍA

- BASCH, Fernando *et al.*, “The Effectiveness of the Inter-American System of Human Rights Protection: A Quantitative Approach to its Functioning and Compliance With its Decisions”, *Sur International Journal on Human Rights*, vol. 7, núm. 12, junio 2010.
- GUTIÉRREZ, Andrés, *El bloque de constitucionalidad. Conceptos y fundamentos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- HAWKINS, Darren y JACOBY, Wade, “Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American Courts for Human Rights”, *Journal of International Law and International Relations* 6 (1), 2010.
- HUNNEUS, Alexandra, “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights”, *Cornell International Law Journal* 44, 2011.
- KOH, Harold Hongju, “Internalization Through Socialization”, *Duke Law Journal* 54, núm. 4, 2005.
- , “Why Transnational Law Matters”, *Penn State International Law Review* 24, 2005-2006.
- , “Why Do Nations Obey International Law?”, *Yale Law Journal* 106, núm. 8, junio 1997.

- RODRÍGUEZ, César y Rodríguez, Diana, *Cortes y cambio social estructural: los efectos del constitucionalismo progresista*, Bogotá, DeJusticia, 2010.
- SIMMONS, Beth A., *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- TOOPE, Stephen J. y BRUNNÉE, Jutta, *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- , “International Law and Constructivism: Elements of an Interactional Theory of International Law”, *Columbia Journal of Transnational Law* 39, 2000,
- UPRIMNY, Rodrigo, “La fuerza vinculante de las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos en Colombia: un examen de la evolución de la jurisprudencia constitucional”, en TOJO, Liliana y KRSTICEVIC, Viviana (coords), *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, Buenos Aires, CEJIL, 2007 .
- , *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2008.

SECCIÓN SEGUNDA
Estudios nacionales

PARTE 1
Europa

Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Hannover vs. Alemania* y el diálogo permanente entre este y los tribunales alemanes en los casos de conflicto entre libertad de prensa y derecho a la privacidad

Rainer Grote*

1. INTRODUCCIÓN

La búsqueda aparentemente interminable de la princesa Carolina de Hannover para una adecuada protección de su derecho a la privacidad en tribunales alemanes frente a reportajes invasivos de la prensa “amarillista” desvela, más dramáticamente que cualquier otra controversia judicial en la historia reciente, la complicada relación entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y los tribunales alemanes y, en especial, el poderoso *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal, alemán, BVerfG por sus siglas en alemán). Este suceso muestra el gran potencial, tanto de confrontación como de cooperación, en la relación entre el Tribunal Europeo y la judicatura alemana, que se ha incrementado como resultado de la creciente asertividad del TEDH en el control del balance llevado a cabo por tribunales nacionales respecto de los derechos humanos en conflicto previstos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

* Doctor en Derecho (*summa cum laude*) por la Universidad de Goettingen y Máster en Derecho por la Universidad de Edimburgo. Es *senior research fellow* en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público.

En dos importantes juicios celebrados el 7 de febrero de 2012, la Gran Sala del TEDH aclaró los criterios para equilibrar el derecho a la libertad de expresión de las compañías editoriales (art. 10 CEDH) frente al derecho de las celebridades de respeto a su vida privada (art. 8 CEDH). Estas decisiones han neutralizado, aunque solo temporalmente, la controversia entre el Tribunal Europeo y el BVerfG respecto al equilibrio apropiado entre estos derechos, que se ha construido desde que el tribunal internacional emitió su primera resolución en el caso *von Hannover*.

2. ANTECEDENTES DE LOS CASOS

En su decisión *von Hannover vs. Alemania* de 2004 (núm. 1), la Tercera Sala del Tribunal Europeo discrepó con los tribunales alemanes, incluyendo el BVerfG, al considerar insuficiente la protección brindada a la solicitante, la hija mayor del príncipe Rainier III de Mónaco, frente a los reportajes invasivos de la prensa en su vida privada. En particular, el TEDH criticó el concepto de *figura de la sociedad contemporánea por excelencia*, a partir del cual solo podía reclamarse protección a la privacidad en lugares aislados, fuera de la vista pública, concepto —que hasta ahora ha sido utilizado por la *Bundesgerichtshof* (Corte Federal de Justicia, BGH, por sus siglas en alemán), con la aprobación del BVerfG, para establecer un equilibrio entre la libertad de prensa y los derechos de personalidad del individuo— muy estrecho e inflexible para cumplir con las obligaciones positivas de los Estados parte establecidas en el artículo 8 del CEDH, que obliga a proveer una efectiva protección del derecho al respeto de la vida privada. Calificar a una persona simplemente como una figura de la sociedad contemporánea “por excelencia”, como lo hicieron los tribunales alemanes en el caso de Carolina de Mónaco, no permite justificar una intrusión en la vida privada de una persona si esta no ejerce funciones oficiales o si el reportaje no está relacionado en modo alguno con el ejercicio de funciones oficiales, dado que en estas circunstancias el reportaje solo tiene por objeto satisfacer la curiosidad pública y no contribuye en nada a un debate de interés general.¹

¹ TEDH. *Von Hannover vs. Alemania*, sentencia de 24 de junio de 2004 (Req. núm. 59320/00), párrs. 63-66.

El BVerfG no respondió directamente a la resolución del Tribunal Europeo, que causó una reacción muy fuerte en la literatura jurídica alemana,² pues fue ampliamente visto como un rechazo a una aproximación más amigable a la prensa previamente adoptada por la judicatura alemana, incluyendo el BVerfG, en los casos relativos a la protección de la privacidad de celebridades frente a una prensa “amarillista” invasiva. Luego, en una decisión que se sostuvo meses después, en relación con el derecho del padre natural a tener acceso a su hijo, el Tribunal Constitucional alemán se opuso a adherirse mecánicamente a la jurisprudencia del TEDH en las resoluciones de asuntos con base en la legislación doméstica. Si bien reiteró la obligación de los tribunales alemanes de tomar en cuenta la Convención y la jurisprudencia pertinente del Tribunal Europeo al interpretar y aplicar los derechos fundamentales de la Constitución alemana y de reconocer que el fallo de una corte de jurisdicción ordinaria que tomara en cuenta una decisión del TEDH podía dar lugar a una queja constitucional por la parte afectada por la violación del derecho sustantivo relevante tutelado en la Constitución alemana, el BVerfG también destacó los límites constitucionales de su obligación.

De acuerdo con el Tribunal Constitucional Federal alemán, la obligación de tomar en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo al juzgar asuntos de derecho doméstico no es absoluta ni automática. Los tribunales solo deben mostrar que han considerado la jurisprudencia del TEDH, pero pueden abstenerse de su

² Véase, por ejemplo, Starck, Christian, “Das Caroline-Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und seine rechtlichen Konsequenzen”, *JZ Juristenzeitung*, 61. Jahrg., Nr. 2 (20. Januar 2006), pp. 76-81; Kunig, Philip, “Die Medien und das Persönlichkeitsrecht – einige Gedanken aus europäischer Veranlassung”, *Festschrift für Peter Raue*, 2006, 183 (206); Langenfeld, Christine, “Pressefreiheit versus Schutz der Privatsphäre”, en Hendl, Reinhard, Ibler, Martin, Soria, José (eds.), “Für Sicherheit, für Europa”. *Festschrift für Volkmar Götz zum 70. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht*, 2005, pp. 268 y ss.; Kahl, Wolfgang, “Neuere Entwicklungen der Grundrechtsdogmatik”, *Archiv des öffentlichen Rechts* 131, 2006, pp. 579-620; Grabenwarter, Christoph, “Schutz der Privatsphäre versus Pressefreiheit: Europäische Korrektur eines deutschen Sonderweges?”, *Archiv für Presserecht*, 2004, pp. 309-316; Gersdorf, Hubertus, “Caroline-Urteil des EGMR: Bedrohung der nationalen Medienordnung”, *Archiv für Presserecht*, 2004, pp. 221-236.

aplicación en el caso concreto cuando puedan sostener razones suficientes en este sentido.

Una de estas excepciones en las que una corte ordinaria puede estar constitucionalmente facultada o, incluso, obligada a apartarse de la jurisprudencia del TEDH se refiere precisamente a una situación en la que los derechos en pugna están envueltos de tal manera que la interpretación amplia del derecho de una parte equivale a una restricción del derecho de la otra, como sucede en los asuntos de derecho privado en los que los derechos de una parte se respetan a expensas de los derechos de la otra.³ Aunque el BVerfG no lo dijo explícitamente, esta es, precisamente, la situación que los tribunales han confrontado en el litigio de Carolina y en casos similares, donde la protección extendida de los derechos de privacidad de personalidades famosas inevitablemente implica mayores restricciones a la libertad de reportaje de la prensa.

En contraste, la BGH, que es el tribunal más especializado en Alemania para resolver las demandas de derecho privado invocadas por la violación a los derechos de privacidad, adoptó una línea más conciliatoria y respondió a la decisión del Tribunal Europeo modificando su aproximación a la protección de los derechos de privacidad a la luz de la legislación alemana en materia de derechos de autor.

La Corte ya no limitó la protección de figuras de la sociedad contemporánea contra la publicación de fotografías sin su consentimiento a casos en los que las imágenes en cuestión presentaban a la persona en un lugar aislado, al cual se había retirado con el objetivo ostensible de estar a solas. Si bien era apropiado adoptar una interpretación amplia de la libertad de prensa que no excluyera contribuciones de entretenimiento *per se*, fue necesario evaluar la contribución hecha por la fotografía o el artículo en relación con un debate de interés general cuando se pondera la libertad de prensa y el derecho a la información pública, tutelado por el artículo 5 de la Ley Fundamental alemana y el artículo 10 de la Convención, frente al derecho de respeto de la vida privada de la persona retratada, garantizado a su vez por

³ BVerfG 111, 307, 324.

los artículos 1, párrafos 1 y 2, de la Ley Fundamental y el 8 de la Convención.

Entre las personas que hasta entonces habían sido calificadas como *figuras de la sociedad contemporánea por excelencia* había preocupación, pues ahora era necesario establecer si el reporte contribuía a un debate fáctico o servía solamente al propósito de satisfacer la curiosidad pública. Así, en los casos de retratos visuales de una persona reconocida, el contenido del texto que lo acompaña debía tomarse en cuenta cuando se determinara el valor informativo de la fotografía.⁴

Cuando se le solicitó regular el concepto de protección desarrollado por la Corte Federal de Justicia en respuesta a la sentencia del TEDH en el caso *von Hannover* (núm. 1), el Tribunal Constitucional Federal sostuvo que el nuevo enfoque era conforme a la Ley Fundamental y, en particular, con los requerimientos de libertad de expresión e información garantizados por el artículo 5 de la Constitución alemana. Concretamente, determinó que el juicio previo sobre el concepto de protección aplicado por la Corte Federal de Justicia se ajustaba a los requisitos constitucionales, pero no se pronunció sobre el hecho de que esta Corte se apartara del concepto de *figura de la sociedad contemporánea* y estableciera uno nuevo centrado en el valor informativo de la fotografía o el artículo relativo y su contribución a un debate de interés general.⁵

3. DATOS DE LOS CASOS

La conformidad del nuevo concepto de protección desarrollado por los tribunales alemanes con los requerimientos del Convenio Europeo fue puesta a prueba en los dos casos resueltos por la Gran Sala el 7 de febrero de 2012. Los solicitantes en el primer caso, la princesa Carolina de Hannover y su esposo, el príncipe Ernesto Augusto de Hannover, promovieron procedimientos en

⁴ BGH, sentencia de 6 de marzo de 2007, reimpresso en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 60 (2007), 1977 (1979).

⁵ BVerfGE 120, 180, 205, 211.

los tribunales alemanes para un mandato judicial de restricción de la publicación posterior de tres fotografías que habían sido tomadas sin su consentimiento mientras esquibaban en sus vacaciones, entre 2002 y 2004. El mandato judicial fue concedido por la Corte Regional de Hamburgo, pero revocado por la Corte de Apelación de ese mismo lugar. En la apelación de los demandantes, la Corte Federal de Justicia, aplicando el nuevo concepto de protección, anuló el juicio de la Corte de Apelación y restableció el mandato judicial impuesto por la Corte Regional en lo que respecta a la segunda y tercera fotografías, pero desechó la apelación respecto a la primera, que mostraba a los demandantes caminando durante sus vacaciones en San Moritz, la cual fue acompañada por un artículo discutiendo, entre otras cosas, la precaria salud del padre de Carolina, el príncipe Rainier III de Mónaco.

La Corte Federal de Justicia sostuvo que si bien la fotografía en sí misma no contenía información que contribuyera a un debate de interés general, no se podía sostener lo mismo respecto al texto que la acompañaba. La precaria salud del padre de Carolina, el príncipe de Mónaco en ese entonces, era a la vez un tema de interés general sobre el que la prensa legítimamente podía reportar, y la foto en cuestión apoyaba e ilustraba la información tratada.⁶ A petición de la demandante, en una revisión constitucional por el BVerfG, se sostuvo el enfoque desarrollado por la Corte Federal de Justicia, respecto al equilibrio entre la libertad de prensa y la protección de los derechos de personalidad, en respuesta a la sentencia del TEDH en el caso *von Hannover* (núm. 1), y que su aplicación en el caso concreto era conforme con la Ley Fundamental. Asimismo, el Tribunal Constitucional Federal estimó que la Corte Federal de Justicia estuvo en lo correcto al considerar que la precaria salud del príncipe reinante era un tema de interés general y que la prensa estaba facultada para reportar la manera en que sus hijos conciliaban sus obligaciones de solidaridad familiar con sus vidas privadas.⁷

En el caso *Axel Springer*, resuelto el mismo día, la demandante era una compañía editorial que había publicado en su diario *Bild*

⁶ BGH, sentencia de 6 de marzo de 2007, NJW 60 (2007), 1977, 1980/81.

⁷ BVerfGE 120, 180, 217.

—el de mayor circulación en Alemania— un artículo en primera plana sobre el arresto de un actor en el *Oktoberfest* en Múnich (el festival de cerveza más importante del mundo) por posesión ilícita de cocaína, complementado con un artículo más detallado en otra página con tres fotografías del actor. Este actor había alcanzado prominencia por interpretar un papel de superintendente de la policía en la emisión de una serie de detectives en televisión privada. Dicho actor obtuvo un mandato judicial de restricción para la posterior publicación del artículo y las fotografías en la Corte Regional de Hamburgo, alegando que sus derechos de personalidad superaban la libertad de prensa e información en las circunstancias particulares del caso. El mandato judicial sobre el artículo fue confirmado por la Corte de Apelación, aunque la penalización que la compañía tenía que pagar por las publicaciones previas acordada por la Corte de primera instancia, fue reducida de 5 000 a 1 000 euros, y el demandante decidió no pelear por un mandato judicial en relación con las fotografías.

Mientras tanto, el diario había publicado un segundo artículo sobre el actor, reportando su condena por posesión ilegal de drogas y la multa que se le había ordenado pagar a partir de una confesión plena. El actor solicitó y obtuvo un mandato judicial de restricción para la publicación del segundo artículo, esencialmente con los mismos alegatos del primer conjunto de procedimientos. El veredicto fue confirmado en apelación. La Corte Federal de Justicia se negó en ambos casos a conceder la autorización para apelar a la compañía editorial, bajo el argumento de que no planteaban una cuestión de fundamental importancia. El BVerfG igualmente declinó intervenir, sin dar razón alguna de su decisión.

4. DECISIONES DE LA GRAN SALA DEL TEDH DE 7 DE FEBRERO DE 2012

La Gran Sala del Tribunal Europeo basó su decisión en ambos casos en la ponderación de los derechos en conflicto, el de libertad de expresión y el de respeto a una vida privada. Al reiterar su jurisprudencia, el TEDH señaló que, en principio, ambos derechos merecían igual respeto. En estos casos, el resultado de la

demanda, por tanto, no debería variar en función de si se había presentado ante el Tribunal con fundamento en el artículo 8 del Convenio por la persona que fue sujeto del artículo o fotografía difamatoria, o con fundamento en el artículo 10 por la editorial que había publicado el reportaje o las fotografías supuestamente ofensivas.⁸ En cambio, el conflicto debía ser resuelto mediante una ponderación cuidadosa de los intereses en juego, sobre la base de un conjunto de criterios ya establecidos. Al equilibrar los derechos en conflicto, los tribunales nacionales cuentan con cierto margen de apreciación, y cuando ese ejercicio de equilibrio se lleva a cabo por las autoridades nacionales de acuerdo con los criterios establecidos en la jurisprudencia del TEDH, se requieren fuertes razones para sustituir su punto de vista por el de los tribunales nacionales.⁹

De acuerdo con las decisiones del Tribunal Europeo en *von Hannover* (núm. 2) y *Axel Springer*, al momento de equilibrar la libertad de expresión frente al derecho a la vida privada, deben ser tomados en cuenta diversos criterios.¹⁰ El primer y probablemente más esencial criterio es el de la contribución hecha por la fotografía o el artículo a un debate de interés general. Este criterio está íntimamente conectado con el rol o función de la persona y la naturaleza de sus actividades que son sujetos del reportaje. Mientras el rol de “guardián público” de la prensa es particularmente importante en relación con los políticos y puede incluso extenderse a aspectos de la vida privada en sus casos, ese rol parece ser menos importante cuando se trata de otras figuras públicas, especialmente si el reportaje en cuestión se enfoca exclusivamente en sus vidas privadas.¹¹ La conducta de la persona

⁸ TEDH. *Von Hannover vs. Alemania* (núm. 2), sentencia (GS) de 7 de febrero de 2012 (Reqs. núms. 40660/08 & 60641/08), párr. 106, y TEDH. *Axel Springer AG vs. Alemania*, sentencia (GS) de 7 de febrero de 2012 (Req. núm. 39954/08), párr. 87.

⁹ TEDH. *Von Hannover vs. Alemania* (núm. 2), *cit.*, párr. 107, y TEDH. *Axel Springer AG vs. Alemania*, *op. cit.*, párr. 88.

¹⁰ TEDH. *Von Hannover vs. Alemania* (núm. 2), *cit.*, párrs 108-113, y TEDH. *Axel Springer AG vs. Alemania*, *op. cit.*, párrs. 89-95.

¹¹ TEDH. *Von Hannover vs. Alemania* (núm. 2), *cit.*, párr. 110, y TEDH, *Axel Springer AG vs. Alemania*, *cit.*, párr. 91.

antes de la publicación del reportaje también es importante, aunque el solo hecho de haber cooperado con la prensa en anteriores ocasiones no priva a una persona de toda protección contra el reportaje invasivo.¹² La forma en que la información o foto fue obtenida es de relevancia también. La información debe ser obtenida de buena fe y su base fáctica revisada de conformidad con la ética reconocida en el periodismo.¹³ Por otro lado, en el caso de estas fotografías, debe tomarse en cuenta si fueron obtenidas sin el consentimiento de la persona o por medios ilícitos, la naturaleza de la intrusión y las consecuencias de la publicación en la persona de que se trate.¹⁴ También debe de tomarse en cuenta la forma en que la fotografía o el reportaje son publicados, ya sea por un medio local con una pequeña audiencia, o por un diario nacional de gran circulación.¹⁵ Finalmente, en el caso de las sanciones impuestas a una publicación, también debe ser evaluada la naturaleza y severidad de la sanción y su “efecto paralizador” sobre un debate público.¹⁶

Al aplicar estos criterios en el primer caso, la Corte sostuvo que la negativa de los tribunales alemanes a conceder un mandato judicial en relación con la primera foto no violó a los solicitantes su derecho de respeto a la vida privada, contemplado en el artículo 8 del Convenio. Aceptó que la foto en cuestión, considerada a la luz del artículo citado, contribuyó, al menos en cierto grado, a un debate de interés general, a saber, la discusión sobre la enfermedad que afectaba al príncipe Rainier III, el soberano reinante del Principado de Mónaco en ese momento, y la conducta de los miembros de su familia durante esa enfermedad.¹⁷ Tampoco puede decirse que la primera demandante, la hija mayor del príncipe Rainier III, era solamente un individuo privado ordinario, dado que claramente no lo era, independientemente del hecho de que

¹² TEDH. *Von Hannover vs. Alemania* (núm. 2), *cit.*, párr. 111, y *Axel Springer AG vs. Alemania*, *cit.*, párr. 92.

¹³ TEDH. *Axel Springer AG vs. Alemania*, *cit.*, párr. 93.

¹⁴ TEDH. *Von Hannover vs. Alemania* (núm. 2), *cit.*, párr. 113.

¹⁵ TEDH. *Von Hannover vs. Alemania* (núm. 2), *cit.*, párr. 112, y *Axel Springer AG vs. Alemania*, *cit.*, párr. 94.

¹⁶ TEDH. *Axel Springer AG vs. Alemania*, *cit.*, párr. 95.

¹⁷ TEDH. *Von Hannover vs. Alemania* (núm. 2), *cit.*, párr. 118.

asumiera funciones oficiales en sentido estricto en nombre del Principado de Mónaco.¹⁸ El Tribunal Europeo, entonces, concluyó que en vista del margen de apreciación con el que cuentan los tribunales nacionales al equilibrar los derechos en conflicto, las autoridades judiciales alemanas no habían incumplido con sus obligaciones positivas a la luz del artículo 8 del Convenio cuando se negaron a conceder un mandato judicial contra la publicación de la fotografía en cuestión.¹⁹

En contraste, una mayoría de la Gran Sala sostuvo que los tribunales habían llegado a las conclusiones equivocadas al aplicar los criterios de equilibrio en el caso *Axel Springer*. Bajo la perspectiva de esta mayoría, el actor que había sido sujeto de los artículos aludidos no era una figura menor, sino un personaje prominente de una serie popular de detectives en la cual él interpretaba el papel protagónico, un superintendente de policía cuya misión era la prevención del delito y la aplicación de la ley. Este hecho era de tal magnitud que incrementó el interés público de ser informado sobre su arresto, independientemente de la naturaleza relativamente menor de la infracción cometida. Adicionalmente, la información publicada por la compañía demandante había sido obtenida por las autoridades competentes que investigaban el caso, a saber, la policía y la fiscalía y, por tanto, tenía una base fáctica suficiente. Por último, los artículos relativos contenían principalmente información sobre las circunstancias de los eventos posteriores al arresto del actor, sin revelar detalles de su vida privada que no tuvieran relación con la infracción cometida.

Por otro lado, las multas impuestas a la compañía editorial, a pesar de su naturaleza relativamente indulgente, fueron capaces de tener un efecto paralizante en sus actividades. A la luz de esas circunstancias, el TEDH concluyó que las medidas impugnadas, con independencia del margen de apreciación con el que cuentan los tribunales nacionales, llegaron a ser una interferencia desproporcionada con la libertad de expresión de la compañía demandante, lo que constituía una violación al artículo 10 del Convenio.

¹⁸ *Ibidem*, párr. 120.

¹⁹ *Ibidem*, párrs. 124-126.

5. LA LIBERTAD DE Prensa FRENTE AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA: UN PÉNDULO QUE OSCILA HACIA ATRÁS

Aunque las decisiones de la Gran Sala de 7 de febrero no contienen mayores cambios o adiciones a la jurisprudencia ya establecida, tanto respecto al artículo 8 como al artículo 10 del Convenio, estas han significado importantes aclaraciones en relación a esos dos derechos en casos atinentes a reportajes de prensa sobre figuras públicas que no son políticas. Al hacerlo, restauraron el balance —que parecía haberse inclinado hacia una protección más fuerte de los derechos de privacidad de las celebridades por la sentencia de la Tercera Sala en el caso *von Hannover* (núm. 1)— a favor de la libertad de prensa. Si bien, en principio, el Tribunal Europeo afirmó que el derecho a la libertad de expresión e información y el derecho de respeto a la vida privada merecen igual observancia, la libertad de prensa debe prevalecer en ambos casos, una vez que son aplicados los criterios de equilibrio a las circunstancias específicas del caso.

Lo que es más, el caso *von Hannover* (núm. 2) ha reabierto un poco el espacio para el reportaje de prensa sobre individuos reconocidos que no son políticos (miembros de la realeza, deportistas, cantantes, etc.), que el caso *von Hannover* (núm. 1) parecía haber cerrado: dichos individuos ahora pueden ser sujetos de reportajes incluso invasivos, mientras se pueda demostrar que existe un vínculo razonable con el debate de un tema de interés general. La Gran Sala, así como los tribunales nacionales anteriormente, parecen adherirse a una interpretación generosamente amplia de este requerimiento. Después de todo, la fotografía impugnada no mostró a la demandante con su padre enfermo, el príncipe Rainier, sino con su esposo en una caminata en San Moritz. El vínculo con la precaria salud del príncipe Rainier y el tema de legítimo interés público solo fue vinculado en el texto que acompañaba a una fotografía (y otra en la misma página que mostraba al príncipe Rainier en una caminata con su otra hija, la princesa Stephanie). Sería, por tanto, irrelevante a la luz de la sentencia del TEDH en el caso *von Hannover* (núm. 2) si la fotografía, en sí misma, está directamente ligada a un debate de interés general o no, mientras ese vínculo sea provisto por el texto que la acompaña. Es fácil ver cómo esta jurisprudencia

puede ser utilizada por las compañías editoriales para burlar las barreras contra las formas invasivas del periodismo fotográfico, que el caso *von Hannover* (núm. 1) había tratado de erigir.

6. ESTRASBURGO VS. KARLSRUHE:
ACUERDO EN VEZ DE CONFRONTACIÓN

Con igual relevancia, la Gran Sala utilizó el caso *von Hannover* (núm. 2) para desactivar el conflicto con el BVerfG, que subsistía desde la sentencia de la Tercera Sala en el caso *von Hannover* (núm. 1). En la resolución del caso *Görgülü*, la cual fue dictada unas semanas después de la del caso *von Hannover* (núm. 1), el Tribunal Constitucional Federal expuso su perspectiva sobre la relación entre el sistema de Estrasburgo y el sistema nacional de derechos fundamentales, la cual preveía un papel más importante de los tribunales nacionales en cuanto a derechos fundamentales en conflicto se refiere, lo que pareció haber sostenido el Tribunal Europeo en el caso *von Hannover* (núm. 1).²⁰ Argumentó que las decisiones de Estrasburgo debían ser incorporadas a los sistemas legales nacionales para producir efectos jurídicos concretos, y que en los casos que involucraran derechos fundamentales en conflicto de diversas personas, estos solo podían resolverse mediante la aplicación cuidadosa de las reglas correspondientes del derecho local, incluyendo el derecho privado, en equilibrio con los diversos derechos e intereses involucrados. Así, los tribunales nacionales aparecían mucho mejor posicionados que el Tribunal de Estrasburgo para llevar a cabo correctamente este ejercicio de equilibrio.²¹

No obstante, el aparentemente inminente choque entre el Tribunal de Estrasburgo y el Tribunal alemán se ha evitado en los últimos ocho años desde que se dictó el fallo en el caso *von Hannover* (núm. 1). Ambos tribunales han estado dispuestos a utilizar la flexibilidad inherente de un método de equilibrio de

²⁰ Tomuschat, Christian, “The Effects of the Judgments of the European Court of Human Rights According to the German Constitutional Court”, *German Law Journal*, vol. 11, núm. 5, 2010, pp. 513-526.

²¹ BVerfGE 111, 307, 324/325.

los derechos para prevenir un conflicto abierto. El primer y probablemente más importante paso en esta dirección fue dado por la Corte Federal de Justicia cuando abandonó su concepto previo de protección, el cual estaba centrado en una noción estrecha del “espacio aislado” en el caso de las llamadas *figuras de sociedad contemporánea por excelencia*, y lo reemplazó por un enfoque más flexible que enfatiza la importancia del *valor informativo* del artículo o fotografía en el proceso de equilibrio. A mayor valor informativo para el público general, los intereses de la persona de la que se trate deberán ceder más al interés del público en ser informado. A la inversa, a menor valor informativo para el público general, más fuerte es la necesidad de proteger los derechos de personalidad del sujeto de que se trate.²²

La flexibilidad de este enfoque permitió tanto al Tribunal Constitucional Federal como al Tribunal de Estrasburgo adoptarlo sin renunciar formalmente a sus posiciones iniciales. Primero, el BVerfG reafirmó que incluso el “mero entretenimiento” no puede ser privado, *per se*, de toda relevancia en la formación de opiniones. No obstante, se llegó a afirmar que particularmente en estos casos se requiere una ponderación de las posiciones legales en pugna y que, al ponderar el interés público en la información frente a la protección de los derechos de personalidad, el tema en cuestión es de fundamental importancia. Por tanto, se mantuvo el nuevo concepto de protección desarrollado por la Corte Federal de Justicia para ser constitucionalmente inobjetable.²³

La Gran Sala respondió en el caso *von Hannover* (núm. 2) al flexibilizar la postura estricta aparentemente tomada en la decisión de 2004 sobre la necesidad de proteger la privacidad de figuras públicas contra los invasivos medios modernos. Mientras insiste en que la contribución hecha por el artículo o fotografía a un debate de interés general es el criterio primario para equilibrar la libertad de prensa con el derecho al respeto a la vida privada, dicho criterio es complementado con otros cuatro o cinco factores que también deben ser tomados en cuenta. De mayor importancia, concede que también figuras públicas que no son

²² BGH, sentencia de 6 de marzo de 2007, NJW 60 (2007), 1977, 1979.

²³ BVerfGE 120, 180, 211-213.

políticas pueden ser sujetas al escrutinio periodístico intenso, e incluso en relación con ciertos aspectos de su vida privada. Solo cuando las fotos publicadas y los reportajes que las acompañan se relacionan exclusivamente con detalles de la vida privada de una persona y tienen el único objetivo de satisfacer la curiosidad pública, se podrá sostener que el límite del reportaje de prensa legítima ha sido transgredido. Previsiblemente, el TEDH concluyó que el enfoque adoptado por los tribunales alemanes en el caso concreto reflejaba un equilibrio cuidadoso de los derechos en conflicto, aceptando su considerable y amplio entendimiento del criterio de “interés general” en relación con las fotografías.²⁴

7. EL MARGEN DE APRECIACIÓN: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA

La otra cara de la flexibilidad del método de equilibrio de los derechos involucrados al tomar en cuenta múltiples factores es su imprevisibilidad y su efecto negativo en la seguridad jurídica. A nivel europeo, estos contratiempos pueden ser evadidos mediante una aplicación rigurosa del margen de apreciación. Desafortunadamente, la Gran Sala no logró establecer un enfoque coherente con el margen de apreciación en las sentencias emitidas el 7 de febrero de 2012. Mientras la fórmula adoptada por los tribunales nacionales significó un ejercicio de equilibrio coherente con los criterios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, en donde se establece que se requieren “fuertes razones” para sustituir su punto de vista por el de los tribunales nacionales que sugieren un enfoque más bien indulgente, el TEDH claramente no se apejó a ese estándar en el caso *Axel Springer*. En su lugar, eligió, como los disidentes correctamente señalan,²⁵ dudar de los tribunales alemanes al reexaminar, punto por punto, los mismos hechos que ya habían sido valorados comprensivamente por los

²⁴ TEDH. *Von Hannover vs. Alemania* (núm. 2), *cit.*, párr. 118. El TEDH expresamente afirma que el hecho de que los tribunales alemanes examinaran el valor informativo de la fotografía en cuestión a la luz de la fotografía (sic) acompañante, no puede ser criticado a la luz del Convenio.

²⁵ TEDH. *Axel Springer AG vs. Alemania*, *cit.* opinión disidente del juez López Guerra, al que se unieron los jueces Jungwiert, Jaeger, Villiher y Poalelungi.

tribunales nacionales en el contexto en el que los eventos habían ocurrido. El Tribunal Europeo, entonces, aparentemente no se ha rendido en el intento de “ajustar” el equilibrio realizado por tribunales nacionales en los casos relativos a los artículos 8 y 10 del Convenio, un enfoque que bien podría suscitar controversia con los tribunales domésticos en el futuro, especialmente en Alemania.

BIBLIOGRAFÍA

- GERSDORF, Hubertus, “Caroline-Urteil des EGMR: Bedrohung der nationalen Medienordnung”, *Archiv für Presserecht*, 2004.
- GRABENWARTER, Christoph, “Schutz der Privatsphäre vs. Pressefreiheit: Europäische Korrektur eines deutschen Sonderweges?”, *Archiv für Presserecht*, 2004.
- KAHL, Wolfgang, “Neuere Entwicklungen der Grundrechtsdogmatik”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 131, 2006.
- KUNIG, Philip, “Die Medien und das Persönlichkeitsrecht – einige Gedanken aus europäischer Veranlassung”, *Festschrift für Peter Raue*, 2006.
- LANGENFELD, Christine, “Pressefreiheit vs. Schutz der Privatsphäre”, en HENDLER, Reinhard, IBLER, Martin, SORIA, José (eds.), *Für Sicherheit, für Europa. Festschrift für Volkmar Götze zum 70*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2005.
- STARCK, Christian, “Das Caroline-Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und seine rechtlichen Konsequenzen”, *JZ Juristenzeitung* 61, núm. 2, 20 de enero de 2006.
- TOMUSCHAT, Christian, “The Effects of the Judgments of the European Court of Human Rights According to the German Constitutional Court”, *German Law Journal*, vol. 11, núm. 5, 2010.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Entre cooperación y colisión

Marie-Christine Fuchs*

1. INTRODUCCIÓN

Entre cooperación y colisión: con este binomio se puede describir la compleja relación entre el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG, por sus siglas en alemán) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en las últimas décadas. Como es característico, casi natural para cada sistema regional o internacional de derechos humanos y su recepción en sus Estados miembros, siempre ha estado presente la pregunta sobre las “jerarquías” o sobre quién tiene la última palabra. La relación entre el BVerfG y el TEDH no es una excepción a esta tensión. La búsqueda de una respuesta adecuada y equilibrada a esta cuestión también describe de manera acertada la interacción que ha existido por décadas entre los jueces de Estrasburgo y Karlsruhe. Empecemos con una buena noticia: después de años de incertidumbre, conflictos y trazos de “testarudez” en lo que concierne a la posición del otro, en los últimos años ambos tribunales han encontrado su *modus vivendi*, que últimamente puede ser leído incluso como una relación armónica.

* Doctora en Derecho por la Universidad de Saarbrücken, Alemania. Desde 2016 es directora del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad-Adenauer.

A continuación se expondrá la manera en la que el Sistema Europeo de Derechos Humanos —el primer orden objetivo de derechos humanos en Europa sin condición de reciprocidad, que cuenta ya casi con 70 años de vigencia—,¹ el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y la jurisprudencia del TEDH son recibidos y adoptados por las cortes alemanas, especialmente por el BVerfG. Esto presupone unas breves reflexiones sobre la posición del CEDH en la jerarquía legal alemana para aclarar y entender mejor que el BVerfG a veces no aprueba, necesaria ni automáticamente, la jurisprudencia del TEDH.

2. MARCO LEGAL DEL ACATAMIENTO DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH POR LOS ESTADOS PARTE DESDE LA PERSPECTIVA DEL CEDH

Para entender mejor el “potencial de conflicto” entre ambos tribunales, y antes de profundizar en la perspectiva alemana hacia Estrasburgo, cabe recordar brevemente el marco legal que establece el mismo Convenio respecto a su jurisdicción y en cuanto al acatamiento de su jurisprudencia por sus Estados parte. Como la jurisprudencia del TEDH no tiene carácter de casación o de revisión, aparte de casos excepcionales en los cuales el TEDH puede concederle directamente a la víctima una “satisfacción equitativa” (art. 41 CEDH),² tradicionalmente sus sentencias tie-

¹ López Guerra, Luis, “El Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos”, en Bandeira Galindo, George Rodrigo, Urueña, René y Torres Pérez, Aida (coords.), *Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual*, dhes. Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013, p. 165, https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/PMDH_Manual.165-186.pdf

² Aunque el TEDH queda firme con el carácter declaratorio de sus decisiones, existen sentencias en las que le ordenó al Estado demandado medidas concretas de reparación. En el caso *Papamichalopoulos*, ordenó la restitución de un predio expropiado de manera contraria al CEDH. TEDH. *Papamichalopoulos y otros vs. Grecia*, sentencia de 31 de octubre de 1995 (Req. núm. 14556/89). En el caso *Assanidze* ordenó él mismo la liberación del demandante detenido de manera contraria al CEDH. TEDH. *Assanidze vs. Georgia*, sentencia de 8 de abril 2004 (Req. núm. 71503/01). Y en otros casos obligó a los Estados a trasladar a los detenidos que padecían enfermedades graves a instalaciones apropiadas para sus respectivas condiciones

nen un valor puramente declarativo e *inter partes*.³ Aunque las sentencias tienen fuerza vinculante para los Estados parte, no son directamente ejecutables y aplicables. En la mayoría de los casos requieren de alguna acción de un órgano nacional para tener efectividad en el orden jurídico interno.⁴ Para dar un ejemplo, las sentencias del TEDH no anulan directamente sentencias nacionales contrarias al CEDH. Sin embargo, al ser una obligación de derecho internacional público que ha pasado a ser parte del derecho interno, los Estados parte se comprometen a terminar la alegada violación de derechos humanos, a reparar los daños y a abstenerse de generar violaciones parecidas en el futuro.

Los Estados parte tienen derecho a elegir los medios con los cuales cumplen las sentencias del TEDH.⁵ Les corresponde, bajo

de salud. TEDH. *Ghavitadze vs. Georgia*, sentencia de 3 de marzo 2009 (Req. núm. 23204/07), y TEDH. *Sławomir Musiał vs. Polonia*, sentencia de 20 de enero 2009 (Req. núm. 28300/06). Estas decisiones no estuvieron libres de crítica por parte de la doctrina, sobre todo porque no es evidente el sustento jurídico de la competencia del TEDH para tomar este tipo de decisiones. Véase, al respecto, Breuer, Marten, “Artikel 46”, en Karpenstein, Ulrich y Mayer, Franz (eds.), *EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Kommentar*, 2ª ed., C.H. Beck, 2015, pp. 663-691.

³ López Guerra, Luis, *op. cit.*, p. 174.

⁴ Véase García Roca, Francisco Javier y Nogueira Alcalá, Humberto, “El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: Valor de precedente e interpretación vinculante”, en García Roca, Francisco Javier y Carmona Cuenca, Encarnación (coords.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, 2017, Pamplona, Thomsom Reuters Aranzadi, pp. 71-74. Esto a veces es diferente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Véase artículos 1, 2 y 68 CADH. Asimismo, véase al respecto, Krsticevic, Viviana “Reflexiones sobre la ejecución de sentencias de las decisiones del sistema interamericano de protección de derechos humanos”, en Tojo, Liliana y Krsticevic, Viviana (coords.), *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, Buenos Aires, CEJIL, 2007, pp. 15-112; Camarillo Govea, Laura, “Convergencias y divergencias entre los sistemas europeo y interamericano de derechos humanos”, *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XIX, núm. 37, enero-junio 2016, p. 78, y Saavedra, Pablo, Cano Palomares, Guillem, Hernández Ramos, Mario, “Reparación y supervisión de sentencias”, en García Roca, Francisco Javier y Carmona Cuenca, Encarnación (coords.), *op. cit.*, pp. 212 y ss.

⁵ López Guerra, Luis, *op. cit.*, p. 174.

la supervisión del Comité de Ministros del Consejo de Europa (art. 46.2 CEDH), transferir a su ordenamiento jurídico interno esa decisión, adoptando las medidas necesarias: tanto individuales, dirigidas a reparar la violación producida en el caso concreto, como de carácter general, dirigidas a la futura prevención de esas violaciones.⁶

Para resumir, aunque el escenario está cambiando con las llamadas sentencias “piloto” —práctica que introdujo el TEDH en 2014 con la idea de aunar sus decisiones sobre una gran cantidad de casos referidos a la misma violación de un derecho—,⁷ hasta el día de hoy en el Sistema Europeo la aplicación de las sentencias del TEDH, respecto de la cual los Estados parte tienen un margen de apreciación, en la mayoría de casos queda en manos de estos.⁸

3. LA RECEPCIÓN DEL CEDH Y DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNO ALEMÁN POR LA CONSTITUCIÓN ALEMANA Y LA JURISPRUDENCIA DEL BVerfG

Ahora bien, analizando el mismo fenómeno desde el punto de vista de los Estados parte, en general los efectos concretos de las senten-

⁶ Polakiewicz, Jörg, *Treaty-Making in the Council of Europe*, Straßburg: Council of Europe Publishing, 1999, capítulo 9, p. 154. Asimismo, López Guerra, Luis, *op. cit.*, pp. 174-175.

⁷ En dichas sentencias, el TEDH pide a los Estados parte adoptar medidas más estructurales, generales y mucho más concretas para enfrentar el problema y para prevenir futuras violaciones del mismo tipo. Breuer, Marten, *op. cit.*, p. 771.

⁸ Hasta el día de hoy el alcance y las características del margen de apreciación de los Estados parte son objeto de fuerte y constante debate. Últimamente la discusión se centró alrededor de una decisión del TEDH vinculada con migrantes que provocó una petición de algunos Estados miembros del Consejo de Europa, sobre todo de Dinamarca, en la dirección de un margen de apreciación mucho más amplio frente a sentencias del TEDH. Sin embargo, al final la Declaración de Copenhague respecto a este punto quedó mucho menos restrictiva de lo que los Estados lo habían pedido. Véase la declaración en http://www.justitsministeriet.dk/sites/default/files/media/Forsidebilleder_2018/copenhagen_declaration.pdf; véase al respecto también <https://www.ejiltalk.org/copenhagen-much-ado-about-little/>.

cias del Tribunal Europeo en el ordenamiento jurídico interno de uno de estos Estados dependen del posicionamiento y de la jerarquía del Convenio en dicho orden. Cabe mencionar que la posibilidad de tramitar un recurso individual ante el Sistema Europeo⁹ está sujeta a la condición de que se hayan agotado todos los recursos internos.¹⁰ En el caso de Alemania ello significa que el demandante debe haber agotado las dos o tres instancias judiciales ordinarias¹¹ de una de las cinco jurisdicciones en ese país,¹² y que después del agotamiento de una de estas debe haber adelantado una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.¹³

3.1. El rango del CEDH en el ordenamiento legal alemán

Según el artículo 32 de la Constitución alemana, la Federación alemana tiene la competencia de vincular al país en tratados, convenios y acuerdos internacionales. Mientras el CEDH y la adhesión de Alemania a dicho Convenio constituyen tratados de derecho internacional público, una vez concluido, con el objetivo de incorporarlos al derecho interno, el artículo 59 párrafo 2 de la Constitución estipula que “los tratados que regulen las relaciones políticas de la Federación o se refieran a materias de la legislación federal requieren la aprobación o la participación,

⁹ Así, el Sistema Europeo, según la perspectiva de los ciudadanos, es bastante accesible y por ende visible. Sin embargo, este sistema conlleva el riesgo de una ocupación excesiva del TEDH con recursos individuales, por verse los ciudadanos ante una instancia adicional en materia de derechos humanos. En 2017 fueron presentadas 63 350 demandas ante el Tribunal, quien emitió un total de 1 068 sentencias, resolviendo 15 595 casos. 70 356 demandas fueron declaradas inadmisibles. Al final del año quedaron pendientes de estudio judicial 56 250 demandas. Consejo de Europa, *Annual Report 2017 of the European Court of Human Rights*, 2018, p. 163, https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2017_ENG.pdf.

¹⁰ Arts. 34 y 35.1 del CEDH.

¹¹ En casos excepcionales son solo una, dos o cuatro instancias.

¹² Las cinco jurisdicciones en Alemania son la civil/penal, administrativa, laboral, tributaria y social.

¹³ Art. 93, párr. 1, núm. 4a de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.

bajo la forma de una ley federal, de los órganos competentes en la respectiva materia de legislación federal.” Como los derechos consagrados en el CEDH se refieren a materias de la legislación federal, para que el Convenio tuviera efecto jurídico en Alemania fue necesaria la aprobación del *Bundestag* (Parlamento alemán) en forma de una ley formal ordinaria.¹⁴ Con esta ley de ratificación¹⁵ se incorporaron las normas del Convenio Europeo en el ordenamiento jurídico interno y, al mismo tiempo, estas adquirieron validez interna. El BVerfG habla en este contexto de un “orden de aplicación de la ley” (*Rechtsanwendungsbefehl*) frente a todos los órganos del poder público.¹⁶

El Tribunal Constitucional y las opiniones mayoritarias en la doctrina jurídica alemana han confirmado varias veces que el Convenio, como cualquier otro tratado internacional ordina-

¹⁴ Parlamento alemán, servicio académico, Transformación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y ejecución y cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en Alemania, Francia, Italia, Rusia, Reino Unido y Turquía, (Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste (WD 3), (2016) Zur innerstaatlichen Umsetzung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) sowie zur Durchsetzung und Wirkung von Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Deutschland, Frankreich, Italien und Russland, im Vereinigten Königreich und in der Türkei); WD 2 - 3000 - 104/16, p. 13, <https://www.bundestag.de/blob/482672/f9ace5e6e53fc37be870a3bbccb85ed/wd-2-104-16-pdf-data.pdf>. Asimismo, Klein, Eckart, “Germany”, en Gerards, Janneke y Fleuren, Joseph (eds.), *Implementation of the European Convention of Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case law. A comparative analysis*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2014, p. 189.

¹⁵ Publicado en BGBl. II, 1954, p. 14.

¹⁶ BVerfG, 111, 307, nota al pie 34, cdo. 30 y ss. Véase Klein, Eckart, *op. cit.*, p. 190, y Haug, Thomas, “Die Bedeutung der EMRK in Deutschland und ihre Auslegung durch den EGMR”, *AfP*, 2016, p. 25. El BVerfG defiende un dualismo moderado. Hay opiniones disidentes respecto a la adopción de tratados internacionales en el derecho alemán, entre teorías de un dualismo radical hasta ideas más de tendencia monista. Véase, al respecto, Giegerich, Thomas, “Wirkung und Rang der EMRK in den Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten”, en Dörr, Oliver; Grote, Rainer y Marauhn, Thilo (eds.), *EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, 2ª. ed., t. I, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, p. 81, considerando 45; Geiger, Rudolf, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 3a. ed., Munich, pp. 163, y Klein, Eckart, *op. cit.*, p. 193.

rio, tiene el rango de una ley federal ordinaria¹⁷ y, por tanto, se encuentra en el orden jurídico interno en un rango jerárquico inferior al de la Constitución. Dentro de la jerarquía normativa alemana y desde la perspectiva del BVerfG, el Convenio comparte la misma calidad jurídica y tiene el mismo nivel que su ley de aprobación.¹⁸ Solo algunas opiniones minoritarias en la doctrina jurídica han señalado que, dada la naturaleza e importancia del Convenio Europeo, este mismo debería tener un rango al menos supralegal, constitucional o —según algunos— incluso supraconstitucional.¹⁹ Sin embargo, estas opiniones contradicen el texto de la Constitución y la jurisprudencia establecida del Tribunal Constitucional y, por ende, deben ser descartados.

3.2. Las maneras de impugnar el CEDH ante el Tribunal Constitucional Federal

En principio, esta equiparación del CEDH a una ley ordinaria por debajo de la Constitución significa que una violación de los derechos humanos consagrados en el Convenio no puede ser denunciada directamente con una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.²⁰ Según la Constitución, solo se permite al demandante la invocación de una violación de sus derechos fundamentales consagrados en la misma (véase art. 93 párr. 1, núm. 4a).²¹ Sin embargo, aunque el Convenio escapa a su exa-

¹⁷ Decisiones del BVerfG 74, 358, 370; 82, 106, 120; 111, 307, 317; 128, 326, 367. Véase, al respecto, Giegerich, Thomas, *op. cit.*, p. 82, cdos. 46 y ss., y Polakiewicz, Jörg y Kessler, Adriana, “Das Streikverbot für deutsche Beamten. Die Bedeutung der Rechtsprechung des EGMR für deutsche Gerichte”, *NVwZ*, 2012, p. 843.

¹⁸ Streinz, Rudolf, “Artikel 59”, en Sachs, Michael (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, C.H. Beck, 2014, pp. 1363-1387.

¹⁹ Parlamento alemán, servicio académico, *op. cit.*, p. 13; Giegerich, Thomas, *op. cit.*, p. 82, cdos. 51 y ss.

²⁰ BVerfGE 111, 307, 317, 319 s.; 128, 326, 367. Véase Mayer, Franz, “Einleitung”, en Karpenstein, Ulrich y Mayer, Franz (eds.), *EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar*, Munich, C.H. Beck, 2012, p. 17.

²¹ En general, el BVerfG es competente únicamente para la interpretación y la aplicación de la Constitución alemana.

men directo, el Tribunal Federal ha elaborado las dos siguientes maneras “indirectas” de hacer del Convenio y la jurisprudencia del Tribunal Europeo su objeto de revisión:

3.2.1. La interpretación de la Constitución alemana conforme al CEDH y a la jurisprudencia del TEDH

a. Principio

La Constitución alemana asigna una protección especial al “núcleo” de los derechos humanos internacionales. El Tribunal Constitucional reconoce esta posición y la importancia histórica y preponderante que tiene el CEDH para la protección de derechos humanos en Europa. Por ende, aplicando el artículo 1, párrafo 2 de la Constitución alemana, el BVerfG ha impuesto la obligación de considerar en igual medida al CEDH a la jurisprudencia del TEDH, la cual, según aquel, refleja el “contenido y el estado de desarrollo”²² del Convenio en la aplicación de los derechos fundamentales previstos en la Constitución alemana, para conocer el contenido y el marco de protección y aplicación de estos derechos fundamentales.²³ Es decir, el BVerfG se ha “arrogado” un deber de interpretar los derechos humanos en la Constitución “a la luz” del Convenio y de la jurisprudencia del TEDH²⁴ como parte de su doctrina general de interpretación de la Constitución conforme al derecho internacional público.

b. Limitaciones

No obstante, si según los principios de interpretación jurídica establecidos se deriva una incompatibilidad o conflicto entre la solución del mismo caso según la Constitución nacional y el Convenio Eu-

²² BVerfGE 128, 316, cdo. 90, sentencia de 4 de mayo de 2011 (respecto a la detención preventiva).

²³ Para otros países europeos véase García Roca, Francisco Javier y Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, pp. 71-95.

²⁴ BVerfGE 74, 358, 370; 82, 106, 120; 111, 307, 317; 128, 326, 367.

ropeo, porque la aplicación de este último conllevaría “una infracción de un principio fundamental de la Constitución”,²⁵ el BVerfG hace prevalecer la interpretación concordante con la Constitución nacional, a fin de que la protección de aquella no se vea socavada.²⁶ Es decir, el BVerfG reconoce un deber de tener en cuenta al CEDH y a la jurisprudencia del TEDH, pero en casos de conflicto que no se puedan solucionar con medidas hermenéuticas, le da preponderancia a la propia Constitución por encima del Convenio.²⁷

Esto significa que, particularmente en casos de conflicto entre dos derechos humanos que requieren una ponderación, la interpretación de la Constitución alemana “a la luz” del Convenio encuentra sus límites.²⁸ El BVerfG insiste en que en estos casos el nivel de protección de derechos humanos consagrado en la Constitución no puede ser disminuido por el CEDH o la jurisprudencia del TEDH.²⁹ El CEDH no puede tener una normativa o interpretación más restrictiva que la Constitución o su interpretación. Sin embargo, en estos casos “multipolares”, que son analizados con más profundidad más adelante, una mayor protección de un derecho conlleva una menor protección del derecho que entra en colisión y al revés.

3.2.2. Examen de la observancia del Convenio y de la jurisprudencia del TEDH por parte de las cortes internas ordinarias: el caso Görgülü

Aparte de la interpretación conforme al Convenio, el BVerfG ha “inventado” otro camino aún más importante para introducir el

²⁵ BVerfGE 111, 307, cdo. 34.

²⁶ BVerfGE 111, 307, cdo. 35. Véase Klein, Eckart, *op. cit.*, p. 203.

²⁷ Haug, Thomas, *op. cit.*, p. 225.

²⁸ BVerfGE 111, 307, cdo. 50. Nussberger, Angelika, *Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf das deutsche Arbeitsrecht*, Ponencia para el simposio europeo del Tribunal Federal de Trabajo de Alemania en Erfurt, 26 y 27 de abril de 2012, p. 18, https://www.bundesarbeitsgericht.de/symposion/rev_nussberger.pdf

²⁹ BVerfGE 128, 316, 370 y siguientes, sentencia de 4 de mayo de 2011 (respecto a la detención preventiva).

contenido del CEDH y las sentencias del TEDH en su jurisprudencia. Dado que el Convenio Europeo tiene rango de ley ordinaria en Alemania, como tal, evidentemente no solo debe ser respetado por el juez ordinario sino por toda autoridad administrativa y pública.³⁰ En consecuencia, una violación al CEDH puede ser invocada en todos los niveles de la administración pública y ante las cortes ordinarias y administrativas. A pesar de ello, como el Convenio tiene en principio rango de ley ordinaria, no puede ser invocado ante el BVerfG.

Ante la imposibilidad de revisar directamente un fallo de un juez ordinario en un caso en el cual el demandante invocó ante el Tribunal Constitucional una violación del Convenio Europeo, porque este mismo no tiene rango constitucional, para que el BVerfG pueda supervisar la ejecución del deber del juez ordinario de considerar el Convenio, en su conocida decisión de principio *Görgülü* (correspondiente al apellido del demandante) se “inventó” un recurso especial para integrar el CEDH a su examen jurisprudencial: la posibilidad de presentar una acción de inconstitucionalidad a través de la invocación de una violación del principio de Estado de derecho, el cual tiene rango constitucional en Alemania.³¹ El BVerfG argumentó que la inobservancia de la ley ordinaria, en este caso del Convenio Europeo, por el juez ordinario constituyó una infracción al principio constitucional de Estado de derecho.³²

En el caso, el señor *Görgülü* reclamó la custodia de su hijo. La madre, con quien el demandante no estaba casado, había entregado al niño en adopción sin informar al padre, por lo cual el niño creció con una familia adoptiva. Después de un fallo civil de primera instancia a favor del padre, el tribunal civil de segunda instancia anuló la sentencia argumentando que el niño había establecido una unión estrecha con la familia adoptiva y que la separación de esta familia afectaría su bienestar.

³⁰ Art. 20, párr. 3, de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, según el cual los poderes judiciales están sometidos a la ley y al Derecho; BVerfGE 111, 307, 323 s.; 128, 326, 369; 131, 268, 295 s.

³¹ Art. 20, párr. 3, de la Ley Fundamental de Alemania.

³² Klein, Eckart, *op. cit.*, p. 199.

Mediante decisión dictada el 31 de julio de 2001,³³ el BVerfG rechazó la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el demandante.

En consecuencia el señor Görgülü presentó una acción ante el TEDH por violación de sus derechos paternales protegidos por el artículo 8 del CEDH (derecho al respeto a la vida privada y familiar). El Tribunal Europeo consideró que cada Estado parte debía vigilar y garantizar la unión entre un niño y sus padres biológicos.

Así, por el hecho de que el tribunal ordinario de segunda instancia había ignorado totalmente el artículo 8 del CEDH y la jurisprudencia del TEDH en la justificación de su decisión, declaró que —solo por maldefinición del marco de protección aplicable y sin entrar en la ponderación de derechos— había una violación del Convenio.³⁴ El caso fue reenviado al tribunal de segunda instancia, que nuevamente ignoró la decisión del TEDH al considerar que el CEDH solamente vincularía al Estado alemán como objeto del derecho internacional público, pero que no supondría obligación directa alguna para las cortes alemanas. A continuación, el señor Görgülü presentó una segunda acción de inconstitucionalidad ante el BVerfG que dio lugar a la jurisprudencia arriba mencionada. Por primera vez, el BVerfG utilizó este recurso novedoso de control indirecto de la aplicación del Convenio Europeo por la vía de una violación del principio de Estado de derecho.³⁵

Sin embargo, hay que considerar que según la jurisprudencia *Görgülü*, solo se presenta una violación de la Constitución alemana si el juez ordinario ha ignorado por completo la aplicabilidad del CEDH y/o una sentencia del Tribunal Europeo en el caso concreto. Por el contrario, puede ser compatible con la Constitución alemana un fallo de un juez ordinario que considere de manera suficiente las previsiones del Convenio y la jurisprudencia del TEDH aplicable a su caso y las tenga en cuenta en el marco

³³ BVerfG, resolución de 31 de octubre de 2001 - 1 BvR 1720/01.

³⁴ TEDH. *Görgülü vs. Alemania*, sentencia de 26 de febrero de 2004 (Req. núm. 74969/01).

³⁵ BVerfGE 111, 307 ss. Véase, al respecto, Klein, Eckart, *op. cit.*, p. 203.

del test de proporcionalidad, aun si al final decide no ajustarse a ellas en su decisión.³⁶ Es decir, el juez ordinario está solamente obligado a reconocer la jurisprudencia del Tribunal Europeo, a considerar su argumentación jurídica y los resultados de su ponderación en relaciones de derechos humanos multipolares, así como a interpretar la ley alemana a la luz de aquella jurisprudencia, pero no hay una obligación absoluta de seguirla o reiterarla, sobre todo si aquella entra en conflicto con la propia Constitución alemana y la jurisprudencia del BVerfG.³⁷

3.3. Después de *Görgülü*: consecuencias y dificultades para el BVerfG en la aplicación del CEDH y su interpretación por el TEDH. De un diálogo denso a un diálogo cooperativo

A pesar de esto, hoy en día las cortes alemanas siguen la jurisprudencia del TEDH en la mayoría de los casos. Esto siempre se da en relaciones singulares jurídicas en las cuales los derechos invocados por el actor no entran en conflicto con los derechos fundamentales del demandado. Si el marco previsto por el Convenio para el derecho invocado garantiza un nivel de protección más amplio que el previsto por la Constitución alemana, el juez siempre aplicará el nivel de protección más amplio, interpretando el derecho federal de Alemania a la luz del CEDH, siguiendo el principio *pro persona*.

Sin embargo, como se mencionó, el caso se muestra más complejo en los litigios en los cuales se abordan casos “bipolares o multipolares” de derechos, es decir, en los cuales dos o varios derechos humanos entran en conflicto y demandan del Tribunal una ponderación entre ellos.³⁸ En estas situaciones, la mejor protección de un derecho humano puede ir de la mano de una “peor protección” del otro. Son aquellos casos que causan más complicaciones en la aplicación del Convenio Europeo y su interpretación por el TEDH, sobre todo en cuanto a la definición de los

³⁶ BVerfGE 111, 307, cdo. 50. Véase Haug, Thomas, *op. cit.*, p. 226.

³⁷ Mayer, Franz, *op. cit.*, p. 17.

³⁸ Nussberger, Angelika, *op. cit.*, p. 171.

marcos de protección aplicables y en lo relativo a la ponderación de estos derechos, con la posibilidad de resultados diferentes según los diversos tribunales. Ejemplos famosos de este conflicto, que suelen ser resueltos siguiendo el principio de proporcionalidad, son el conflicto entre la libertad de prensa (art. 10 CEDH), por un lado, y la protección de la reputación de la persona cuya vida privada es objeto de cubrimiento de reportajes de prensa (art. 8 CEDH), por el otro.³⁹

3.3.1. El caso “Carolina de Mónaco”

Uno de los casos más conocidos del BVerfG, que muestra de manera muy emblemática el potencial conflicto entre el sistema alemán y el Sistema Europeo de Derechos Humanos, y la manera en la que el BVerfG aplica la jurisprudencia del TEDH en casos de conflicto entre varios derechos, es el de las tres famosas sentencias respecto a la vida privada de la princesa Carolina de Mónaco.⁴⁰ La princesa fue blanco permanente de la prensa amarillista y de *paparazzis* que tomaban fotos de ella incluso en situaciones informales o íntimas. De manera reiterada demandó ante las cortes alemanas por la violación de su derecho general a la personalidad, derecho a la propia imagen, a la honra y a la intimidad. Sin embargo, por la importancia preponderante e histórica de la libertad de prensa en Alemania, la demandante solía perder todos estos procesos e incluso una acción por inconstitucionalidad ante el BVerfG.⁴¹

El argumento de las cortes alemanas era que, ponderando por un lado el derecho general a la personalidad y a la propia imagen y, por el otro, el derecho de libertad de la prensa y de los redactores, así como el derecho de la ciudadanía a ser y estar informada,

³⁹ Nussberger, Angélika, *op. cit.*, p. 172, y Haug, Thomas, *op. cit.*, p. 226.

⁴⁰ TEDH. *Von Hannover vs. Alemania*, sentencia de 24 de junio de 2004 (Req. núm. 59320/00); *Von Hannover vs. Alemania* (núm. 2) sentencia (GS) de 7 de febrero de 2012 (Reqs. núms. 40660/08 & 60641/08), y *Von Hannover vs. Alemania* (núm. 3), sentencia de 19 de septiembre de 2013 (Req. núm. 8772/10).

⁴¹ BVerfG, 1 BvR 653/96, 15 de diciembre de 1999.

prevalecen de manera general los últimos, sobre todo frente a los llamados “personajes absolutos de la historia contemporánea” (*absolute Person der Zeitgeschichte*),⁴² como lo es Carolina de Mónaco. Todo ello siempre que no se afecte la “esfera íntima” de la persona.⁴³

Carolina demandó ante el TEDH, el cual decidió en su primera sentencia, *Von Hannover vs. Alemania*, que los tribunales alemanes no habían considerado de manera suficiente el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) de la princesa y que tampoco habían tratado de establecer un equilibrio entre aquel derecho y el derecho a la libertad de prensa previsto en el artículo 10 del Convenio: una argumentación de las cortes basada solamente en la consideración de que en el caso de personajes absolutos de la historia contemporánea, el derecho de libertad de prensa siempre prevalecerá, no era suficiente. Ambos derechos merecen “igual respeto”. Por ende, aunque el TEDH nunca ordenó a las cortes alemanas cuál debería ser el resultado “correcto” de la ponderación, dejándoles un margen amplio de apreciación al respecto,⁴⁴ al inicio de las ponderaciones de las dos cortes, estas básicamente difirieron respecto a la contribución de las fotos y los artículos de prensa al debate público en una sociedad definida.

Mientras que en el concepto alemán era suficiente probar el interés público por conocer el estilo de vida de la persona famosa por su posición de líder o su influencia, el TEDH defendió que el mero deseo de satisfacer la curiosidad pública no justificaba la in-

⁴² Según la jurisprudencia alemana, apoyada por la jurisprudencia del BVerfG y la Corte Federal (*Bundesgerichtshof*, BGH), el derecho a la privacidad de personas de historia contemporánea sufre más limitaciones que para individuos “normales”. Si una persona tiene un significado en la historia por sí misma, por ejemplo, por su papel político, económico o también civil, cualificaba como “persona absoluta” de la historia contemporánea. Si esa persona solo tiene un significado en un definido contexto histórico o por su conexión con una persona absoluta de historia contemporánea, solo califica como persona relativa de historia contemporánea y tiene un nivel más bajo de protección de su derecho a la privacidad solo en este contexto históricamente importante.

⁴³ Véase, al respecto, Nussberger, Angelika, *cit.*, p. 175.

⁴⁴ TEDH. *Von Hannover vs. Alemania*, *cit.*

tromisión en la vida privada de la persona en juego. Era necesaria la existencia de una “contribución al debate público”.

La corte civil más alta (*Bundesgerichtshof*, BGH, por sus siglas en alemán), reaccionando al fallo del TEDH, tuvo que nivelar el concepto de los “personajes absolutos de la historia contemporánea” y bajar el estándar de protección de la libertad de prensa realizando una mejor ponderación de los derechos en juego e introduciendo un modelo de protección gradual: el concepto de los “personajes absolutos de la historia contemporánea” no justifica de manera general la prevalencia de la libertad de prensa.⁴⁵ Más bien, se requiere una ponderación de cada caso teniendo en cuenta los hechos específicos del mismo y viendo la contribución del artículo al debate público.⁴⁶ A continuación, el BVerfG declaró compatible esta sentencia con la Constitución.⁴⁷ Por su parte, unos años más tarde el TEDH se acercó a la posición alemana y confirmó los resultados de la jurisprudencia alemana al respecto, después de su primera decisión en el caso *Carolina de Mónaco*.⁴⁸

Además de la “histórica contienda” entre el BVerfG y el TEDH en los casos de la princesa Carolina, hay otros ejemplos de que, en el pasado, las divergencias jurisprudenciales entre la jurisprudencia de ambos tribunales perduraron al menos durante algunos años. Sobre todo dos casos conocidos, uno sobre detención preventiva y otro sobre agentes encubiertos, ambos de derecho procesal penal, que han marcado el debate público durante años en Alemania y con los cuales el poder público tuvo muchos problemas para cumplir sus obligaciones estipuladas en el CEDH, demuestran a modo de ejemplo que la relación entre los dos tribunales no siempre ha sido armónica. Sin embargo, incluso en estos dos “notorios” casos de conflicto durante años, los dos tribunales recientemente han logrado un acercamiento recíproco.⁴⁹

⁴⁵ Véase, al respecto, Klein, Eckart, *op. cit.*, p. 210.

⁴⁶ BGH, sentencia de 6 de marzo de 2007, VI ZR 51/06.

⁴⁷ BVerfG, 1 BvR 1602/07.

⁴⁸ TEDH. *Von Hannover vs. Alemania* (núm. 2), *cit.*

⁴⁹ Klein, Eckart, *op. cit.*, pp. 211 y 212.

3.3.2. *El caso de la detención preventiva*

En primer lugar cabe mencionar el caso de la detención preventiva ilimitada aplicada de manera retroactiva. El derecho penal de Alemania prevé la posibilidad de retener a una persona durante toda su vida, incluso después del cumplimiento de la pena más larga de privación de libertad que existe en el país (15 años). Si el delincuente todavía parece ser un peligro para la sociedad después del cumplimiento de la pena privativa de 15 años, el Estado puede ordenar su reclusión preventiva atendiendo al interés superior de proteger a la generalidad. Esta forma de reclusión o detención⁵⁰ —que según el entendimiento alemán no es una pena en sentido estricto, sino una medida de corrección y prevención— se puede aplicar incluso de manera retroactiva a la condena original.⁵¹

En una sentencia de 2004, sin tener en cuenta al CEDH en su fallo, el BVerfG confirmó la constitucionalidad de la aplicación retroactiva de la detención preventiva. A su juicio, la prohibición absoluta de retroactividad del derecho penal no aplicaba en este caso, porque la detención preventiva no califica como pena.⁵² En 2009 el TEDH, en el famoso caso *M. vs. Alemania*,⁵³ consideró la legislación alemana en casos de detención preventiva como una violación del artículo 5 (derecho a la libertad y a la seguridad), interpretando el catálogo exhaustivo de razones lícitas de detención previsto en este artículo de manera rígida,⁵⁴ y del artículo 7

⁵⁰ Este tipo de medida de seguridad ha sido argumentada en distintos escenarios como la más importante contribución a la relativamente baja tasa de encarcelamiento observada en Alemania. Para conocer en mayor detalle las aproximaciones a las sanciones y las tensiones entre el derecho penal alemán y la política de seguridad, véase Albrecht, Hans-Jörg, “Sentencing in Germany: Explaining Long-Term Stability in the Structure of Criminal Sanctions And Sentencing”, *76 Law and Contemporary Problems*, 2013, pp. 211-236.

⁵¹ Véase, al respecto, Giegerich, Thomas, *op. cit.*, p. 218.

⁵² BVerfGE 109, 133, sentencia de 5 de febrero de 2004.

⁵³ TEDH. *M. vs. Alemania*, sentencia de 17 de diciembre de 2009 (Req. núm. 19359/04).

⁵⁴ Giegerich, Thomas, *op. cit.*, p. 212.

del CEDH, entre otros, por violación al principio *nulla poena sine lege* (no hay pena sin ley) y la aplicación de una pena de manera retroactiva.⁵⁵ Al respecto destacó que incluso esta forma de detención preventiva es una forma de pena por la manera en que se realiza.

Aunque los alemanes liberaron al detenido, acatando el fallo del Tribunal de Estrasburgo, durante años tuvieron grandes problemas para alinear el sistema alemán de detención preventiva con el Convenio, porque no estuvieron dispuestos a abandonar su concepto tradicional de medidas de prevención. Pero finalmente, gracias a un diálogo jurisdiccional entre ambos, marcado por la buena voluntad de hacer compatible el derecho procesal penal alemán en este punto con los requisitos de los artículos 5 y 7 del Convenio, en una sentencia de 2011,⁵⁶ el BVerfG declaró inconstitucional la aplicación retroactiva de la detención preventiva; aunque lo hizo sin adoptar la calificación de la detención preventiva como pena, como lo ha hecho el TEDH. El BVerfG modificó así su interpretación del fallo de 2004 sin adoptar por completo la posición del TEDH en la sentencia de 2009.

En noviembre de 2011, reaccionando a las concesiones hechas por Karlsruhe, el Tribunal Europeo consideró que el BVerfG había adecuado la sentencia del TEDH a la ley alemana en el caso *M*.⁵⁷ Además, con el objetivo de alinear la ley alemana al Convenio, el legislador alemán revisó por completo su legislación en materia de detención preventiva. En 2016, la nueva versión de la misma fue aprobada por el Comité de Ministros, órgano encargado de la supervisión del cumplimiento de las sentencias del TEDH.

⁵⁵ TEDH. *M. vs. Alemania*, *cit.* Esta sentencia fue confirmada, entre otras, por tres sentencias de 13 de enero de 2011: *Kallweit vs. Alemania*, sentencia de 13 de enero de 2011 (Req. núm. 17792/07); *Mauts vs. Alemania*, sentencia de 13 de enero de 2011 (Req. núm. 20008/07), y *Schummer vs. Alemania*, sentencia de 13 de enero de 2011 (Req. núm. 27360/04).

⁵⁶ BVerfGE 128, 326, sentencia de 4 de mayo de 2011 (detención preventiva II).

⁵⁷ TEDH. *O.H. vs. Alemania*, sentencia de 24 de noviembre de 2011 (Req. núm. 4646/08).

3.3.3. *El caso de provocación
de un crimen por un agente encubierto*

En segundo lugar hay que mencionar el conflictivo caso de la legislación alemana frente a la provocación ilícita de un crimen por un agente estatal encubierto. Según el artículo 6 del Convenio Europeo y según el principio de Estado de derecho consagrado en la Constitución alemana, la provocación de un crimen por un agente estatal es ilícita si el agente encubierto va más allá de la investigación “pasiva” del delito, y además trata de alentar o inducir a la persona a cometer un crimen, el cual no hubiera cometido sin la provocación del agente, incluso si este último actúa con el solo objetivo de probar el delito para iniciar un proceso penal.

Cuando un crimen es cometido después de esta provocación ilícita por parte de un agente encubierto (agente “provocador”), el TEDH, en varios fallos contra otros Estados parte, ha manifestado que, de acuerdo con el Convenio, dicha provocación excluye totalmente la aplicación de cualquier tipo de condena criminal, aun cuando el delincuente realmente haya sido culpable.⁵⁸ Las cortes penales alemanas, al contrario, poco impresionadas por lo que ha dicho el Tribunal de Estrasburgo, durante muchos años han opinado que la provocación ilícita por un “agente provocador” resulta en una reducción de la pena, pero nunca puede llegar a una exención total de la misma, siendo el delincuente autor del crimen alegado.⁵⁹

Las tensiones empeoraron cuando, en octubre de 2014, el Tribunal Europeo tuvo que solucionar un caso de este tipo contra Alemania y constató que la solución alemana de reducir la pena en casos de crímenes provocados por un agente encubierto no era suficiente para predicar la violación de los derechos del culpable, a quien el Estado había instrumentalizado como herramienta de su política criminal.⁶⁰ Sin embargo, pocos meses

⁵⁸ TEDH. *Teixeira de Castro vs. Portugal*, sentencia de 9 de junio de 1998 (Req. núm. 25829/94).

⁵⁹ BGHSt 45, 321, 333 ss.; 47, 44, 47.

⁶⁰ TEDH. *Furcht vs. Alemania*, sentencia de 23 de octubre de 2014 (Req. núm. 54648/09).

después, en 2015, la Corte Suprema de Alemania (*Bundesgerichtshof*), en un fallo muy llamativo, cambió su jurisprudencia y reconoció —siguiendo lo que había dicho Estrasburgo y citando su jurisprudencia— en los casos más graves de provocación de un crimen por un agente encubierto, la inaplicabilidad total de una pena. Esto representó un hito para el Estado de derecho en Alemania y una afirmación de la tesis de que la efectividad de la investigación penal no justifica todos los medios.⁶¹ El caso es otro ejemplo del acercamiento mutuo entre Alemania y Estrasburgo en los últimos años.

3.4. Diferenciación entre sentencias contra Alemania y sentencias contra otros Estados parte

En los tres casos arriba mencionados hubo un fallo condenatorio contra Alemania como demandado. El derecho internacional público y el artículo 46 del CEDH prescriben que el Estado parte condenado por un fallo definitivo del TEDH debe acatarlo (efecto de cosa juzgada) y reparar los daños a la víctima (*restitutio in integrum*).⁶² Sin embargo, aunque todos los fallos del Tribunal Europeo reflejan el entendimiento contemporáneo del Convenio y tienen la misma función central de proveer orientación y guiar la interpretación del CEDH, es necesario diferenciar entre las sentencias del TEDH contra Alemania y los fallos contra otros Estados parte en términos legales de sus efectos y en lo que concierne a su “valor interpretativo”.⁶³ Es más compleja la evaluación de los efectos en el orden jurídico interno de precedentes condenatorios contra otros Estados parte.

⁶¹ BGH, sentencia de 10 de junio de 2015, 2 StR 97/14. Véase, al respecto, Esser, Robert, “BGH zu Agent Provocateur, Hindernis für Verfahren”, *Legal Tribune Online*, de 11 de junio de 2015, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bgh-urteil-2-str-97-14-lockspitzel-agent-provocateur-verfahrenseinstellung/>

⁶² García Roca, Francisco Javier y Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, pp. 71-95.

⁶³ Klein, Eckart, *op. cit.*, pp. 204-208, y Polakiewicz, Jörg y Kessler, Adriana, *op. cit.*, p. 841.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Alemania testifica esta diferenciación. Según el BVerfG, las sentencias condenatorias contra otros Estados parte no tienen fuerza de cosa juzgada en Alemania, esto es, no tienen efecto vinculante por ser solo *inter partes*. De esta manera, las sentencias contra otros Estados parte no pueden, por ejemplo, servir de base legal para reabrir una sentencia de una corte nacional que ha pasado a ser cosa juzgada y que contradice una eventual sentencia del TEDH.⁶⁴ Si fuera de otra manera, ello conllevaría una inseguridad jurídica para el ciudadano y una debilitación del principio de cosa juzgada. Por ende, según el BVerfG, los precedentes contra otros Estados solo pueden tener un “efecto orientador” (*Orientations und Leitfunktion*)⁶⁵ para el juez alemán. Solo en casos de precedentes en los cuales el TEDH ha condenado al mismo Estado, es decir, a Alemania, por una práctica o situación legal en un caso con hechos semejantes, el “efecto orientador” puede convertirse en un verdadero “deber para terminar” la práctica o la situación legal.⁶⁶

Esta posición del Tribunal Constitucional no ha estado exenta de críticas.⁶⁷ Según la jurisprudencia del TEDH, los Estados parte están obligados a adecuar su derecho interno a las disposiciones del CEDH y a las interpretaciones que le ha dado el TEDH, independientemente de que se trate de un fallo condenatorio contra el Estado en cuestión.⁶⁸ Este “efecto de cosa interpretada” es *erga*

⁶⁴ Véase la reciente sentencia del BVerfG 2 BvR 2136/17 de 13 de febrero de 2019. Nota de prensa disponible en inglés en https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2019/bvg19-016.html;jsessionid=D838B51D4A31721ACEB6D450069F374B.2_cid39. Véase también Klein, Eckart, *op. cit.*, p. 206.

⁶⁵ BVerfGE 111, cdos. 39 y ss.

⁶⁶ Grabenwarter, Christoph y Pabel, Katharina, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 4a. ed., Munich, C.H. Beck, 2009, §16, cdo. 9 f.

⁶⁷ Polakiewicz, Jörg y Kessler, Adriana, *op. cit.*, p. 843.

⁶⁸ Véase, TEDH. *Marckx vs. Bélgica*, sentencia de 13 de junio de 1979 (Req. núm. 6833/74). Véase, al respecto, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Queralt Jiménez, Argelia, “El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europea ¿dos caras de una misma moneda?”, en García Roca, Francisco Javier y Carmona Cuenca, Encarnación (coords.), *op. cit.*, pp. 138 y ss.

omnes.⁶⁹ Se trata de una obligación de modificación y no de un “pronunciamiento constitutivo de una nulidad”.⁷⁰ Más allá de la discusión respecto al efecto de cosa juzgada o no de los precedentes contra otros Estados —algunos, para explicar la diferenciación, hablan de cosa juzgada *formal* y *material* al respecto—⁷¹ frente a la necesidad de evitar una futura condena por el TEDH, los Estados deberían tener en cuenta sus precedentes *ex officio*, de antemano y de manera vinculante, y deberían interpretar el derecho nacional de manera compatible con la jurisprudencia del TEDH.⁷²

Sin embargo, pese a esto y como quedó demostrado más arriba, con la jurisprudencia *Görgülü*, el BVerfG obliga al juez ordinario a aplicar y a tomar en cuenta tanto a la Constitución como al Convenio Europeo. Según el párrafo 31 de la Ley del BVerfG (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*), para el juez ordinario los precedentes de dicho Tribunal son vinculantes, siendo interpretaciones de la Constitución incluso si van en contravía de la jurisprudencia del TEDH.⁷³ El Tribunal Constitucional de Alemania les pide a las cortes nacionales hacer prevalecer la Constitución en casos de conflicto entre la misma y el Convenio Europeo, conflictos insolubles con principios hermenéuticos constitucionales reconocidos, incluso si las cortes arriesgan una futura condena de Alemania por violación del Convenio. Es importante seguir teniendo presente que el Convenio Europeo solo tiene valor de ley ordinaria en Alemania. ¿Qué hacer entonces? Al ponerse “en los zapatos” del juez ordinario se podría pensar que los jueces alemanes se encuentran frente a un dilema.

⁶⁹ Queralt Jiménez, Argelia, “El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH”, en García Roca, Francisco Javier y Fernández, Pablo Antonio (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales*, 2009, pp. 229-256. Asimismo, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Queralt Jiménez, Argelia, *op. cit.*, pp. 138 y ss.

⁷⁰ García Roca, Francisco Javier y Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, p. 103.

⁷¹ Queralt Jiménez, Argelia, *op. cit.*, pp. 229-256, y García Roca, Francisco Javier y Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, pp. 103 y ss.

⁷² Grabenwarter, Christoph y Pabel, Katharina, *op. cit.*, §16, cdo. 8 f., y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Queralt Jiménez, Argelia, *op. cit.*, p. 136.

⁷³ Véase, al respecto, Nussberger, Angelika, *op. cit.*, p. 9.

En el pasado, en casos de precedentes del TEDH contra otros Estados, la mayoría de los jueces alemanes solían resolver estos conflictos acatando su propia normativa y la interpretación de la misma por el BVerfG. Como hemos visto en el caso del “agente provocador”, aunque hubo varias sentencias del TEDH contra otros Estados parte al constatar una infracción del artículo 6 del CEDH en casos de aplicación de una pena después de la provocación de un crimen por un agente encubierto, la Corte Suprema de Alemania se negó durante varios años a interpretar el derecho procesal penal alemán según esta jurisprudencia del TEDH. Solo la condena directa a Alemania por el TEDH en 2014 desató el descrito cambio en la jurisprudencia de la Corte Suprema alemana. Esta reacción diferenciada ya demuestra de manera empírica que para el juez alemán el valor jurídico de las condenas contra su país parece ser diferente del valor de los precedentes contra otros Estados.

Recientemente, el marco de aplicación de la “función orientadora” de los precedentes del TEDH en contra de otros Estados para la interpretación de la ley alemana y la situación de “dilema” del juez alemán han sido altamente discutidos frente a una cuestión de derecho laboral: la de la prohibición de huelga para funcionarios públicos.⁷⁴ En Alemania, esta prohibición es un principio constitucional tradicional de los funcionarios de carrera,⁷⁵ relicto de la concepción prusiana de *law and order* y de sumisión a la idea del Estado omnipotente, según la cual los funcionarios públicos de carrera entran en una banda de lealtad tan intensa con el Estado, que se les hace imposible oponerse públicamente al mismo en forma de huelga.

Esta prohibición histórica de huelga “a la alemana” contradice varias sentencias del TEDH respecto de Turquía, en las

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 1-21.

⁷⁵ La prohibición de huelga para funcionarios públicos se deduce de la interpretación del art. 33 apdo. 5 de la Constitución alemana. Aunque no hay ninguna norma legal que prevea de manera explícita el derecho a la huelga para funcionarios públicos, la prohibición es el resultado de una línea de jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional alemán durante décadas.

cuales el TEDH redefinió el marco del artículo 11 del CEDH sobre la libertad de asociación. Según esta nueva jurisprudencia, funcionarios o servidores públicos no pueden ser excluidos del derecho a la huelga, al menos no en términos generales.⁷⁶ Las cortes administrativas alemanas confrontadas con el problema jurídico en los últimos años llegaron a conclusiones diferentes aplicando en unos casos y en otros no los precedentes del TEDH respecto al artículo 11 del Convenio contra otros Estados.⁷⁷

Si las cortes nacionales en este caso siguieran la jurisprudencia del TEDH, tendrían que dejar de lado el principio constitucional y la jurisprudencia consolidada del BVerfG respecto a la prohibición de huelga para funcionarios públicos. ¿Cómo harán las cortes nacionales para resolver este dilema? Otra vez se plantea la pregunta de si la última palabra la tiene el Tribunal alemán o el europeo. Aunque en una decisión de junio de 2018 el BVerfG confirmó su línea jurisprudencial establecida de que los funcionarios públicos no gozan del derecho a la huelga,⁷⁸ sería deseable que este y el TEDH entablaran un diálogo judicial para encontrar un compromiso en la materia, dado que la Constitución alemana no prevé de manera directa la prohibición absoluta del derecho a la huelga y el Convenio generalmente abre la puerta a limitaciones a este derecho.

⁷⁶ TEDH. *Demir y Baykara vs. Turquía*, sentencia de 12 de noviembre de 2008 (Req. núm. 34503/97); TEDH. *Enerji Yapi-Yol Sen vs. Turquía*, sentencia de 21 de abril de 2009 (Req. núm. 68959/01); TEDH. *Karaçay vs. Turquía*, sentencia de 27 de marzo de 2007 (Req. núm. 6615/03); TEDH. *Çerikci vs. Turquía*, sentencia de 13 de julio de 2010 (Req. núm. 33322/07), y TEDH. *Kaya y Seyhan vs. Turquía*, sentencia de 15 de septiembre de 2009 (Req. núm. 30946/04).

⁷⁷ Véase un buen resumen de estas sentencias en Polakiewicz, Jörg y Kessler, Adriana, *op. cit.*, pp. 841-845, y Nussberger, Angelika, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁸ BVerfG, sentencia del 12 de junio de 2018, BvR 1738/12. En esta sentencia el Tribunal alemán descartó la acción de inconstitucionalidad de cuatro profesoras escolares. En Alemania, la mayoría de los profesores son servidores públicos. Con esta sentencia se opone a un fallo anterior del Tribunal Federal Administrativo del mismo año en el cual este último reconoció un conflicto de la jurisprudencia alemana con el CEDH y dijo que este conflicto debía ser resuelto por el legislador (sentencia de 7 de marzo de 2014, núm. 3d A 317/11).

4. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta las dificultades en el cumplimiento de las sentencias del TEDH durante la primera década del siglo XXI, sobre todo en los casos mencionados, en cuanto a la relación entre el TEDH y el BVerfG, se habló de una relación de tensión, competencia o confrontación,⁷⁹ a veces incluso de un conflicto abierto.⁸⁰ Aunque nunca se puso en duda el efecto vinculante de los fallos del TEDH como tal, sobre todo el juego de *ping-pong* en los casos de la princesa Carolina de Mónaco y los fallos respecto a la detención preventiva desataron un debate público muy crítico sobre el “valor añadido” por el CEDH y la jurisprudencia del TEDH, y sobre la manera de ejecución y de cumplimiento de esta jurisprudencia. Cada vez fueron más numerosas las voces que invocaron un margen de apreciación amplio de los Estados parte respecto a las sentencias de Estrasburgo, destacando el principio de subsidiariedad.

En esta situación más o menos tensa, los acercamientos mutuos en los casos de la detención preventiva y del agente “provocador”, en 2015, fueron recibidos con gran alivio. Los casos prueban que hoy nadie pone en duda que generalmente Estrasburgo y Karlsruhe tienen una relación de cooperación y diálogo en relación con el cumplimiento de las decisiones.⁸¹

Afortunadamente, en los últimos años, los pocos casos en los que Karlsruhe y Estrasburgo entraron en conflicto la mayoría de las veces se resolvieron con un acercamiento mutuo, lo que algunos incluso han cualificado como una “fertilización recíproca entre los derechos convencionales y constitucionales”.⁸² En términos generales, el impacto de las sentencias del TEDH respecto

⁷⁹ Giegerich, Thomas, *op. cit.*, p. 221.

⁸⁰ Pabel, Katharina, “Germany: The Long Way of Integrating the Strasbourg Perspectives into the Protection of Fundamental Rights”, en Popelier, Patricia; Lambrecht, Sarah y Lemmens, Koen (eds.), *Criticism of the European Court of Human Rights. Shifting the Convention System: Counter-Dynamics at the National and EU Level*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 169 f.

⁸¹ *Ibidem*, p. 174.

⁸² García Roca, Francisco Javier y Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, pp. 72-95.

a los fallos nacionales es cada día más evidente.⁸³ Parece adecuada la conclusión de que las dos cortes han encontrado su *modus vivendi*: aunque Karlsruhe no siempre adopta al pie de la letra la argumentación de Estrasburgo, aquella busca adaptar de buena fe el orden legal interno y las situaciones fácticas y legales de cada caso individual a la jurisprudencia del TEDH y, por ende, a la Convención. El TEDH, a su vez, premia los esfuerzos de Alemania y muestra su disposición a aceptar un margen de apreciación del BVerfG.⁸⁴ En otras palabras, se trata de una situación recíproca de dar y recibir.

Al final del día, pese a que la aplicación del CEDH por cortes nacionales en los últimos años ha aumentado significativamente, cabe constatar que los derechos fundamentales consagrados en la ley fundamental de Alemania todavía juegan un rol preponderante en los casos nacionales que involucran derechos humanos.⁸⁵ Esto significa que en la realidad alemana, la jurisprudencia del TEDH solo juega un papel concreto si la interpretación según el CEDH modifica o amplía el contenido del marco de protección de un derecho fundamental consagrado en la Constitución alemana.

Pero, ¿qué “valor agregado” conlleva la jurisprudencia del TEDH para Alemania? Indudablemente, en el caso concreto tiene una función de corrección, de confirmación y de armonización. Una función de corrección respecto a decisiones que desde una perspectiva externa pueden ser criticables y —tal vez más importante— una función de confirmación, si reglas que a nivel nacional provocaron grandes controversias reciben el “sello” de convencionalidad por parte de Estrasburgo.⁸⁶ Y una función de armonización entre los diferentes estándares constitucionales europeos.

Siendo el Tribunal Europeo una corte regional, sus sentencias no pueden ser más que especies de compromisos que median en-

⁸³ Klein, Eckart, *op. cit.*, p. 203.

⁸⁴ Giegerich, Thomas, *op. cit.*, pp. 233 y 234.

⁸⁵ Klein, Eckart, *op. cit.*, p. 214.

⁸⁶ Véase Nussberger, Angelika, *op. cit.*, p. 20.

tre las heterogeneidades y peculiaridades de los Estados. Esto ya debe ser la consecuencia de la composición multinacional de sus órganos. Como actualmente nos muestra el caso de la prohibición del derecho a la huelga de los funcionarios públicos en Alemania, es evidente que estos actos de vez en cuando entran en conflicto con las características normativas, históricas, culturales y éticas propias y particulares de los Estados parte. En este caso, más allá de las constantes discusiones entre los Estados parte y Estrasburgo sobre el alcance de la doctrina del margen de apreciación y el principio de subsidiaridad, todo dependerá de un entendimiento mutuo y de un verdadero diálogo jurisprudencial.

Aparte de esto, queda la función más digna del Tribunal Europeo de ser el guardián del cumplimiento de los derechos humanos consagrados en el Convenio, lo que lo pone en una posición de *watchdog* del Estado de derecho en los países miembros del Consejo de Europa. Aprendimos de nuestra historia que la garantía de un nivel de protección alto de los derechos humanos es y debería ser una tarea regional e internacional. Y ahí se encuentra la justificación más importante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBRECHT, Hans-Jörg, “Sentencing in Germany: Explaining Long-Term Stability in the Structure of Criminal Sanctions And Sentencing”, 76 *Law and Contemporary Problems*, 2013.
- BREUER, Marten, “Artikel 46”, en KARPENSTEIN, Ulrich y MAYER, Franz (eds.), *EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar*, 2a. ed., C.H. Beck, 2015.
- CAMARILLO GOVEA, Laura, “Convergencias y divergencias entre los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos”, *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XIX, núm. 37, enero-junio 2016.
- DÖRR, Oliver; GROTE, Rainer y MARAUHN, Thilo (eds.), *EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, 2ª. ed., t. I, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013.

- ESSER, Robert, “BGH zu Agent Provocateur, Hindernis für Verfahren”, *Legal Tribune Online*, 11 de junio de 2015, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bgh-urteil-2-str-97-14-lockspitzel-agent-provocateur-verfahrenseinstellung/>
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y QUERALT Jiménez, Argelia, “El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europea, ¿dos caras de una misma moneda?”, en GARCÍA ROCA, Francisco Javier y CARMONA CUENCA, Encarnación (coords.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Thonsom Reuters Aranzadi, 2017.
- GARCÍA ROCA, Francisco Javier y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: Valor de precedente e interpretación vinculante”, en GARCÍA ROCA, Francisco Javier y CARMONA CUENCA, Encarnación (coords.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Thonsom Reuters Aranzadi, 2017.
- GIEGERICH, Thomas, “Wirkung und Rang der EMRK in den Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten”, en DÖRR, Oliver; GROTE, Rainer y MARAUHN, Thilo (eds.), *EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, 2a. ed., t. I, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013.
- , “The Struggle by the German Courts and Legislature to Transpose the Strasbourg Case Law on Preventive Detention into German Law”, en SEIBERT-FOHR, Anja y VILLIGER, Mark (eds.), *Judgments of the European Court of Human Rights. Effects and Implementation*, Nomos, 2014.
- GEIGER, Rudolf, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 3ª. ed., Munich, 2010.
- GRABENWARTER, Christoph y PABEL, Katharina, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 4a. ed., Munich, C.H. Beck, 2009.
- HAUG, Thomas, “Die Bedeutung der EMRK in Deutschland und ihre Auslegung durch den EGMR”, *AfP*, 2016.
- KLEIN, Eckart, “Germany”, en GERARDS, Janneke y FLEUREN, Joseph (eds.), *Implementation of the European Convention of*

Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case law. A comparative analysis, Cambridge–Antwerp–Portland, Intersentia, 2014.

- KRSTICEVIC, Viviana, “Reflexiones sobre la ejecución de sentencias de las decisiones del sistema interamericano de protección de derechos humanos”, en TOJO, Liliana y KRSTICEVIC, Viviana (coords.), *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, Buenos Aires, CEJIL, 2007.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, “El Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos, en: Protección Multinivel de Derechos Humanos”, en BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo, URUEÑA, René, TORRES PÉREZ, Aida (coords.), *Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual*, dhes. Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013.
- MAYER, Franz, “Einleitung”, en KARPENSTEIN, Ulrich y MAYER, Franz (eds.), *EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar*, Munich, C.H. Beck, 2012.
- NUSSBERGER, Angelika, *Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf das deutsche Arbeitsrecht*, Ponencia para el simposio europeo del Tribunal Federal de Trabajo de Alemania en Erfurt, 26 y 27 de abril de 2012, pp. 1-21, https://www.bundesarbeitsgericht.de/symposium/rev_nussberger.pdf
- , “Subsidiarity in the Control of Decisions Based on Proportionality: an Analysis of the Basis of the Implementation of ECtHR Judgments into German Law”, en SEIBERT-FOHR, Anja y VILLIGER, Mark (eds.), *Judgments of Human Rights. Effects and Implementation*, Nomos, 2014.
- PABEL, Katharina, “Germany: The Long Way of Integrating the Strasbourg Perspectives into the Protection of Fundamental Rights”, en POPELIER, Patricia, LAMBRECHT, Sarah, LEMMENS, Koen (eds.), *Criticism of the European Court of Human Rights. Shifting the Convention System: Counter-Dynamics at the National and EU Level*, Cambridge, Intersentia, 2016.

- POLAKIEWICZ, Jörg, *Treaty-Making in the Council of Europe*, Straßburg: Council of Europe Publishing, 1999.
- POLAKIEWICZ, Jörg y KESSLER, Adriana, “Das Streikverbot für deutsche Beamten. Die Bedeutung der Rechtsprechung des EGMR für deutsche Gerichte”, *NVwZ*, 2012.
- QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, “El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH”, en GARCÍA ROCA, Francisco Javier y FERNÁNDEZ, Pablo Antonio (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales*, 2009.
- SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo, CANO PALOMARES, Guillem, HERNÁNDEZ RAMOS, Mario, “Reparación y supervisión de sentencias”, en GARCÍA ROCA, Francisco Javier y CARMONA CUENCA, Encarnación (coords.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Thonsom Reuters Aranzadi, 2017.
- STREINZ, Rudolf, “Artikel 59”, en SACHS, Michael (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, C.H. Beck, 2014.
- WENZEL, Nicola, “Artikel 41”, en KARPENSTEIN, Ulrich y MAYER, Franz (eds.), *EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar*, Munich, C.H. Beck, 2012.

Ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Austria

*Christina Binder**
*Benjamin Kneihns***

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y sus sentencias juegan un papel importante para Austria. Como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) está incorporado

* Profesora de Derecho Internacional y de Derechos Humanos de la Universidad Bundeswehr de Múnich (abril de 2017 a la fecha). Doctora en Derecho por la Universidad de Innsbruck; maestra en Derechos Humanos y Democratización por la Universidad de Padua y licenciada en Letras Modernas por la Universidad de Clermont-Ferrand con mención honorífica. Cuenta con estudios de especialización en Literatura por la Universidad de Graz. Fue profesora de Derecho Internacional hasta marzo de 2017 en la Universidad de Viena y *Deputy Director* del Interdisciplinary Research Center Human Rights. También ha sido profesora visitante en la Universidad de Grenoble, Universidad Mekelle, Universidad de la Paz, Universidad de Nueva Gales del Sur, Universidad Gadjah Mada en Indonesia, Academia de Derechos Humanos y Democracia en Montenegro, Universidad de Renmin en China y en la Universidad Bocconi en Italia. Con investigaciones, *inter alia*, en la Universidad de Chile, Universidad Autónoma de México, Universidad en las Regiones Autónomas de la Costa Caribe Nicaragüense, Universidad Central Europea en Venecia, Instituto Raoul Wallenberg en Suecia, Universidad de Lapland en Finlandia, Centro Lauterpacht en Cambridge, Instituto Max Planck, Heidelberg, y Universidad McGill, Montreal.

** Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Salzburgo. Doctor en Derecho con una amplia trayectoria de profesor en diversos temas de derechos humanos, derecho constitucional y derecho administrativo,

a nivel constitucional, la jurisprudencia del TEDH que interpreta el CEDH tiene gran relevancia, dado su impacto en la protección de los derechos humanos y la definición de las obligaciones del Estado frente a los mismos. El presente trabajo se enfocará en el estudio de la ejecución de las sentencias emitidas por el TEDH respecto de Austria.

1. EL CEDH COMO TRATADO INTERNACIONAL

El efecto directo de un tratado internacional en Austria solo se produce una vez que este se ha transformado en derecho interno, conforme a lo previsto en el artículo 9 de la Constitución austriaca y, en particular, en el artículo 50 del mismo texto. Inicialmente, el derecho constitucional podía ser modificado directamente por un tratado internacional, si el Parlamento había ratificado ese tratado con el *quorum* correspondiente. Sin embargo, esto no ocurrió en 1958 con motivo de la adhesión de Austria al Convenio Europeo.

La aplicabilidad directa del CEDH como derecho constitucional fue garantizada solo a partir de 1964, a través de una ley constitucional federal. Gracias a ello, no solo las normas de carácter sustantivo sino también las procesales se tornaron de aplicabilidad directa, con lo cual se regulan los efectos de las sentencias del TEDH.

De esta manera, las disposiciones del CEDH y las sentencias del TEDH vinculan a Austria bajo el derecho internacional. Cuando el TEDH declara la responsabilidad internacional de Austria, el Estado debe pagar una compensación o indemnización, y acatar la respectiva sentencia frente al Comité de Ministros, órgano que vela por la ejecución de las decisiones del TEDH.¹ La aplicabilidad directa de las normas sustantivas y pro-

principalmente en la Universidad de Viena y la Universidad de Graz. Desde 2004 es miembro de la Asociación Alemana de Abogados. Desde octubre de 2013, jefe de Departamento de Derecho Público, Derecho Internacional y Europeo de la Universidad de Salzburgo. De noviembre de 2015 a junio de 2016, miembro de la Comisión de Arbitraje de la Universidad de Viena.

¹ En virtud del artículo 46 del CEDH.

cesales del CEDH tiene cierta importancia para la exigibilidad de las compensaciones que dispone el TEDH, si la autoridad competente no las salda.² Sin embargo, es preciso resaltar que, en general, ante el TEDH no se producen reivindicaciones inmediatas de individuos contra el Estado o contra una autoridad pública en particular, sea esta nacional, regional o local. En consecuencia, en Austria, las sentencias del TEDH tienen, por lo regular, un efecto indirecto.

2. EL CEDH EN EL DERECHO INTERNO

2.1. El CEDH y el derecho de la Unión Europea

El artículo 6 párrafo 3 del Tratado de la Unión Europea establece que los derechos fundamentales garantizados por el CEDH, como principios generales, forman parte del derecho de la Unión. Por lo tanto, el CEDH es aplicable en el ámbito del Derecho de la Unión por parte de las autoridades y los tribunales. El CEDH es también aplicable, al menos *mutatis mutandis*, incluso sin la adhesión de la Unión Europea al CEDH, y tiene primacía sobre el derecho nacional en caso de contradicción.³

El derecho de la Unión Europea no es en principio un criterio de revisión del *Verfassungsgerichtshof* (Tribunal Constitucional de Austria, VfGH, por sus siglas en alemán).⁴ Sin embargo, si un tribunal administrativo infringe el derecho de la Unión Europea o su primacía de manera probada, su decisión puede ser anulada por las normas de derecho constitucional, como resultado de la violación del principio de igualdad. En 2012, el VfGH también

² En tales casos, se dispone de la acción causal prevista en el artículo 137 de la Constitución austriaca, debido a que el reclamo se basa en el derecho público y no puede ser reconocida por resolución o providencia ni por sentencia.

³ VwGH 15-12-2003, 99/03/0423. Véase Thienel, Rudolf, “Auswirkungen des Unionsrechtes auf Zuständigkeit und Verfahren des VwGH”, en Griller, Stefan *et al.*, (eds.), *20 Jahre Österreichische EU-Mitgliedschaft Österreichs*, Austria, 2016, pp. 567-601.

⁴ Tribunal Constitucional de Austria (VfSlg) 14.805/1997, 14.886/1997, 15.368/1998, 16.130/2001.

puso en marcha un cambio, al menos parcial, respecto a su anterior jurisprudencia,⁵ resaltando su interés en que ciertos derechos de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se mantuviera garantizados constitucionalmente. Para el VfGH, esos derechos son relevantes como criterio de referencia en la jurisdicción especial administrativa, así como en la revisión judicial.

Como *lex specialis*, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea prevalece dentro del ámbito del Derecho de la Unión Europea sobre el Convenio Europeo, en la medida en que tiene el mismo alcance y no ofrece una protección más “limitativa o lesiva” de los derechos humanos que el CEDH, en el sentido del artículo 53 de la Carta.⁶

2.2. El CEDH como derecho constitucional

La posición del CEDH en el derecho austriaco es central. Dicho tratado está incorporado directamente con rango constitucional. Así, la característica especial de la relación entre el CEDH y la legislación nacional radica ahora en su aplicabilidad inmediata como una cuestión de derecho constitucional en Austria. Por tanto, el CEDH no es solo una directriz justiciable para el legislador, sino también de aplicación directa en todos los niveles del derecho nacional.

⁵ VfSlg 19.632/2012

⁶ Según el art. 53 de la Carta (nivel de protección): “Ninguna de las disposiciones de la [...] Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”. Así, de acuerdo con la lógica del derecho de la Unión Europea, la Carta desplaza al CEDH, incluso cuando este último promete una mejor protección. De acuerdo con la lógica del Convenio, este libera a los Estados parte del vínculo con el derecho de la Unión Europea, pero no de las obligaciones en él establecidos.

3. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH

En general, la ejecución de las sentencias del TEDH en Austria en el caso que da origen a la demanda ante dicho órgano (*Anlassfall*) no es muy satisfactoria, debido a las limitadas posibilidades para la reanudación de un proceso cerrado. En el nivel nacional, corresponde solo una indemnización justa. El efecto de las sentencias del TEDH para casos siguientes (*Folgefälle*) en general se está ampliando.

3.1. Caso inicial/caso que da origen a la demanda (*Anlassfall*)

3.1.1. CEDH – delante del TEDH

La sentencia del TEDH produce efectos *inter partes* y tiene como objetivo mantener protegido al demandante (art. 41 CEDH, satisfacción equitativa). Tradicionalmente, el TEDH es muy cauteloso en la definición de las consecuencias legales en caso de violación del CEDH. El Tribunal Europeo se da por satisfecho en general con la declaración de una violación del Convenio Europeo y la determinación de la indemnización. Otras consecuencias jurídicas, por ejemplo, las instrucciones relativas a las modificaciones de la legislación nacional para generar el cumplimiento del Convenio, no tienen lugar. Más bien se deja al Estado respectivo decidir cuáles son las medidas necesarias que debe adoptar para adecuar el ordenamiento interno al Convenio.

Como se indicó, Austria tiene la obligación internacional de acatar las sentencias definitivas del TEDH en los litigios en que es parte (art. 46.1 CEDH) y el Comité de Ministros es el encargado de supervisar la ejecución de dichas sentencias (art. 46.2 CEDH). En los supuestos de incumplimiento de una sentencia, el caso puede ser devuelto por dicho Comité al TEDH, en determinadas condiciones (art. 46.4 CEDH).

Cabe destacar que el TEDH puede ponerse a disposición de las partes para conseguir un acuerdo amistoso sobre un caso.

El resultado de una solución amistosa entre el demandante y el Estado, incluso antes de que se haya producido una sentencia del TEDH, es comparable a una decisión del Tribunal (art. 39 CEDH). La solución amistosa alcanzada se enmarca en el contexto de un acuerdo y su aplicación también es supervisada por el Comité de Ministros.

3.1.2. Ejecución por el Tribunal Constitucional de Austria

En lo referente a la ejecución de las sentencias y acuerdos de solución amistosa en el derecho interno, primero debe distinguirse si se trata de una demanda individual o de una situación jurídica general la que ha dado lugar a un procedimiento ante el TEDH. Si el procedimiento se fundamenta en una petición individual, el TCA participará en la ejecución solo en el caso de que hubiese estado involucrado en los hechos, es decir, si el litigio se hubiese presentado ante él. En este supuesto, las posibilidades de ejecución se rigen por las disposiciones de la *Verfassungsgerichtshofgesetz* (Ley del Tribunal Constitucional austriaco, VfGG, por sus siglas en alemán) de reapertura del procedimiento.⁷ En el caso de que se trate de una demanda presentada ante el TEDH por normas generales, cualquiera de los directamente afectados —incluso el demandante exitoso— puede presentar ante el Tribunal Constitucional una petición individual de suspensión de la disposición en cuestión que contradice el CEDH y la Constitución austriaca (arts. 139 y 140).

3.1.3. Otros Instrumentos

En general, cuando se trata de otros instrumentos en materia penal, civil o administrativa, la situación jurídica es bastante similar al procedimiento descrito ante el VfGH. En la medida en que la legislación procesal prevé la posibilidad de la reanudación o re-

⁷ El §34 VwGG permitió reanudar algunos casos. El Tribunal Constitucional, sin embargo, no se siente obligado. Holzinger, Gerhart y Hiesel, Martin, *Verfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts. Band I: Verfassungsgerichtsbarkeit*, 2015, § 34 VfGG E 15f = VfSlg. 19.493/2011.

apertura de un juicio, se produce tal reapertura para cumplir la sentencia del TEDH —por ejemplo, la regulación penal §§ 363^a ss de la orden procesal penal, sobre la renovación de los procedimientos penales después de la condena del TEDH. En tales casos, el tribunal respectivo tiene el derecho y la obligación de impugnar ante el Tribunal Constitucional la ley contraria a la Constitución y al CEDH (*infra* 3.2.1.b). Sin embargo, si efectivamente, y en qué medida, las sentencias del TEDH representan una razón para la reapertura en los procedimientos civiles o no contenciosos, es dudoso.⁸ En razón de la falta de competencia del TEDH para declarar la nulidad, la sentencia inculminatoria se mantiene.

En el derecho administrativo, el recurso de apelación ante el Tribunal Constitucional y ante el Tribunal Administrativo, es decir, el agotamiento de los recursos internos, es un requisito previo para acudir al TEDH. En este supuesto es bastante restrictiva la posibilidad de la reanudación del procedimiento.

3.2. Casos siguientes (*Folgefälle*)

3.2.1. Cumplimiento por el Tribunal Constitucional

a) *El TEDH y el VfGH*

Con el CEDH, el Tribunal Europeo también hace una interpretación obligatoria de la Constitución austriaca. Es evidente que de ello resulta un gran potencial de conflictos entre el TEDH y el VfGH. En su interpretación del CEDH, el Tribunal Constitucional ya ha discrepado en ocasiones del TEDH,⁹ pero la mayoría de las veces ha encontrado la vía para evitar contradicciones flagrantes o al menos agravios a la parte que ha recurrido ante él. No raras veces, el VfGH ha atendido los impulsos venidos de Estrasburgo, y además los ha aprovechado para desarrollar su propia

⁸ Véase, por ejemplo, §73 párr. 1, núm. 6 AußStrG.

⁹ Por ejemplo, con el art. 4 del Protocolo Adicional núm. 7 del CEDH (véase VfSlg 18.833/2009), así como también el núcleo y el marco teórico del Tribunal Constitucional en el contexto de los “derechos civiles”. Al respecto, véase la jurisprudencia empezando con VfSlg 11.500/1987.

jurisprudencia.¹⁰ El TCA casi siempre adopta las decisiones del TEDH derogando las normas (*infra c*) o decisiones (*infra b*) que son contrarias al CEDH, o también interpretando su derecho nacional de conformidad con el CEDH (*infra b*). El TCA además es responsable del control de actos administrativos generales. Por lo menos indirectamente¹¹ estos actos se corresponden con el CEDH (*infra d*). Consecuentemente se puede notar que gracias al rango constitucional, las decisiones del TEDH tienen un fuerte impacto sobre y en el ordenamiento austriaco, lo cual es inusual. Particularmente en el ámbito de las normas generales, Austria muestra un extraordinario alto cumplimiento del CEDH y de sus instituciones.

*b) El Tribunal Constitucional de Austria
y los tribunales especializados*

Se ha de tener en cuenta que el diálogo entre el TEDH y los tribunales especializados austriacos está en gran medida mediatizado. Eso se debe fundamentalmente a que la norma central relativa al control jurisdiccional de normas, el artículo 89 de la Constitución austriaca, funciona como un punto de confluencia de la jurisdicción especializada y la justicia constitucional. La norma obliga y autoriza a todos los tribunales, ya sean administrativos, penales o civiles, a conocer la impugnación de aquellas normas que en su aplicación generan dudas, debido a su potencial de ser contrarias tanto a la Constitución austriaca como al CEDH.

En particular, respecto al diálogo del Tribunal Constitucional de Austria y la jurisdicción especializada, se debe diferenciar lo siguiente: las decisiones de los tribunales administrativos pueden apelarse inmediatamente ante el Tribunal Constitucional según

¹⁰ Véase, en particular, la jurisprudencia del VfGH en relación con las uniones del mismo sexo, *inter alia*, VfSlg 19.623/2012 (cambio de nombre); VfSlg 19.682/2012 (justificación de la unión registrada ante la autoridad del distrito administrativo); VfSlg 19.824/2013 (prohibición de la donación de esperma en la Ley de Medicina Reproductiva); VfSlg 11/12/2014, G119/2014 y otros (prohibición de la adopción para las parejas registradas).

¹¹ Interpretación de la Ley conforme a la Constitución.

el artículo 144 constitucional, párrafo primero. Los requisitos para que esto ocurra son, por un lado, la presunta violación de los derechos constitucionales y del CEDH y, por otro, la presunta violación de los derechos por la aplicación de una norma que contradice la Constitución y el CEDH.

El afectado no puede interponer un recurso contra las decisiones de los tribunales ordinarios, esto es, los tribunales civiles y penales. Sin embargo, es posible que solicite, por una parte, la derogación de la norma aplicada en una decisión judicial en primera instancia, si considera que se han violado sus derechos garantizados por la Constitución —y el CEDH— y, por la otra, si se considera que sus derechos se han violado por la aplicación de una norma inconstitucional —desde luego también contraria al CEDH.

Por lo demás, la aplicación del CEDH contra una norma general depende de si el tribunal reconoce una posible contradicción y lo considera como causa para un recurso de anulación ante el Tribunal Constitucional. De todas formas, a menudo ocurre que los tribunales ordinarios desisten de la impugnación y, en lugar de ello, corrigen la tensión conflictiva por medio de una interpretación conforme con la Constitución del derecho en cuestión, lo que a menudo a su vez en casos individuales contribuye al éxito del CEDH.¹²

Las sentencias del VfGH donde este deniega la anulación de una ley porque reconoce su interpretación como conforme con la Constitución no tienen efectos más allá del caso inicial (*Anlassfall*). En tal caso, no es obligatorio para los tribunales especializados seguir la interpretación del VfGH. La norma que no estaba derogada sigue siendo objeto de interpretación. No existe una garantía constitucional contra diferentes interpretaciones, pues

¹² Véase *inter alia*, OGH 23.1.2007, 1 Ob 235/06z = Zak 2007, 134 = RdM 2007, 87 = EF-Z 2007, 148 (la protección jurídica en virtud de la UnterbringungsG); 23.4.2008, 13 Os 155/07d = MR 2008, 133 = JBl 2009, 194 (ad § 10 MedienG); 19.10.2011, 15 Os 101/11h (zu § 9 MedienG); 11.12.2012, 11 Os 139/12v = EvBl 2013, 326 = AnwBl 2013, 474 = JBl 2013, 812 (zu § 56 Abs. 1 StPO); 22.9.2010, 8 Ob 128/09w = EvBl-LS 2011/25 = Zak 2011, 51 = JBl 2011, 234 (*Wagner*) = RdU 2011, 71 (*Kisslinger*) = AnwBl 2011, 211 (derechos conexos en el marco del § 364a ABGB).

los tribunales pueden interpretar esa norma de manera distinta a la interpretación del Tribunal Constitucional y, por tanto, podrían introducir una vulneración de la Constitución (y también del Convenio Europeo) en sus decisiones de los casos concretos.¹³

c) *El Tribunal Constitucional y el poder legislativo*

El VfGH está llamado a dar cumplimiento al CEDH y a las sentencias del TEDH en relación con la jurisdicción administrativa y el poder legislativo, para lo cual funciona como legislador negativo. El VfGH solo puede anular las leyes o disposiciones legales que contradigan el CEDH y no tiene la facultad de modificarlas o complementarlas. Está sujeto a las disposiciones jurídicas del caso decidido por el TEDH y a lo expuesto en la demanda. En todo caso, su intervención puede interferir con la voluntad legislativa solamente para corregir la inconstitucionalidad, de modo que la intervención no exceda lo estrictamente necesario.

A veces no es posible reponer la situación jurídica conforme a la Constitución con la derogación de una ley o un reglamento, o partes de los mismos. Una situación jurídica que después de la nulidad resulte nuevamente contradictoria con la Constitución tiene que ser tolerada, aun cuando permanezca, o surja, una contravención al Convenio Europeo.¹⁴ Aparte de eso, el VfGH solo anula los reglamentos y leyes “a futuro” y a veces con la fijación de un plazo. El efecto “a futuro” obviamente excluye el caso inicial (*Anlassfall*), que es siempre favorecido. Así, es posible que las violaciones del CEDH permanezcan intocables hacia el pasado y a veces también hacia el futuro.¹⁵

¹³ Kneihs, Benjamin, “Wider die verfassungskonforme Interpretation”, *ZfV*, 2009, pp. 354, 357 y ss. Véase, asimismo, Höpfner, Clemens, *Die systemkonforme Auslegung, Zur Auflösung einfachgesetzlicher, verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Widersprüche im Recht*, Tubinga, Verlag Mohr Siebeck, 2008.

¹⁴ Schäffer, Heinz y Kneihs, Benjamin, “Artikel 140 B-VG”, en Kneihs, Benjamin y Lienbacher, Georg (eds.), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrechts*, Lieferung, 2013, párr. 72.

¹⁵ Schäffer, Heinz y Kneihs, Benjamin, *op. cit.*, párrs. 89 y 95.

El legislador tiene que reparar la violación durante el plazo fijado por el VfGH. En relación con ello, no está formalmente vinculado a la anulación y legalmente no está impedido de construir una norma que de nuevo sea inconstitucional. En este caso, la norma puede ser nuevamente objeto de una derogación por el VfGH. Por regla general, el legislador evita más consecuencias como la contradicción con el CEDH impugnada ante el VfGH.

d) El Tribunal Constitucional y el poder ejecutivo

En relación con el poder ejecutivo, el VfGH mantiene la responsabilidad del control de normas y reglamentos,¹⁶ con lo cual es posible anular actos administrativos generales contrarios a la Constitución, o contrarios a las leyes que han sido interpretadas conforme al CEDH.¹⁷ Lo ya explicado respecto al control de las normas también se aplica esencialmente para el control de los reglamentos.

Por otro lado, el VfGH es también un tribunal estatal con competencia para condenar funcionarios de Estado que violen tanto leyes de rango constitucional como el CEDH, si los órganos responsables en el caso concreto alegan la responsabilidad.¹⁸ Por lo demás, las decisiones del VfGH no son vinculantes para el gobierno en sentido estricto, por ejemplo, en la presentación de propuestas de leyes. La ley adoptada por su iniciativa puede sin embargo estar sujeta a un procedimiento de revisión judicial.

Respecto a la relación entre el poder ejecutivo y la justicia constitucional, debe observarse que el gobierno federal y cada gobierno de un estado federado pueden impugnar leyes federales ante el VfGH, incluidos los casos en los que se invoca una

¹⁶ Véase, por ejemplo, §73 párr. 1, núm. 6 AußStrG.

¹⁷ Art. 139 Constitución austriaca.

¹⁸ Véase, en particular, Kneihls, Benjamin y Lienbacher, Georg, “Artikel 142 B-VG”, en Korinek, Karl y Holoubek, Michael, *Österreichisches Bundesverfassungsrecht: Textsammlung und Kommentar*, Springer Wien, 2007.

contravención del CEDH. En los procesos de control de leyes, es el gobierno correspondiente quien representa la ley y no el parlamento. Eso se aplica también en casos de un incidente o un control solicitado por un tribunal de las norma generales.

3.2.2. Otros instrumentos

a) *El CEDH y los tribunales especializados*

El CEDH —como se ha dicho— tiene rango constitucional y, por tanto, aplicación inmediata. Como parte del derecho de la Unión Europea, tiene además primacía sobre cualquier otro derecho nacional. Por eso, los tribunales son responsables del uso autónomo del CEDH y de su aplicación inmediata. En razón de ello, no están sujetos solamente a ejercer la impugnación ante el VfGH, sino que pueden utilizar especialmente conceptos jurídicos indeterminados y un margen de evaluación discrecional para invocar derechos fundamentales (del CEDH).¹⁹ Distintas normas, como la ley de amparo, atribuyen responsabilidad a la jurisdicción ordinaria explícita sobre la aplicación de los derechos fundamentales y del CEDH.

b) *El TEDH y los tribunales especializados*

Los tribunales especializados reaccionan —como el VfGH— de manera muy sensible y cooperativa a las sentencias del TEDH y adaptan su práctica futura a las sentencias de este. Así los tribu-

¹⁹ Conceptos jurídicos indeterminados: OGH 11.12.2013, 15 Os 52/12d = NLMR 2014, 80 = MR 2014, 5 = EvBl-LS 2014/55 (ad § 188 StGB); 15.12.1993, 7 Ob 629/93 y 24.6.1997, 1 Ob 2396/96a (anterior § 145 ABGB); 24.3.2014, 8 Ob 7/14h = iFamZ 2014, 108 (*Thoma-Twaroch*) = EF-Z 2014, 266 (*Beck*) (ad § 181 ABGB); 31.1.1996, 9 Ob 501/96 y 25.1.2001, 2 Ob 322/00t = JBl 2001, 712 = SZ 74/11 = Zak 2012, 403 (*Kolmasch*, *Judikaturübersicht*) (Tener en cuenta § 879 ABGB). Discrecionalidad: VwGH 21.4.2015, Ra 2015/09/0009 = NLMR 2015, 284 (ad § 24 VwGVG); 25.2.2014, 2012/01/0156 y 21.11.2013, 2013/01/0002 (al respecto de § 10 StbG); 18.6.2013, 2013/18/0066 (ad el anterior/derogado § 60 FPG); 15.9.2010, 2010/18/0174 (ad el anterior § 66 FPG).

nales especializados toman la jurisprudencia del Tribunal Europeo como “guía” y siguen de manera general su interpretación.

c) El TEDH y el poder legislativo

Así como el TEDH no puede derogar directamente las decisiones de los casos, menos aún puede hacerlo respecto de leyes o reglamentos de los Estados parte del Convenio Europeo para subsanar la vulneración del mismo, que se ubica en el nivel de la norma general. Es sobre todo una cuestión de cálculo político si, y en qué medida, el legislador reacciona a las sentencias de Estrasburgo. Si esas decisiones afectan a Austria, el legislador reacciona, sin olvidar que está bajo la presión de la posibilidad de una nulidad por parte del TCA. Pero si las sentencias del TEDH conciernen a otros Estados europeos y solamente tienen implicaciones para Austria, el legislador austriaco permanece únicamente vacilante.²⁰

d) El TEDH y el poder ejecutivo

El TEDH no tiene influencia directa sobre el poder ejecutivo, quien debe, sobre todo por su rango constitucional, respetar el CEDH de acuerdo con la interpretación del TEDH, y no puede contrariar ese marco en sus reglamentos o actos administrativos de carácter individual. La protección jurídica contra un ejecutivo que viola este requisito se canaliza primeramente, gracias al principio del agotamiento de los recursos internos, a través de

²⁰ Véase, por ejemplo, los requisitos resultantes de la aplicación de la sentencia en el *Caso Zaunegger*. TEDH, *Zaunegger vs. Alemania*, sentencia de 3 de diciembre de 2009 (Req. núm. 22028/04) = Newsletter Menschenrechte (NLMR) 2009348 (requisitos resultantes con respecto a la custodia de los hijos ilegítimos en el Código Civil, después del reconocimiento del Tribunal Constitucional de 28.6.2012, G 114/11-12, Boletín Oficial Federal I2013/15 (*Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich, BGBl*). Véase también TEDH. *Abdu vs. Bulgaria*, sentencia de 11 de marzo de 2014 (Req. núm. 26827/08) = NLMR2014147 (medidas contra la violencia racista), y *Guseva vs. Bulgaria*, sentencia de 17 de febrero de 2015 (Req. núm. 6987/07) = NLMR2015145 (acceso a la información).

los tribunales administrativos al *Verwaltungsgerichtshof* (Tribunal Supremo Administrativo, VwGH, por sus siglas en alemán) y al VfGH. En virtud de las consecuencias que las sentencias del TEDH tienen para el gobierno austriaco en sentido estricto, las observaciones respecto a la relación entre el ejecutivo y el Tribunal Constitucional se aplicarán *mutatis mutandis*.

Vale la pena destacar los mecanismos de protección preventiva de los derechos humanos que, por ejemplo, competen a la Comisión de Defensoría del Pueblo. Aquí no se realiza directamente la aplicación de las sentencias del TEDH, pero estas influyen evidentemente el control de la Comisión y su aplicación se convierte en objeto de observación y acompañamiento. La Comisión de Defensoría del Pueblo que tiene, en todo caso, la responsabilidad de atender determinados abusos o violaciones del CEDH, busca el diálogo con las partes afectadas para remediar o eliminar tales violaciones. Lo mismo se aplicaría para las Comisiones del Defensor del Pueblo en otros países, si existiesen.

4. EL CEDH COMO INSTRUMENTO POLÍTICO

4.1. Mesas redondas

El espectro político en general reacciona muy sensiblemente a la jurisprudencia del TEDH. A través de él se evidencian déficits que son llevados frecuentemente al discurso político. Aquí, entre otras cosas, se ha establecido un diálogo informal, pero organizado, con la sociedad civil. Así, las mesas redondas son una parte permanente, *ad hoc*, donde representantes de la sociedad civil, agrupaciones y asociaciones se reúnen para debatir cuestiones sobre derechos humanos. Estas discusiones extraparlamentarias sobre cuestiones de derechos humanos son cada vez más importantes, particularmente en las ciudades.²¹

²¹ Véase, por ejemplo, la puesta en marcha en la ciudad de Salzburgo de una mesa redonda sobre derechos humanos, por una parte (<http://rundertisch-menschenrechte.at/>; *Geschäftsordnung vom 7.7.2011*) y mesas redondas sobre prohibición de la mendicidad (https://www.stadt-salzburg.at/internet/leben_in_salzburg/gesellschaft_soiales/menschenrechte/runder_tisch_mensche_357318/betteln_in_der_stadt_salzburg_407287.htm), por la otra.

4.2. Ciudades de derechos humanos

Actualmente, las ciudades tienen como preocupación la protección de los derechos humanos. Esta preocupación normalmente es externada de manera oficial y pública. De este modo, por ejemplo, la capital federal —Viena— y las capitales de las provincias de Graz y Salzburgo, se han declarado a sí mismas ciudades de derechos humanos. Estas iniciativas, sin embargo, tienen poco que ver con la implementación inmediata de las decisiones del TEDH. En Graz se estableció inicialmente una guía de protección de los derechos humanos, que consiste en una serie de avisos en una zona recreacional a través de la impresión y distribución de disposiciones del CEDH. En Salzburgo, la ciudad no solo coopera mediante las mesas redondas mencionadas, sino que además trabaja estrechamente con la sociedad civil, en particular con las diversas organizaciones de derechos humanos que existen y a través de varios proyectos de desarrollo en este ámbito.

4.3. Foros de las ONG de la Defensoría del Pueblo

También es importante mencionar al Foro de las ONG de la Defensoría del Pueblo, en el que participan y colaboran representantes de los ministerios, liderados por el Ministerio Federal de Europa, la integración y asuntos exteriores, por un lado, y las ONG por el otro, orientadas a la defensa de los derechos humanos, con el propósito de elaborar un Plan de Acción Nacional para los Derechos Humanos.²² Dicho plan no debe incluir solamente declaraciones de políticas, sino proyectos concretos, entre los cuales se destaca la educación y formación en derechos humanos, tanto para el ejecutivo como para el ejército.

²² Documentos pertinentes (opiniones de la sociedad civil, diferentes propuestas de proyectos, protocolos del Foro de ONG) están disponibles en el sitio web de la Oficina del Defensor del Pueblo en: <http://volksanwaltschaft.gv.at/praeventive-menschenrechtskontrolle/nationaler-aktionsplan-menschenrechte#index-lead>

BIBLIOGRAFÍA

- THIENEL, Rudolf, “Auswirkungen des Unionsrechtes auf Zuständigkeit und Verfahren des VwGH”, en GRILLER, Stefan *et al.*, (eds.), *20 Jahre Österreichische EU-Mitgliedschaft Österreichs, Austria*, 2016.
- HÖPFNER, Clemens, *Die systemkonforme Auslegung, Zur Auflösung einfachgesetzlicher, verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Widersprüche im Recht*, Tubinga, Verlag Mohr Siebeck, 2008.
- HOLZINGER, Gerhart y HIESEL, Martin, *Verfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts. Band I: Verfassungsgerichtsbarkeit*, 2015.
- KNEIHS, Benjamin, “Wider die verfassungskonforme Interpretation”, *ZfV*, 2009.
- KNEIHS, Benjamin y LIENBACHER, Georg, “Artikel 142 B VG”, en KORINEK, Karl y HOLOUBEK, Michael, *Österreichisches Bundesverfassungsrecht: Textsammlung und Kommentar*, Springer Wien, 2007.
- SCHÄFFER, Heinz y KNEIHS, Benjamin, “Artikel 140 B VG”, en KNEIHS, Benjamin y LIENBACHER, Georg (eds.), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrechts*, Lieferung, 2013.

La ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España

*Encarna Carmona Cuenca**

1. INTRODUCCIÓN

España ratificó el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)¹ el 4 de octubre de 1979. En ese país el Convenio ha sido particularmente importante, pues la propia declaración constitucional de derechos fue elaborada bajo la directa influencia del mismo.

De igual modo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha sido una fuente jurídica de pri-

* Doctora en Derecho por la Universidad de Alcalá (1991). Profesora titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Alcalá, coordinadora del Programa de Doctorado en Derecho y del Grupo de Investigación: Extranjería, Inmigración y Asilo. Los derechos fundamentales en España y en Europa (UAH), y miembro del Instituto de Derecho Parlamentario (UCM/ Congreso de los Diputados). Ha sido vicesecretaria general de la Universidad de Alcalá (2006-2010) e investigadora visitante en las Universidades italianas de Turín (1994) y Bolonia (2006) y en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público Heidelberg, Alemania (2011-2012 y 2017). Autora de más de 50 publicaciones nacionales e internacionales, actualmente codirige el proyecto de investigación “La Carta Social Europea y la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales: su impacto en España”.

¹ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), aprobado en Roma, en el marco del Consejo de Europa, el 4 de noviembre de 1950.

mer orden para el Tribunal Constitucional español que, desde el inicio de su funcionamiento, ha aplicado en numerosas ocasiones la jurisprudencia de aquel. No podía ser de otra forma, dado el tenor literal del artículo 96.1² de la Constitución española y, sobre todo, de su artículo 10.2.³

Desde la fecha de la ratificación española del CEDH, han sido más de 80 las sentencias condenatorias del Tribunal de Estrasburgo contra dicho país⁴ y, aunque en el comienzo hubo reticencias para cumplir estas decisiones, en los últimos años la ejecución de las decisiones europeas ha sido bastante razonable.

Sin embargo, durante muchos años, en España no existió un procedimiento específico para que las víctimas de una vulneración de derechos reconocida por el Tribunal Europeo pudieran lograr su reparación en el ámbito interno. Esto era particularmente importante en el caso de que la sentencia europea requiriese el reexamen de una sentencia interna firme y, especialmente, si se trataba de una sentencia penal que hubiese ocasionado una lesión actual del derecho de libertad personal de la víctima de la violación constatada. Es decir, si los beneficiados por la sentencia europea permanecían en prisión.

La ejecución de sentencias del TEDH se ha llevado a cabo a través de distintos cauces procesales, pero los frecuentes cambios de criterio de los tribunales internos (Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, especialmente) hacían necesario que el

² Art. 96.1 de la Constitución: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional”.

³ Art. 10.2 de la Constitución: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

⁴ En el sitio web del Ministerio de Justicia puede consultarse una relación de las últimas sentencias respecto de España: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/tribunal-europeo-derechos/jurisprudencia-tedh/asuntos-espana-sido-parte>

legislador arbitrara un mecanismo específico, como el Comité de Ministros del Consejo de Europa había recomendado a España en varias ocasiones.

En este trabajo trato de dar cuenta del modo en que se han cumplido en España las sentencias condenatorias del Tribunal Europeo. Comienzo con una breve referencia al valor de estas sentencias y al mecanismo de supervisión de cumplimiento establecido en el Convenio Europeo. Posteriormente, se relata la situación anterior a las reformas legislativas llevadas a cabo en España en 2015, en donde no existía ninguna regulación específica sobre el cumplimiento de sentencias del Tribunal Europeo. En tercer lugar, describo someramente estas reformas de las distintas leyes procesales españolas, mediante las cuales se ha introducido un mecanismo específico para dar cumplimiento a las sentencias condenatorias del Tribunal Europeo que requieran la reapertura de procesos internos concluidos con fuerza de cosa juzgada. También se hace referencia al Informe del Consejo de Estado de 2008, que proponía el establecimiento de un cauce procesal autónomo para esta finalidad. Finalmente, concluyo con algunas reflexiones críticas.

2. EL VALOR DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH

2.1. Perspectiva general

Entre las obligaciones que el CEDH impone a los Estados cabe destacar la establecida en el artículo 46 (modificado por el Protocolo de reforma núm. 14, que entró en vigor el 1 de junio de 2010):

Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias

1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes.
2. La sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité de Ministros, que velará por su ejecución. [...].

Pero este deber se funda también en el artículo 1 del CEDH: “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona depen-

diente de su jurisdicción los derechos y libertades reconocidos en el Título I del Presente Convenio”.

Esta no es una mera norma programática, sino que se trata de una disposición garantista. Pretende proteger derechos reales y efectivos y no ilusorios, como ha dicho el Tribunal de Estrasburgo en numerosas ocasiones.⁵

Así pues, los Estados deben acatar las sentencias definitivas del TEDH en los litigios en que sean parte y la ejecución de las mismas será controlada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa (art. 46.2 CEDH).

El problema es que no se sabe muy bien en qué consiste la “ejecución” de las sentencias del TEDH. Estas siguen siendo “declarativas” y obligatorias —tienen efecto de *cosa juzgada* respecto del Estado demandado—, pero no “ejecutivas”.⁶ Así se puso de manifiesto en el caso *Marckx vs. Bélgica*,⁷ en el que el Tribunal estableció que el Estado puede decidir los medios a utilizar en su ordenamiento jurídico para adaptarse a lo que impone la sentencia europea. Si en una sentencia el Tribunal decide que hubo violación del Convenio, atribuye esta violación al Estado y no a una autoridad nacional en concreto.⁸

El Convenio solo concede al Tribunal Europeo la potestad de juzgar los litigios que sean de su competencia, pero no la potestad de hacer ejecutar lo juzgado. El TEDH carece, por sí solo, de las facultades necesarias para, por ejemplo, derogar las normas internas de un Estado que considere incompatibles con el Convenio, anular o dejar sin efecto actuaciones de las administraciones

⁵ Véase TEDH. *Airey vs. Irlanda*, sentencia de 9 de octubre de 1979 (Req. núm. 6289/73).

⁶ Queralt Jiménez, Argelia, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2008, pp. 71 y ss.

⁷ TEDH. *Marckx vs. Bélgica*, sentencia de 13 de junio de 1979 (Req. núm. 6833/74)

⁸ Carmona Cuenca, Encarnación, “El derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional. Problemas interpretativos (Art. 13 CEDH)”, en García Roca, Francisco Javier y Santolaya, Pablo (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3a. ed., Madrid, CEPC, 2014, p. 582.

públicas o resoluciones judiciales u ordenar la reapertura de un proceso en que se produjo la vulneración del Convenio Europeo.⁹

Hasta hace unos pocos años, el Tribunal, en sus sentencias, normalmente se había limitado a declarar vulnerado un determinado derecho y a imponer al Estado la “satisfacción equitativa” prevista en el artículo 41 del CEDH (casi siempre una indemnización), pero no establecía otras medidas a adoptar por el Estado responsable de la vulneración. En la práctica, había sido únicamente el Comité de Ministros el que exigía medidas de carácter general a los Estados, esto es, el que establecía el contenido y alcance de las obligaciones que derivan del artículo 46 del CEDH.

Sin embargo, en la actualidad, la jurisprudencia del TEDH está cambiando hacia la *restitutio in integrum*: restituir o restablecer al individuo a la situación anterior a la violación, reparando en la medida de lo posible las consecuencias dañinas. La *restitutio in integrum* pasa a ser el objetivo de la sentencia siempre que las circunstancias del caso lo permitan.¹⁰ La indemnización o compensación debe juzgar si no es posible otra forma de reparación. Parece que, en este punto, el Tribunal Europeo se está acercando al *modus operandi* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Desde 2004, el TEDH viene utilizando el procedimiento que se conoce como “caso piloto”, cuya finalidad es dar una respuesta general a aquellos asuntos que tienen una misma causa, o indicar al Estado cuáles son las medidas generales que debe adoptar para

⁹ Garberí Llobregat, José, “La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Diario La Ley*, núm. 8187, de 25 de octubre de 2013, pp. 7-8, <http://lawcenter.es/w/blog/view/3519/la-ejecucion-en-espana-de-las-sentencias-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos>

¹⁰ Véase Zanghi Claudio, “Evolución e innovación de los efectos de las sentencias del TEDH”, en García Roca, Francisco Javier y Fernández Sánchez, Pablo (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, CEPC, 2009. Sobre la dificultad de la *restitutio in integrum* véase García Roca, Francisco Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Navarra, Civitas-Thomson Reuters-Cizur Menor, 2010, pp. 74 y ss.

resolver la situación.¹¹ Así lo hace, por ejemplo, en el caso *Ananyev y otros vs. Rusia*,¹² en el que no solo se condena a Rusia por la violación de los artículos 3 y 13 del CEDH, sino que también se ordena a este Estado a mejorar las condiciones generales de las celdas de detención y reformar la legislación sobre las condiciones para la prisión provisional. En el caso *Ališić y otros vs. Bosnia-Herzegovina, Croacia, Serbia, Eslovenia y la Antigua República Yugoslava de Macedonia*,¹³ además de condenar por violación del derecho de propiedad contenido en el artículo 1 del Protocolo número 1 al CEDH, impuso un plazo de seis meses a los gobiernos serbio y esloveno para dar solución al problema estructural que había causado la vulneración del derecho.

Para el caso de que el Estado condenado no cumpla voluntariamente el fallo de la sentencia del TEDH, se ha establecido un procedimiento de supervisión de la ejecución, que es el previsto en el artículo 46 del CEDH, al que se hará referencia más adelante.

2.2. Especial referencia a las sentencias indemnizatorias

El artículo 41 del CEDH establece: “Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante solo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”.

Aunque la expresión “satisfacción equitativa” no es del todo clara y en ocasiones el Tribunal ha interpretado que puede in-

¹¹ Sobre los casos piloto véase Queralt Jiménez, Argelia, “La protección de derechos y libertades en Europa tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 14 al CEDH”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 36, 2010, pp. 502-503.

¹² TEDH. *Ananyev y otros vs. Rusia*, sentencia de 10 de febrero de 2012 (Req. núms. 42525/07 y 60800/08).

¹³ TEDH. *Ališić y otros vs. Bosnia- Herzegovina, Croacia, Serbia, Eslovenia y la Antigua República Yugoslava de Macedonia*, sentencia de 6 de noviembre de 2012 (Req. núm. 60642/08).

cluir la propia decisión sobre el fondo del asunto que declara la violación de uno de los derechos del Convenio, en la práctica ha significado, en la mayoría de los casos, una indemnización por daños materiales y/o morales a favor de la víctima de la violación.¹⁴

Ahora bien, en el marco del Convenio Europeo, los Estados tienen la competencia en materia de reparaciones —tanto las indemnizaciones como otras medidas de reparación a las que se ha hecho referencia—. Como se ha visto, las sentencias del Tribunal Europeo imponen obligaciones a los Estados sin fijar los medios para cumplirlas pero, en el caso de las indemnizaciones, el contenido de la obligación está perfectamente delimitado. El Tribunal determina de forma precisa quién es el beneficiario, el obligado, el importe y el plazo para su abono. Así pues, el Estado debe limitarse a pagar esas cantidades a las víctimas. Por esa razón, se ha planteado si las sentencias indemnizatorias podrían tener una naturaleza mixta “ejecutoria-declarativa”.¹⁵

Lo que no hace el Convenio es establecer un procedimiento interno a fin de dar ejecución a las sentencias indemnizatorias. Cada Estado, de acuerdo con su ordenamiento jurídico interno, arbitrará los cauces oportunos para hacer efectivas las indemnizaciones decididas por sentencia definitiva.

3. LA SUPERVISIÓN DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DEL TEDH

Con carácter previo, hay que afirmar que solo cabe ejecutar las sentencias del TEDH que sean de condena, lo que excluye, en términos generales, la ejecución de las sentencias desestimatorias de la demanda.¹⁶

¹⁴ Salado Ana, “La ejecución de las sentencias indemnizatorias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en García Roca, Francisco Javier y Fernández Sánchez, Pablo (coords.), *op. cit.*, p. 260.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 262-263.

¹⁶ Garberí Llobregat, José, *op. cit.*, p. 3.

Cuando no se produce el cumplimiento voluntario de las sentencias del TEDH por parte del Estado condenado, entra en juego, como hemos visto, el procedimiento de supervisión de la ejecución previsto en el artículo 46 del CEDH, que es el único precepto del Convenio que contempla medidas de carácter ejecutivo.

El artículo 46 del CEDH, en sus apartados 3, 4 y 5 establece:

[...]

3. Cuando el Comité de Ministros considere que la supervisión de la ejecución de una sentencia definitiva resulta obstaculizada por un problema de interpretación de dicha sentencia, podrá dirigirse al Tribunal con objeto de que éste se pronuncie sobre dicho problema de interpretación. La decisión de dirigirse al Tribunal se tomará por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité.

4. Si el Comité considera que una Alta Parte Contratante se niega a acatar una sentencia definitiva sobre un asunto en que es parte, podrá, tras notificarlo formalmente a esa Parte y por decisión adoptada por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité, plantear al Tribunal la cuestión de si esa Parte ha incumplido su obligación en virtud del párrafo 1.

5. Si el Tribunal concluye que se ha producido una violación del párrafo 1, remitirá el asunto al Comité de Ministros para que examine las medidas que sea preciso adoptar. En caso de que el Tribunal concluya que no se ha producido violación alguna del párrafo 1, reenviará el asunto al Comité de Ministros, que pondrá fin a su examen del asunto.

En este sistema de supervisión de la ejecución de sentencias, el Comité de Ministros asume un papel protagonista que se ha visto reforzado por el Protocolo número 14. En sus actuaciones, el Comité se rige por las Reglas de Supervisión de la Ejecución de Sentencias y los Acuerdos de Solución Amistosa, aprobadas en su reunión de 10 de mayo de 2006.¹⁷

¹⁷ Sobre el procedimiento de supervisión de la ejecución de sentencias del TEDH véase <http://www.coe.int/en/web/execution/home>

Si a partir del informe que le habrá remitido el Estado condenado sobre la ejecución de la sentencia previo requerimiento del propio Comité, este considera que dicho Estado no ha dado cumplimiento al fallo, remitirá de nuevo la cuestión al TEDH.

El Comité de Ministros deberá fundamentar esta apreciación sobre el eventual incumplimiento de la ejecución, en la ausencia o insuficiencia en la adopción a cargo del Estado condenado de:

- a) Las *medidas individuales*, esto es, aquellas que aseguren que la violación ha cesado y que la víctima de la vulneración se encuentra ya en una situación similar a la que se encontraba con anterioridad a que se produjese dicha vulneración, así como, en su caso, las que acrediten el pago de las indemnizaciones establecidas.

O bien de:

- b) Las *medidas generales*, esto es, aquellas destinadas a prevenir la reiteración de vulneraciones análogas o semejantes (Regla de supervisión núm. 6).¹⁸

Las medidas individuales dependen de la naturaleza de la violación constatada y de la situación del demandante. Entre ellas, reviste una especial importancia la reapertura y reexamen de los procedimientos judiciales internos ya definitivos y con fuerza de cosa juzgada que, en algunos casos, es el único medio efectivo para reparar la violación del Convenio.

A la vista de los problemas de ejecución suscitados por la ausencia, en algunos países, de disposiciones legislativas nacionales que permitan proceder a la reapertura de estos procesos, el Comité de Ministros adoptó una Recomendación para los Estados sobre la reapertura y el reexamen de procedimientos nacionales a consecuencia de una sentencia del TEDH,¹⁹ instándoles a garantizar tal posibilidad en el ámbito interno. La Recomen-

¹⁸ Garberí Llobregat, José, *op. cit.*, p. 5.

¹⁹ Comité de Ministros del Consejo de Europa, Recommendation No. R (2000) 2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights, de 19 de enero de 2000, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=334147>

ción no aborda el problema de quién debe estar legitimado para solicitar el reexamen o la reapertura del proceso interno, pero la lógica del sistema implica que los afectados deberían poder dirigir sus demandas ante los tribunales u órganos internos competentes.²⁰

Las medidas de orden general que pretenden prevenir nuevas violaciones semejantes resultan complejas de definir y también de poner en práctica. Requieren, en primer lugar, un análisis profundo de las causas que han llevado a la violación del Convenio por parte de las autoridades nacionales.²¹

Con ocasión del quincuagésimo aniversario del Convenio, el Comité de expertos para la mejora de los procedimientos de protección de los derechos humanos elaboró una lista de las medidas de carácter general adoptadas por los Estados parte en ejecución de las decisiones tomadas por los órganos del Convenio después de su creación. La Dirección General de Derechos Humanos somete esta lista a actualizaciones regulares.²²

Tales medidas generales deben consistir, fundamentalmente, en la aprobación de las correspondientes reformas legislativas o en la adaptación de la interpretación jurisprudencial interna al Convenio, tal y como este es interpretado por el Tribunal Europeo.

El TEDH, tras el planteamiento de la situación de incumplimiento por parte del Comité de Ministros y a la vista de las circunstancias del caso podrá:

- a) declarar que el fallo ha sido debidamente ejecutado, con lo que el Comité de Ministros archivará sin más el asunto, o

²⁰ Arangüena, Coral, “El cumplimiento de las sentencias del TEDH y la revisión de sentencias firmes”, en García Roca, Francisco Javier y Fernández Sánchez, Pablo (coords.), *op. cit.*, pp. 295-296.

²¹ Véase Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008, p. 319, <http://www.consejo-estado.es/pdf/Europa.pdf>

²² Véase sitio web del Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Presentation/Pres_Exec_en.asp

- b) declarar que el fallo no ha sido debidamente ejecutado, en cuyo caso remitirá el asunto otra vez al Comité de Ministros, al que competirá entonces examinar “las medidas que sea preciso adoptar”.

Lo que no aclara el artículo 46 del CEDH es la entidad de estas “medidas” que pueden adoptarse. Podría pensarse en la utilización del mecanismo previsto en el artículo 8 del Estatuto del Consejo de Europa,²³ pero el propio Informe Explicativo del Protocolo número 14 del CEDH considera contraproducente esta posibilidad. Así las cosas, parece que toda la virtualidad de esta medida está en la repercusión pública que esta vuelta al TEDH puede generar.²⁴

En la doctrina se ha criticado la competencia del Comité de Ministros para velar por la ejecución de las sentencias del TEDH.²⁵ Lo más discutible de este procedimiento es que la competencia para instarlo, dirigirlo y —con la conformidad previa del TEDH— resolverlo, corresponda a un órgano como el Comité de Ministros, un órgano político intergubernamental. Esta no parece ser la solución más adecuada para supervisar la ejecución de sentencias que condenan a un Estado cuyo representante forma parte del propio Comité.

Esta circunstancia ha hecho que, en la práctica, sea absolutamente insólito que el Comité de Ministros decida poner en marcha el procedimiento para sancionar la inejecución de sentencias del TEDH previsto por el artículo 46 del CEDH.

España nunca ha sido, hasta ahora, destinataria de una constatación de incumplimiento de sus obligaciones por inejecución de las sentencias de condena del TEDH (hasta donde he teni-

²³ “El Comité de Ministros del Consejo de Europa podrá dejar en suspenso el derecho de representación del Miembro del Consejo de Europa que infrinja gravemente lo dispuesto en el artículo 3, e invitarle a retirarse en las condiciones previstas en el artículo 7. Si no atiende dicha invitación, el Comité puede decidir que el Miembro de que se trata ha cesado de pertenecer al Consejo a partir de una fecha que determinará el propio Comité”.

²⁴ Queralt Jiménez, Argelia, “La protección de derechos y libertades...”, *cit.*, p. 508.

²⁵ Garberí Llobregat, José, *op. cit.*, pp. 5 y 6.

do noticia), aunque no han faltado ocasiones. Por ejemplo, en el caso *Ruiz Mateos*,²⁶ en que se condenó a España por no haber dado audiencia al interesado en la cuestión de inconstitucionalidad donde se enjuició el decreto-ley de expropiación del grupo empresarial RUMASA, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no se reformó en este punto sino hasta 2006. Y, a pesar de ello, en su día se estimó debidamente ejecutada la sentencia del TEDH en cuestión.

4. LA EJECUCIÓN VOLUNTARIA DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH EN ESPAÑA

4.1. La situación anterior a las reformas de 2015

En cumplimiento de su genérica obligación de acatamiento de las sentencias del TEDH, y para evitar que el procedimiento de supervisión de la ejecución del artículo 46 del CEDH sea promovido por el Comité de Ministros, el Estado condenado debe adoptar todas las medidas de ejecución capaces de hacer efectivo el restablecimiento del reclamante en la integridad de su derecho, así como el pago de la indemnización establecida en la condena. Esto es algo que, como hemos visto, no puede hacer el TEDH por sí mismo.

Las medidas de ejecución susceptibles de adopción voluntaria por los Estados, bien de oficio bien a instancia de parte, podrían clasificarse del modo siguiente:²⁷

1. Si la sentencia condenatoria del TEDH afecta a una norma legal del ordenamiento interno del Estado condenado, para su ejecución este último puede promover una reforma legislativa. Este sería el caso, en España, de la modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para posibilitar la audiencia de los interesados en la cuestión de inconstitucionalidad, a la que antes se hizo referencia.

²⁶ TEDH. *Ruiz Mateos vs. España*, sentencia de 23 de junio de 1993 (Req. núm. 12952/87).

²⁷ Garberí Llobregat, José, *op. cit.*, p. 8.

2. Si la sentencia condenatoria del TEDH afecta una actuación administrativa concreta llevada a cabo por un Estado parte, este puede proceder a la ejecución, bien dictando un acto posterior que sustituya o deje sin efecto el anterior, o bien, anulando el primero. En España puede promoverse la revisión de oficio por causa de nulidad por el procedimiento previsto en el artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
3. Si la sentencia dispone el pago de una indemnización por los daños materiales y/o morales causados por la vulneración del Convenio, el Estado debe abonar esta cantidad lo antes posible.
4. Si la sentencia condenatoria afecta a una resolución judicial interna firme, su ejecución es más problemática. Hasta las reformas de las leyes procesales a las que se hará referencia en el siguiente epígrafe, el Estado español no ofrecía ningún cauce procesal específico a través del cual pudiera canalizar la revocación o anulación de sentencias firmes, ni de oficio ni a instancia de parte. Por ello, el Comité de Ministros había censurado en diversas ocasiones a España (p. ej., en los casos *Gabbarri Moreno*,²⁸ *Perote Pellón*²⁹ o *Pescador Valero*³⁰).

En España, el órgano encargado de coordinar la ejecución de las sentencias condenatorias del Tribunal de Estrasburgo es el Gobierno, a través del Ministerio de Justicia³¹, que se encarga de

²⁸ TEDH. *Gabbarri Moreno vs. España*, sentencia de 22 de julio de 2003 (Req. núm. 68066/01).

²⁹ TEDH. *Perote Pellón vs. España*, sentencia de 25 de julio de 2002 (Req. núm. 45238/99).

³⁰ TEDH. *Pescador Valero vs. España*, sentencia de 17 de junio de 2003 (Req. núm. 62435/00).

³¹ Recientemente, el Consejo de Ministros ha aprobado el Real Decreto 1044/2018, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia. Entre las principales novedades de esta norma está el reforzamiento de la competencia de este Ministerio en materia de promoción y protección de los derechos humanos. Para ello se crea la nueva Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional, Relaciones con las Confesiones y Derechos Humanos.

la publicación de dichas sentencias en su Boletín de Información. Con cargo a los presupuestos de este Ministerio se pagan las indemnizaciones impuestas. Si se trata de medidas legislativas, se preparan también en el Ministerio las iniciativas correspondientes. Y si la vulneración se ha producido por una sentencia firme de los tribunales internos, se comunica la sentencia europea al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional y al Tribunal Supremo.

Merece la pena que nos detengamos en este supuesto en que la sentencia condenatoria del TEDH afecta a una resolución judicial firme, puesto que casi la totalidad de las reclamaciones que se plantean ante el Tribunal de Estrasburgo se dirigen, precisamente, frente a resoluciones judiciales internas. No podía ser de otra forma, dado que el artículo 35 del CEDH impone la necesidad de agotar todas las vías de recurso del ordenamiento interno como presupuesto de admisibilidad de la demanda individual ante el TEDH.

Según el Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español,³² cerca de una treintena de países contaban en esa fecha con un procedimiento específico de ejecución de las sentencias del TEDH. En la mayor parte de estos países se autorizaba la reapertura de los procedimientos penales, dado que es en ellos donde las violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales comportan consecuencias más graves, señaladamente la privación de libertad personal. No obstante, hay Estados donde se admite también la reapertura de procedimientos civiles.

Por lo que se refiere al orden penal, en España, hasta las mencionadas reformas de 2015, no existía ningún mecanismo específico de ejecución de sentencias condenatorias del TEDH. Sin embargo, estas sentencias se han venido cumpliendo de forma razonable (sobre todo en los últimos años).

Un ejemplo paradigmático de esta situación fue la sentencia en el caso *del Río Prada*,³³ que condenó a España por la aplica-

³² Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español, *op. cit.*, pp. 296 y 297.

³³ TEDH. *Río Prada vs. España*, sentencia de 21 de octubre de 2013 (Req. núm. 42750/09).

ción retroactiva de la denominada “doctrina Parot”.³⁴ Este caso tuvo un gran impacto en los actores políticos y en los medios de comunicación. Se produjeron críticas muy fuertes al Tribunal Europeo, pero el Gobierno acató la sentencia y los tribunales la ejecutaron de forma rápida y correcta, no solo en el caso concreto, sino también en los casos similares.³⁵

Así, antes de las reformas de las leyes procesales de 2015, que después se referirán, en la doctrina se habían propuesto —y también se habían ensayado en la práctica— varias posibilidades para lograr el cumplimiento de las sentencias condenatorias del Tribunal Europeo que exigiesen la revisión de resoluciones judiciales internas firmes.³⁶ A continuación se describen estas posibilidades.

4.1.1. *El incidente de nulidad de actuaciones*

La primera de ellas consistía en la utilización del denominado “incidente de nulidad de actuaciones” previsto en el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.³⁷ Se trata de un mecanismo para impugnar las resoluciones judiciales que pongan fin a un procedimiento, porque no son susceptibles de ser impugnados

³⁴ Desde la sentencia del Tribunal Supremo de España en el *Caso Parot* (TS núm. 197/2006, de 28 de febrero de 2006), esta doctrina computa los beneficios penitenciarios a partir de la condena penal total, en caso de delitos múltiples. Pero anteriormente se venían computando a partir de los 30 años de máximo cumplimiento. Los afectados por la aplicación retroactiva de esta doctrina recurrieron sin éxito ante el Tribunal Constitucional por vulneración del principio de legalidad penal y del derecho de libertad personal y, posteriormente, ante el TEDH, que les dio la razón. Véase Díaz Crego, María, “Cuando *Parot* llegó a Estrasburgo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, pp. 573-612.

³⁵ Véase, por ejemplo y entre otros, los autos 61/2013, de 22 de octubre, y 62/2013 de 25 de octubre, de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

³⁶ Véase Garberí Llobregat, José, *op. cit.*; Díaz Crego, María, *op. cit.*, y el Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español, *op. cit.*

³⁷ Arangüena, Coral, *op. cit.*, p. 308; Garberí Llobregat, José, *op. cit.*, p. 9, y Díaz Crego, María, *op. cit.*, p. 607.

mediante recurso alguno, por vulneración de cualquier derecho fundamental. El plazo para presentarlo es de “veinte días desde la notificación de la resolución cuya nulidad se pretende o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución”.

Este procedimiento se instó tras la sentencia del TEDH en el caso *Hiro Balani*,³⁸ que declaró la violación del artículo 6.1 del CEDH. La Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo de España negó esta posibilidad en su sentencia 6502/1996, de 20 de noviembre, argumentado con base en los efectos meramente “declarativos” de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo.

4.1.2. *El recurso de amparo*

También se ha utilizado el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional para intentar la ejecución de una sentencia condenatoria del TEDH contra España. Ahora bien, esta vía solo ha tenido éxito en una ocasión. Se trató del caso *Barberá, Messegué y Jabardo*, conocido como caso *Bultó*.³⁹

El Tribunal Constitucional, en su conocida sentencia 245/1991, de 16 de diciembre de 1991,⁴⁰ afirmó que:

El que el Convenio Europeo, como instrumento internacional, no obligue a España a reconocer en su ordenamiento jurídico la fuerza ejecutoria directa de las decisiones del TEDH ni tampoco a introducir reformas legales que permitan la revisión judicial de las Sentencias firmes a consecuencia de la declaración por el Tribunal de la violación de un derecho de los reconocidos por el Convenio, [...], no significa que en el plano de nuestro sistema constitucional

³⁸ TEDH. *Hiro Balani vs. España*, sentencia de 9 de diciembre de 1994 (Req. núm. 18064/91).

³⁹ TEDH. *Barberá, Messegué y Jabardo vs. España*, sentencia de 6 de diciembre de 1988 (Req. núm. 10590/83).

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de España (STC) 245/1991, de 16 de diciembre de 1991 (BOE núm. 13, de 15 de enero de 1992).

de protección de los derechos fundamentales los poderes públicos hayan de permanecer indiferentes ante esa declaración de violación del derecho reconocido en el Convenio, ni que sea conforme a nuestro sistema constitucional el mantenimiento, [...], de una situación que puede implicar lesión actual de derechos fundamentales de los recurrentes.

Conforme a estas afirmaciones, el Tribunal Constitucional se atribuyó la competencia para ejecutar las sentencias condenatorias del TEDH, al menos en aquellos supuestos en los que la condena supusiera una vulneración actual de los derechos de los demandantes, lo que ocurría en el caso citado, pues los condenados permanecían en prisión. El Tribunal Constitucional afirmó que, aunque las sentencias del TEDH carecen de fuerza ejecutiva en España, la imposibilidad de acceso a la revisión de una resolución judicial firme, necesaria para el cumplimiento de una sentencia del TEDH, constituía una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución.

En ese caso concedió el amparo e instó a los poderes públicos a establecer cauces procesales adecuados para dar cumplimiento a las sentencias del TEDH cuando fuera preciso revisar sentencias internas firmes. Lo mismo hizo el Defensor del Pueblo en una recomendación al Ministerio de Justicia en 1996.⁴¹

A pesar de esta primera sentencia, los pronunciamientos posteriores del Tribunal Constitucional han sido muy restrictivos a la hora de admitir la posibilidad de utilizar el amparo como mecanismo para dotar de eficacia interna a las sentencias condenatorias del TEDH.

Así sucedió con la sentencia del TEDH en el caso *Ruiz Mateos*,⁴² en la que se condenó a España y se declaró la violación del artículo 6.1 del CEDH. En este caso, el Tribunal Constitucional español se enfrentaba a una petición de anulación de una sentencia que él mismo había dictado. Mediante providencia de 31 de enero de 1994, inadmitió los recursos de amparo presentados por la familia Ruiz Mateos, alegando carecer de jurisdicción para

⁴¹ Carmona Cuenca, Encarnación, *op. cit.*, p. 583.

⁴² TEDH. *Ruiz Mateos vs. España*, *cit.*

revisar sus propias sentencias. Afirmó, además, que existían serias diferencias con la anterior sentencia 245/1991, pues en este caso los demandantes no se encontraban privados de libertad.

Esta postura restrictiva se consolidó con varias resoluciones del Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, tras la sentencia del TEDH de 1998 en el caso *Castillo Algar*,⁴³ que declaró también la violación del artículo 6.1 del CEDH, el afectado presentó dos recursos de amparo, que fueron inadmitidos argumentando la falta de carácter actual de la violación (el recurrente ya había cumplido condena), y que el propio Tribunal Europeo había considerado suficiente, a efectos de satisfacción equitativa, la propia declaración de violación del derecho a un juicio justo.⁴⁴

El caso *Fuentes Bobo*⁴⁵ se enfrentaba también a la cuestión de la subsistencia de la violación, pero ahora tratándose de un pleito laboral. En esta sentencia, el Tribunal Europeo consideró vulnerada la libertad de expresión del demandante por el despido que había sufrido como consecuencia de las expresiones que había vertido en varios medios de comunicación, y concedió una cuantiosa indemnización. Cuando el señor Fuentes Bobo instó, mediante un recurso de amparo, la reapertura del proceso interno que había considerado procedente su despido, el Tribunal Constitucional centró su análisis en determinar si la vulneración del derecho fundamental lesionado seguía siendo actual y precisando, por ello, de medidas especiales de reparación, lo que resolvió en sentido negativo.⁴⁶

⁴³ TEDH. *Castillo Algar vs. España*, sentencia de 28 de octubre de 1998 (79/1997/863/1074).

⁴⁴ En similares términos se pronuncia, entre otras resoluciones, la STC 313/2005, de 12 de diciembre de 2005 (BOE núm. 10, de 12 de enero de 2006) —sobre la sentencia del TEDH de 25 de julio de 2002 en el *Caso Perote Pellón*— y el ATC 119/2010, de 4 de octubre de 2010 —en relación con la ejecución de la sentencia del TEDH de 8 de noviembre de 2007 en el caso de la Fuente Ariza—. Véase Arangüena, Coral, *op. cit.*, pp. 308 y ss., y Díaz Crego, María, *op. cit.*, p. 608.

⁴⁵ TEDH. *Fuentes Bobo vs. España*, sentencia de 29 de febrero de 2000 (Req. núm. 39293/98).

⁴⁶ STC 197/2006, de 3 de julio de 2006 (BOE núm. 185, de 4 de agosto de 2006).

4.1.3. El recurso de revisión

Otra posibilidad propuesta y utilizada en España para obtener la ejecución de sentencias del Tribunal Europeo ha sido el recurso de revisión ante el Tribunal Supremo, regulado, para el orden penal, en el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), en su redacción anterior a la reforma operada por la ley 41/2015.

Este recurso extraordinario permitía la revisión de sentencias firmes, entre otros motivos, por la aparición de un “hecho nuevo”. Tradicionalmente, el Tribunal Supremo había negado repetidamente la viabilidad del recurso de revisión para conseguir la reapertura de un proceso con base en una sentencia del Tribunal de Estrasburgo que declarase la violación de un derecho reconocido en el Convenio Europeo.

Así, por ejemplo, se declaró en las sentencias de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, de 4 de abril de 1990 (caso *Barberá, Messegué y Jabardo*) y 27 de enero de 2000 (caso *Castillo Algar*), o en la sentencia de la Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2001 (caso *Fuentes Bobo*), confirmada por la ya citada sentencia del Tribunal Constitucional 197/2006, de 3 de julio de 2006.

Esta postura restrictiva comenzó a ser cuestionada a raíz del caso *Riera Blume y otros*,⁴⁷ que declaró la violación del artículo 5.1 del CEDH en un proceso penal.⁴⁸ Los demandantes beneficiados por esta sentencia promovieron un recurso de revisión ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, al entender que la resolución del TEDH constituía un “hecho nuevo” que evidenciaba su inocencia. Este recurso fue inadmitido a trámite por el Tribunal Supremo, entre otras razones, porque la sentencia dictada por el TEDH no podía ser considerada como un hecho nuevo.

Los demandantes interpusieron posteriormente un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En su sentencia, este

⁴⁷ TEDH. *Riera Blume y otros vs. España*, sentencia de 14 de octubre de 1999 (Req. núm. 37680/97).

⁴⁸ Arangüena, Coral, *op. cit.*, pp. 310-313.

desestimó el amparo por varias razones, pero rechazó la afirmación del Tribunal Supremo de no considerar como hecho nuevo, a efectos del recurso de revisión, la condena del Tribunal de Estrasburgo, aunque lo hizo *obiter dicta*. Así se expresa el Tribunal Constitucional en esta sentencia:

No parece constitucionalmente aceptable que se deniegue una revisión penal por razones formales cuando lo que el recurrente alega es que en un procedimiento diferente se ha llegado a la constatación firme y de obligado acatamiento de que una de las pruebas en que se sustenta su condena fue obtenida con vulneración de derechos fundamentales, queja que encaja nítidamente con la finalidad originaria del recurso de revisión: “remediar errores sobre los presupuestos fácticos de la infracción” (STC 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 5). Ni puede negarse que una sentencia sea un “hecho”, “algo que acaece en el tiempo y en el espacio” (STC 150/1997, FJ 5), ni cabe negar que respecto al proceso que finalizó con su condena la Sentencia invocada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos constituya un dato nuevo, consistente en la imposibilidad de valorar dicha prueba. Se trata así de lo propio de la revisión, según afirmábamos en el ATC 112/1991, de 11 de abril, que no es una instancia más en la que replantear el debate fáctico o jurídico, sino un nuevo proceso derivado de una novedad extrínseca al procedimiento que constituye su objeto.⁴⁹

En el mismo sentido, pueden citarse las resoluciones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que traen causa de la sentencia del TEDH en el caso *Prado Bugallo*,⁵⁰ que declaró la violación del artículo 8 del CEDH por las escuchas telefónicas acordadas en un proceso que había finalizado con la condena del demandante por tráfico de drogas.

Es especialmente destacable el auto del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2004, que canalizó por la vía del recurso de revisión el recurso innominado interpuesto por el demandante para esgrimir su pretensión de nulidad de la condena impuesta.

⁴⁹ STC 240/2005, de 10 de octubre de 2005 (BOE núm. 273, de 15 de noviembre de 2005).

⁵⁰ TEDH. *Prado Bugallo vs. España*, sentencia de 18 de febrero de 2003 (Req. núm. 58496/00).

El Tribunal Supremo, amparándose en la sentencia del Tribunal Constitucional 245/1991 y en la recomendación adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 19 de enero de 2000, concluía que, ante la falta de respuesta del legislador, la Sala no podía permanecer ajena a la vulneración declarada, especialmente cuando las penas impuestas en la sentencia cuestionada aún estaban pendientes de cumplimiento, lo que implicaba que había afectación actual del derecho de libertad personal. Por ello, admitió la virtualidad del recurso de revisión como cauce apto para dar efectividad a la sentencia del TEDH.

Y también es interesante destacar la posterior sentencia del Tribunal Constitucional 70/2007 que, aunque desestimó uno de los recursos de amparo presentados e inadmitió el otro, consideró justificada la actuación del Tribunal Supremo que canalizó la pretensión del demandante por la vía de la revisión, considerando este recurso como un medio apto para dotar de efectividad a las sentencias del TEDH.⁵¹

En esta línea, el 21 de octubre de 2014, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo acordó, por unanimidad, que “en tanto no exista en el ordenamiento jurídico una expresa previsión legal para la efectividad de las sentencias dictadas por el TEDH, se da por bueno que el recurso de revisión que se regula en el artículo 954 LECrim es el que cumple este cometido”.

En este acuerdo, además, el Tribunal consideraba necesario que el poder legislativo regulara “con la necesaria claridad y precisión” el cauce procesal adecuado en relación con la efectividad de las resoluciones del TEDH.

La primera vez que el Tribunal Supremo aplicó este acuerdo fue en el auto de 13 de noviembre de 2014, en el que se autorizó a la defensa de Pedro Tomás LL. G. a interponer un recurso de revisión para hacer cumplir la sentencia del TEDH que le amparó frente a una condena que le impuso el propio Tribunal Supremo en 2006 por un delito contra el medio ambiente.

⁵¹ STC 70/2007, de 16 de abril de 2007 (BOE núm. 123, de 23 de mayo de 2007).

4.2. Las reformas legislativas de 2015

En 2015, a través de dos leyes, tuvieron lugar las esperadas reformas a las leyes procesales que posibilitaban la ejecución de sentencias condenatorias del TEDH que exigiesen la reapertura de procesos internos concluidos en España.⁵²

La primera de ellas es la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio de 2015, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, que entró en vigor el 1 de octubre de 2015. Esta ley introdujo un precepto (art. 5 bis) aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales. En él se incluye un nuevo motivo para interponer el recurso de revisión cuando se ha producido una sentencia condenatoria del Tribunal Europeo. El tenor literal de este artículo es el siguiente:

Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión.

En el orden civil, la disposición final cuarta de esta misma ley modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (arts. 510 a 512) para introducir también un nuevo motivo de revisión. El nuevo artículo 510.2 de esta ley, con un tenor similar al transcrito, establece la posibilidad de interponer un recurso de revisión ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo contra una

⁵² Sobre estas reformas véase Montesinos Padilla, Carmen, “El recurso de revisión como cauce de ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo: pasado, presente y futuro”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 10, 2016, pp. 98-113 y Guillén López, Enrique, “Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva constitucional europea”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 335-370.

resolución judicial firme que haya sido declarada vulneradora de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo por el Tribunal de Estrasburgo.

En el orden contencioso-administrativo, la disposición final tercera de la misma ley modifica la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (art. 102.2) en los términos que acabamos de reseñar. Y otro tanto hace la disposición final segunda con la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (art. 328.2).

En cuanto al orden social, el artículo 236.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social se remite a lo establecido en el artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que se refiere a los motivos para interponer un recurso de revisión.

La segunda ley se refiere al orden penal. Es la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales,⁵³ que entró en vigor el 6 de diciembre de 2015. Esta ley modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal para introducir un nuevo motivo de fundamentación del recurso de revisión frente a resoluciones judiciales firmes, como había propuesto la mayoría de la doctrina.⁵⁴

El nuevo artículo 954 ley de enjuiciamiento criminal establece los casos en los que se podrá solicitar la revisión de las sentencias firmes y, en concreto, prevé en su apartado 3:

Se podrá solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión.

⁵³ Esta ley ha sido criticada en España por otros motivos, principalmente por la reducción de los plazos de instrucción de las causas penales.

⁵⁴ Véase Garberí Llobregat, José, *op. cit.*, p. 11.

En este supuesto, la revisión sólo podrá ser solicitada por quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La solicitud deberá formularse en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido Tribunal.

De esta forma, en el ordenamiento jurídico español se ha incorporado un nuevo motivo de revisión de resoluciones judiciales firmes en todos los órdenes jurisdiccionales cuando el TEDH dicta una sentencia condenatoria que afecta a una de esas resoluciones.

El procedimiento es similar en todas las jurisdicciones. En cuanto a los requisitos, es preciso que la resolución judicial interna firme “entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante la revisión”. Podrá interponer este recurso de revisión quien, estando legitimado para hacerlo, haya sido demandante ante el TEDH. El plazo para hacerlo es de un año desde que haya adquirido firmeza la sentencia del Tribunal Europeo.

4.3. La propuesta del Informe del Consejo de Estado de 14 de febrero de 2008: el establecimiento de un cauce procesal autónomo

El Consejo de Estado español, en su citado Informe sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008, se decantaba, en cambio, por la instauración de un mecanismo procesal autónomo del que conociera el Tribunal Supremo. Esta solución, según se afirmaba en el citado informe, no desnaturalizaría el recurso de revisión, cuya fundamentación tradicional se basa en hechos injustos y no en infracciones jurídicas (como las que se desprenden de toda sentencia condenatoria del TEDH).⁵⁵

La propuesta de reforma legislativa del Consejo de Estado consistía en la previsión de un mecanismo específico en el que

⁵⁵ Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español, *op. cit.*, pp. 316-317.

fuera el Tribunal Supremo quien decidiera sobre la reapertura de los procesos cuestionados y, en su caso, revisara por sí mismo la sentencia o, si ello no fuera posible debido a la naturaleza de la violación constatada, declarara la nulidad de las actuaciones y reenviara el asunto al órgano jurisdiccional en el que se produjo la violación.

El ámbito de aplicación de este nuevo procedimiento debía abarcar aquellos procesos en los que se hubiesen producido y se mantuviesen efectos lesivos graves, como la privación de libertad. El Consejo de Estado manifestaba sus dudas sobre la posible extensión de esta medida a otros supuestos en los que la libertad personal no estuviese comprometida.

En la propuesta se incluían previsiones de legitimación, plazo y medidas cautelares, como la posible suspensión de la ejecución de la sentencia cuestionada. Pero lo más importante era la regulación de las condiciones sustantivas que debían concurrir para que el proceso fuera reabierto, entre las que se señalaban —en la línea sugerida por la Recomendación (2000) 2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa ya citada— las siguientes:

1. En primer lugar, que la violación apreciada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya influido decisivamente en el contenido de la decisión impugnada o existan errores o irregularidades procedimentales de tal gravedad que pongan en cuestión dicha decisión.
2. En segundo término, que la violación no pueda ser reparada con el abono de la satisfacción equitativa concedida al amparo del artículo 46.2 del Convenio, ni de ningún otro modo que no sea la reapertura del proceso.⁵⁶

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

El Tribunal Constitucional español, en su citada sentencia 245/1991 (caso *Barberá, Messequé y Jabardo*), ya instaba a los poderes públicos a establecer un cauce procesal para posibilitar la ejecución de sentencias del TEDH que hubieran constatado la

⁵⁶ *Ibidem*, p. 317.

violación de un derecho reconocido en el CEDH y que exigiesen la revisión de una sentencia interna firme.

Sin embargo, durante casi 25 años, el legislador español no previó ningún mecanismo con esta finalidad. Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional habían ensayado distintas soluciones, que no resultaron satisfactorias, como hemos visto, sobre todo por la inseguridad jurídica que generaban los frecuentes cambios de criterio.

De *lege ferenda* se barajaban dos opciones principales para conseguir la ejecución en España de las sentencias condenatorias del TEDH.⁵⁷

La primera, más sencilla, consistía en reformar el recurso de revisión penal para incluir un motivo adicional: la existencia de una sentencia del TEDH que hubiese constatado la vulneración de uno de los derechos reconocidos en el Convenio por parte de una sentencia interna firme. Esta primera solución parte de la consideración de que únicamente en el ámbito penal resulta imprescindible arbitrar algún procedimiento de actuación, dada la entidad de los bienes en conflicto y, especialmente, la libertad personal. En esa línea se manifestaba la citada Recomendación (2000) 2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

La segunda solución propuesta, más ambiciosa, tenía en cuenta que las violaciones de derechos pueden producirse en todo tipo de procesos. Recordemos, a este respecto, el caso *Fuentes Bobo*,⁵⁸ en el orden social; el caso *Hiro Balani*,⁵⁹ en el orden civil, o el caso *Stone Court Shipping Company, S.A.*,⁶⁰ en el orden contencioso-administrativo. En cualquiera de estos casos está presente un interés público en la defensa de los derechos fundamentales y debería contarse con un cauce idóneo que permitiese

⁵⁷ Arangüena, Coral, *op. cit.*, pp. 314-315.

⁵⁸ TEDH. *Fuentes Bobo vs. España*, *op. cit.*, que declaró la vulneración del art. 10 CEDH.

⁵⁹ TEDH. *Hiro Balani vs. España*, *op. cit.*, que declaró la vulneración del art. 6.1 CEDH.

⁶⁰ TEDH. *Stone Court Shipping Company, S.A. vs. España*, sentencia de 28 de octubre de 2003 (Req. núm. 55524/00), que declaró la vulneración del art. 6.1 CEDH.

el reexamen de una resolución judicial y, en su caso, la reapertura del proceso.

El legislador español ha optado por esta segunda solución, pues ha previsto la ampliación de los motivos que pueden fundamentar un recurso de revisión para incluir los supuestos de sentencias condenatorias del TEDH en todos los órdenes jurisdiccionales. Para ello ha modificado todas las leyes procesales, como hemos visto.

Después de cuatro años de vigencia de estas reformas, aún es pronto para evaluar su aplicación práctica. Habrá que esperar un tiempo para dilucidar si los procedimientos señalados cumplen con la finalidad de lograr el cumplimiento efectivo y rápido de las sentencias del TEDH.

Pero se plantea otra cuestión importante. Cualquiera de las posibilidades de reapertura de procesos internos apuntadas no dejan de suponer un costoso peregrinaje seguido por las víctimas de la vulneración de derechos, que no solo han tenido que llegar hasta el Tribunal de Estrasburgo sino después volver a los tribunales españoles para instar la ejecución de la sentencia europea.⁶¹ Todo ello se compagina mal con el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución española y en el propio Convenio Europeo.

Lo ideal sería que las sentencias del TEDH se ejecutasen “de oficio” y a la mayor brevedad posible. En este sentido, resulta ejemplar la ejecución de la sentencia dictada en el caso del *Río Prada*, a la que ya se ha aludido. El propio Convenio ya establece esta obligación de los Estados en su artículo 46.1. Esta debería ser la primera opción y, solo para el caso de que el cumplimiento no se lleve a cabo en un plazo razonable y breve, es preciso arbitrar un procedimiento mediante el que las víctimas de la violación de sus derechos puedan instar la ejecución interna de las sentencias del TEDH (como el previsto en las reformas de las leyes procesales de 2015, a las que se ha hecho referencia).

⁶¹ Arangüena, Coral, *op. cit.*, p. 321.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANGÜENA, Coral, “El cumplimiento de las sentencias del TEDH y la revisión de sentencias firmes”, en GARCÍA ROCA, Francisco Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, CEPC, 2009.
- CARMONA CUENCA, Encarnación, “El derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional. Problemas interpretativos (art. 13 CEDH)”, en GARCÍA ROCA, Francisco Javier y SANTOLAYA, Pablo (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3ª. ed., Madrid, CEPC, 2014.
- DIAZ CREGO, María, “Cuando Parot llegó a Estrasburgo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José, “La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Diario La Ley*, núm. 8187, de 25 de octubre de 2013, <http://lawcenter.es/w/blog/view/3519/la-ejecucion-en-espana-de-las-sentencias-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos>
- GARCÍA ROCA, Francisco Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Navarra, Civitas-Thomson Reuters-Cizur Menor, 2010.
- GUILLÉN LÓPEZ, Enrique, “Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva constitucional europea”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018.
- MONTESINOS PADILLA, Carmen, “El recurso de revisión como cauce de ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo: pasado, presente y futuro”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 10, 2016.
- QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2008.
- , “La protección de derechos y libertades en Europa tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 14 al CEDH”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 36, 2010.

SALADO, Ana, “La ejecución de las sentencias indemnizatorias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en GARCÍA ROCA, Francisco Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, CEPC, 2009.

ZANGHI, Claudio, “Evolución e innovación de los efectos de las sentencias del TEDH”, en GARCÍA ROCA, Francisco Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, CEPC, 2009.

La ejecución de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Italia

*Irene Spigno**

1. INTRODUCCIÓN

Desde sus orígenes, el sistema europeo de protección de los derechos humanos, instituido en el marco del Consejo de Europa, ha previsto un órgano jurisdiccional —el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)— competente para pronunciarse sobre el respeto a las normas del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Según lo establecido en sus artículos 41 (satisfacción equitativa) y 46 (fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias), las decisiones definitivas¹ del TEDH son obligatorias y vinculantes para los Estados reconocidos como responsables de la violación de una o más disposiciones del CEDH y, por tanto,

* Doctora en Investigación en Derecho Público Comparado por la Universidad de Siena, Italia, y actual directora del Centro de Estudios Constitucionales Comparados de la Academia Interamericana de Derechos Humanos (Academia IDH) de la Universidad Autónoma de Coahuila, México. Agradezco a María Guadalupe Imormino de Haro, investigadora de la Academia IDH, por la atenta revisión del texto.

¹ Según lo establecido en los artículos 42 y 44 del CEDH, son definitivas las sentencias de la Gran Sala y de las Salas del TEDH cuando: “a) las partes declaren que no solicitarán la remisión del asunto ante la Gran Sala; b) no haya sido solicitada la remisión del asunto ante la Gran Sala tres meses después de la fecha de la sentencia, o c) el colegio de la Gran Sala rechace la solicitud de remisión formulada en aplicación del artículo 43”. Finalmente, se establece la publicación de las sentencias definitivas (art. 44.3).

aquellos están obligados a cumplir con lo dispuesto por el juez europeo.

Así, los tres grandes protagonistas en la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo son: el Estado, que participa a través de diferentes agentes institucionales —legislativos, administrativos o judiciales— dependiendo del nivel en el cual se tenga que realizar la ejecución; el Comité de Ministros (CdM), órgano colegiado, integrado por un representante de cada uno de los 47 países del Consejo de Europa, que tiene por tarea velar por la ejecución de la sentencia, y el TEDH que, además de emitir las indicaciones a las que los Estados tienen que dar ejecución, tiene un papel posterior que se activa en el momento en que la ejecución de la sentencia puede ser comprometida o impedida por un problema de interpretación.² Respecto a la sentencia definitiva que declara la responsabilidad internacional del Estado por la violación de las disposiciones del Convenio, aquel tiene la libertad de escoger las medidas necesarias para conformarse con la decisión del Tribunal, siempre bajo la supervisión del CdM. Se trata, por tanto, de una obligación de resultados, más que de una obligación de medios.

Aunque Italia es uno de los “padres fundadores” del Sistema Europeo y un Estado con un sólido sistema constitucional democrático, resulta ser uno de los países con más presencia en Estrasburgo. Entre 1959 y 2016, el Tribunal ha pronunciado 2 351 decisiones que involucran al Estado italiano, y en 1 791 decisiones (es decir más de 76%) el TEDH ha encontrado por lo menos una violación de un derecho o libertad reconocido en el Conve-

² En este último caso, el CdM puede dirigirse al TEDH pidiéndole que se pronuncie sobre el problema de interpretación (art. 46, párr. 3, después de la reforma operada a esta disposición por el Protocolo núm. 14). Además, el CdM, en caso de que considere que un Estado no quiere conformarse con una sentencia definitiva emitida en una controversia de la que es parte, puede, después de notificarlo, plantear al Tribunal la cuestión de si esta parte ha incumplido la obligación prevista en el párr. 1 del art. 46. En ambos casos, el CdM se puede dirigir al Tribunal a través de una decisión tomada por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité. Si el Tribunal considera que sí hubo violación de la obligación de dar ejecución a una sentencia definitiva, remite el asunto al CdM para que considere las medidas a adoptar (art. 46, párr. 4).

nio.³ Sin embargo, entre 2014 y 2016 se registró una importante inversión en la tendencia, tanto en el número de decisiones emitidas contra Italia, como en el número de casos pendientes, que se ha reducido de manera considerable.

A la fecha, resultan pendientes “apenas” 5 000 casos contra Italia, cantidad que representa 5.4% del total de los casos pendientes frente al Tribunal. La importante reducción del contencioso europeo contra Italia encuentra su explicación, entre varios factores, en la adecuación del ordenamiento italiano a los estándares europeos, a su vez impulsada por el mismo Sistema Europeo. Ciertamente, el TEDH ha pedido realizar múltiples labores para que se dé ejecución a sus sentencias declaratorias de una o más violaciones de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio, que van desde cambios normativos hasta la correcta aplicación de la legislación existente, desde la introducción de remedios reparatorios hasta remedios directos para remover las causas de la violación.

El presente trabajo aspira a presentar un análisis de la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo en Italia, a través de la siguiente estructura: en primer lugar, se analizará la posición que el Convenio Europeo y la jurisprudencia del Tribunal tienen en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico italiano, con el objetivo de entender la relación entre el Sistema Europeo y el italiano. Posteriormente, se analizará el marco normativo e institucional que las instituciones italianas han elaborado para cumplir con las obligaciones que derivan de su participación en el Sistema Europeo y las medidas adoptadas por el ordenamiento italiano para dar ejecución a las sentencias del TEDH con la finalidad de remediar las violaciones del CEDH. Finalmente, se ofrecerán algunas conclusiones acerca de la efectividad de las medidas adoptadas.⁴

³ Estos datos colocan a Italia en la segunda posición entre los países que han recibido más decisiones del TEDH, después de Turquía que, en el mismo periodo, ha recibido un total de 3 270 decisiones, de las cuales 2 889 son declaratorias de una o más violaciones (que representa casi 89%). Véase, en este sentido, los datos contenidos en TEDH, *Overview 1959-2016*, Estrasburgo, 2017, p. 8.

⁴ En consideración a la enorme cantidad de decisiones en las cuales Italia ha sido declarada responsable de la violación de una o más disposiciones del

2. LA POSICIÓN DEL CEDH Y DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN EL SISTEMA NORMATIVO ITALIANO

Italia, junto con Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Reino Unido y Suecia, dio vida al Consejo de Europa firmando el Tratado de Londres el 5 de mayo de 1949. Asimismo, firmó el Convenio Europeo el 4 de noviembre de 1950, para luego ratificarlo con la Ley 848 de 1955. En Italia, el instrumento normativo a través del cual se ratifica un tratado internacional determina también la posición de ese tratado en el sistema de fuentes. Así, desde un punto de vista formal, el CEDH, por haber sido ratificado a través de una ley ordinaria,⁵ tiene fuerza de ley en el sistema normativo italiano. Esta posición implica que el Convenio está sujeto a la Constitución y a las leyes constitucionales; ocupa la misma posición jerárquica que las leyes ordinarias (y que los actos con fuerza de ley previstos en los artículos 76 y 77 de la Constitución italiana, así como de las leyes regionales), y puede ser objeto —activo y pasivo— de abrogación por una ley o acto con fuerza de ley.

Esta posición ha sido confirmada por mucho tiempo por la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte de Casación. Ambos tribunales excluían la constitucionalización de las normas del Convenio, así como su directa aplicabilidad en el ordenamiento interno. La exclusión de la directa aplicabilidad de las normas del Convenio en el ordenamiento italiano implicaba la exclusión de la posibilidad de que sus disposiciones —en caso de ser violadas— fueran objeto de un juicio de

CEDH y con la finalidad de ofrecer una visión lo más completa posible, los materiales relevantes para esta investigación han sido recuperados principalmente a través del uso de tres fuentes: en primer lugar, las relaciones anuales que el Gobierno presenta al Parlamento en cumplimiento de la obligación establecida en la ley 12 de 9 de enero de 2006. La última disponible ha sido publicada en 2016 y hace referencia a 2015. En segundo lugar, se han utilizado trabajos doctrinarios que analizan de manera general o específica el tema de la ejecución de las sentencias en Italia. Finalmente, en la base de datos de la jurisprudencia del TEDH HUDOC, en particular las decisiones y sentencias de 2016 y de los primeros 6 meses de 2017.

⁵ La ley ordinaria es la que ha sido aprobada por el Parlamento, según el procedimiento indicado en el art. 70 de la Constitución italiana.

legitimidad constitucional.⁶ En el mismo sentido, según la Corte de Casación, las normas del Convenio tenían carácter prevalentemente programático, ya que “su naturaleza convencional vincula solo a los Estados, pero no a los ciudadanos, aunque el objeto del Convenio y de las obligaciones allí reconocidas se refieren específicamente a los ciudadanos y a sus derechos fundamentales”⁷ y eran “válidos criterios de interpretación y correctivos de aplicación en vía interpretativa”.⁸

Un primer cambio se registra a finales de los años ochenta. La Corte de Casación, en el caso *Polo Castro*, de 1989, reconoce la inmediata aplicabilidad⁹ de las disposiciones del Convenio Europeo, distinguiendo entre disposiciones inmediatamente preceptivas —y que, por tanto, pueden recibir una inmediata aplicación— y disposiciones programáticas que, en cambio, requieren de una específica actividad normativa del Estado para ser ejecutadas.¹⁰ De esta manera, se le atribuía al Convenio en su conjunto un valor no meramente programático, sino también el valor de un tratado internacional *self-executing*, cuyas disposiciones son inmediatamente aplicables por el juez, sin necesidad de una intervención legislativa específica que les dé expresa actuación.¹¹

⁶ Véase Corte Constitucional, sentencia 188 de 1980: “[...] la Corte comparte la posición prevalente de la doctrina y de la jurisprudencia según la cual, ante la falta de una específica previsión constitucional, los tratados internacionales ejecutivos en Italia, tienen el valor de ley ordinaria”, excluyendo así la posibilidad de que las disposiciones del CEDH pudiesen ser objeto de una cuestión de legitimidad constitucional.

⁷ Corte de Casación Penal, Sección V, caso *De Fazio*, sentencia de 12 febrero 1982, en *Giust. Pen.*, 1983, III, 20.

⁸ Corte de Casación Penal, Secciones Unidas, caso *Buda*, sentencia de 13 julio 1985, en *Cass. Pen.*, 1985, 1792 y ss., y también véase, Corte de Casación Penal, Sección I, caso *Iaglietti*, sentencia de 14 diciembre de 1981, en *Cass. Pen.*, 1984, 1454 y ss.

⁹ Corte de Casación Penal, Secciones Unidas, núm. 15, sentencia de 8 mayo 1989, en *Cass. Pen.*, 1989, 1418 y ss.

¹⁰ Véase Mirate, Silvia, “La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e i giudici nazionali. Corte di Cassazione e Consiglio di Stato a confronto”, en Rolla, Giancarlo (coord.), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milán, Giuffrè, 2010, p. 344.

¹¹ Esta sentencia resolvía una contradicción entre diferentes secciones de la Corte de Casación sobre la naturaleza de las normas preceptivas o progra-

El reconocimiento de la aplicabilidad directa de las normas de un tratado internacional implica que entren automáticamente en el ordenamiento nacional y así concurren con las otras normas nacionales, se sujeten a los criterios internos de resolución de las antinomias normativas y sean idóneas para generar derechos y obligaciones. Todavía no se trata de un reconocimiento generalizado a todas las disposiciones del CEDH, sino que se limita solo a aquellas disposiciones tan completas en su formulación que no dejan duda alguna sobre su eficacia directa en los casos concretos.

El siguiente —tímido— paso ha sido reconocer la prevalencia de las disposiciones del derecho internacional convencional de los derechos humanos sobre la normativa interna más restrictiva: en este caso, la Corte Constitucional reconoció, aunque solo en un *obiter dictum*, al Convenio Europeo y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 una competencia atípica y, por tanto, no susceptible de abrogación o modificación por parte de una ley ordinaria.¹² Tal competencia atípica todavía no es

máticas del CEDH, superando así esta distinción y atribuyendo a las disposiciones del Convenio el carácter de normas *self-executing*. Esto representa el primer paso hacia una equiparación de las disposiciones del Convenio a los reglamentos comunitarios, luego seguida por la extensión del criterio de la prevalencia de las normas del CEDH sobre las normas internas incompatibles.

¹² En este sentido véase la sentencia de la Corte Constitucional núm. 10 de 1993, aunque se trata de un *obiter dictum*. Atipicidad que podría ser reconducida a la exigencia de valorizar la materia de los derechos humanos distinguiendo entre derecho internacional de los tratados *tout cour* y acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales. La sentencia de la Corte Constitucional ha sido retomada por la Corte de Casación, afirmando la obligación del juez nacional de tener en cuenta los principios reconocidos en el CEDH para evitar interpretaciones distorsionadas del sistema normativo nacional y, por tanto, violaciones de los derechos fundamentales de la persona. Además, reconoce a las normas así interpretadas, una especial resistencia respecto a la normativa ordinaria posterior, gracias a lo previsto en el art. 2 de la Constitución. Corte de Casación Penal, Sección I, caso *Medrano*, sentencia de 12 mayo de 1993, en *Cass. Pen.*, 1994, 439 y ss. Esta posición ha sido luego desmentida por la jurisprudencia posterior que ha confirmado la naturaleza meramente programática de las normas del CEDH. Corte de Casación Penal, Sección I, núm. 2.549, caso *Persico*, sentencia de 28 mayo de 1996, en *Cass. pen.*, 1998, 1137 y ss.

suficiente para que se les reconozca estatus constitucional a los tratados. De hecho, la Corte Constitucional, en 1999, negó dicho estatus al afirmar que los derechos humanos

garantizados también por las convenciones universales y regionales firmadas por el Estado italiano encuentran una expresión y una no menos intensa garantía en la Constitución, no solo por el valor que se atribuye al general reconocimiento de los derechos inviolables del hombre contenido en el artículo 2 de la Constitución, sino que por el hecho de ser conocedores de que la consciencia contemporánea los considera como coesenciales a la dignidad de la persona, incluso porque más allá de la coincidencia [material] entre los catálogos de estos derechos, las diversas fórmulas que los expresan, se integran, complementándose mutuamente, en su interpretación.¹³

Esto significa que, según el juez constitucional italiano, la Constitución nacional representa la clave que permite considerar al Convenio Europeo como soporte interpretativo de las normas ordinarias y constitucionales sobre derechos fundamentales.¹⁴

En 2001, una importante revisión constitucional modificó el Título V de la Constitución italiana: el nuevo artículo 117, párrafo 1, establece que “El poder legislativo será ejercido por el Estado y por las Regiones dentro de los términos de la Constitución, *así como de las obligaciones* que deriven del ordenamiento

¹³ Véase Corte Constitucional, sentencia 388 de 1999.

¹⁴ La Corte Constitucional ha valorado el CEDH y la jurisprudencia del TEDH con fines hermenéuticos, con referencia tanto a las normas parámetro invocadas como a las normas objeto del juicio de constitucionalidad (en este sentido véase las sentencias 124 de 1972; 388 de 1999; 198 de 2000; 305 de 2001; 78 de 2002; 231 y 413 de 2003), y también con el propósito de ampliar el alcance de las garantías constitucionales [como del art. 24 de la Constitución, con referencia a las garantías del justo proceso exart. 6 CEDH, o conforme a los parámetros interpuestos en los juicios en donde se lamentaba un exceso de delega exart. 76 de la Constitución (en este sentido véase las sentencias 251 y 344 de 1991 y 109 de 1999) o la violación de las disposiciones en materia de condición jurídica del extranjero según lo previsto en el art. 10, segundo párr. de la Constitución (véase las sentencias 120 de 1967, 125 de 1977, 203 de 1997, 376 de 2000 y la *ordinanza* 485 de 2000)]. El mismo sentido tenía la jurisprudencia de la Corte de Casación. Véase *supra*, Corte de Casación Penal, Sección I, caso *Medrano*, *op. cit.*, y Corte de Casación Penal, Sección I, caso *Persico*, *op. cit.*

comunitario y de los compromisos internacionales” (cursivas añadidas), estableciendo así el respeto de las obligaciones internacionales para el legislador nacional y los legisladores regionales. Gracias a este cambio en el texto de la Constitución, los tratados internacionales se convirtieron en normas interpuestas:¹⁵ una norma nacional o regional que no respeta las disposiciones de un tratado internacional viola el artículo 117 de la Constitución. Pero la modificación constitucional no determinó un cambio en la jurisprudencia del juez constitucional que, todavía en 2005, negaba a las disposiciones del Convenio la calidad de normas interpuestas en los juicios de constitucionalidad.¹⁶

Sin embargo, tras la revisión constitucional de 2001, en algunas decisiones, tanto de la Corte de Casación como de jueces comunes,¹⁷ se ha afirmado la obligación de los jueces de desaplicar las normas nacionales contrarias al Convenio Europeo, tratando a este como si fuera derecho comunitario directamente aplicable.¹⁸ En este sentido, en algunos casos se extendía a las disposiciones del Convenio el criterio de la prevalencia que se había elaborado con referencia al derecho de la Unión Europea

¹⁵ Las normas interpuestas son normas que no tienen rango constitucional, pero cuya violación por las leyes implica una violación indirecta de las normas constitucionales.

¹⁶ Como en la sentencia 224 y en la *ordinanza* 464, ambas de 2005, sobre normas en materia de extranjeros, fundados en el art. 10 de la Constitución, segundo párr. Respecto al debate doctrinal sobre el nuevo art. 117 véase Randazzo, Barbara, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milán, Giuffrè, 2012, p. 143.

¹⁷ Se trata de las siguientes sentencias del Tribunal de Génova: 4.114, de 23-30 de noviembre de 2000, (en *Bollettino ligure di giurisprudenza del lavoro e della previdenza sociale*, 1/2001, 1-3), de 8 de noviembre de 2000, y de 4 de junio de 2001 (en *Foro it.*, 2001, 2653 ss.), de la decisión de la Comisión Tributaria Regional de Milán, de 19 de septiembre de 2000 (en *Riv. It. Dir. Pubbl. Comm.* 2001, 160 ss.) y de la *ordinanza* de la Corte de Apelación de Roma, Sección Laboral, de 11 de abril de 2002. Todas las decisiones mencionadas son objeto de análisis en Randazzo, Bárbara, “Giudici comuni e Corte europea dei diritti”, *Rivista di Diritto Pubblico Comunitario*, núm. 6, 2002, pp. 357 y ss.

¹⁸ Sobre las consecuencias que esto llevaba consigo por lo que se refiere al contraste entre normas convencionales y normas internas, véase Randazzo, Barbara, *Giustizia costituzionale sovranazionale...*, cit., pp. 144-145.

con la sentencia de la Corte Constitucional 170 de 1984.¹⁹ Esta extensión derivaba de una confusión bastante común en los operadores jurídicos entre el ordenamiento comunitario y el europeo, según la cual el CEDH era considerado como uno de los principios del derecho comunitario.²⁰ En realidad, así como ya lo había establecido la Corte Constitucional con referencia a las disposiciones constitucionales, considerar las disposiciones del Convenio Europeo como normas directamente aplicables implicaba que los jueces tuvieran la obligación de interpretar las disposiciones internas de manera conforme.²¹

Finalmente, en 2007, con las sentencias *gemelas* 348 y 349, la Corte Constitucional afirmó que las disposiciones del Convenio Europeo tienen el nivel de norma intermedia entre Constitución y ley. Esto significa que, en caso de que no contrasten con otras normas constitucionales, el CEDH integra el parámetro de cons-

¹⁹ Sobre la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte de Casación para llegar a la extensión de estos argumentos véase Randazzo, Barbara, *Giustizia costituzionale sovranazionale...*, cit., pp. 149 ss. En particular véase la sentencia de la Corte de Casación Civil, Sección I, 10.542, de 19 julio de 2002, en donde se afirmó que el juez nacional, si encuentra un contraste entre la disciplina nacional y el CEDH tiene que dar prevalencia a la norma convencional que tiene inmediata aplicabilidad respecto al caso concreto, inclusive cuando esto conlleve una desaplicación de la norma interna. En el mismo sentido, véase también Corte de Casación Civil, Sección I, núm. 28.507, sentencia de 23 de diciembre de 2005, y Corte de Casación Penal, Sección I, 32.678, de 12 julio de 2006.

²⁰ En este sentido se había pronunciado la Corte de Casación Penal, Sección I, en el caso *Medrano*, en donde, aunque se excluía cualquier paralelo con el derecho comunitario, se hacía referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —TJCE, actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea TJUE—, que impone a los jueces aplicar el CEDH, ya que son ellos quienes tienen la obligación de aplicar los principios generales del derecho comunitario —entre los cuales estas normas están incluidas—. Corte de Casación Penal, Sección I, caso *Medrano*, sentencia de 12 de mayo de 1993, en *Cass. Pen.*, 1994, 440-443. Asimismo véase TJCE, *Nold*, sentencia de 14 de mayo de 1974, y TJCE, *Hauer*, sentencia de 13 diciembre de 1979.

²¹ Esta obligación implica que el juez tiene que interpretar la norma conforme al CEDH y, si no puede, tiene que plantear una cuestión de legitimidad constitucional para las dudas que tenga de legitimidad convencional. En este sentido véase Randazzo, Barbara, *Giustizia costituzionale sovranazionale...*, cit., p. 153.

titucionalidad previsto en el primer párrafo del artículo 117 de la Constitución italiana y que los conflictos entre el Convenio y las disposiciones internas se convierten en cuestiones de legitimidad constitucional.²² Además, las disposiciones del Convenio Europeo, interpretadas por el TEDH, vinculan al legislador, siempre y cuando no entren en conflicto con las disposiciones de la Constitución italiana.²³ A partir de este momento, las normas

²² Dice la Corte: “El juez común tiene la competencia para interpretar la norma interna de manera conforme a la disposición internacional, dentro de los límites permitidos por el texto de la norma. Si esto no fuera posible, o hay dudas sobre la compatibilidad de la norma interna con la disposición convencional «interpuesta», tiene que encargar a esta Corte de la cuestión relevante de legitimidad constitucional con respecto al parámetro previsto en el art. 117, párrafo primero” (sentencia 349 de 2007). Los principios de las sentencias de 2007 han sido luego afinados por la jurisprudencia constitucional posterior. Véase en este sentido las sentencias 39 de 2008; 236, 311, 317 de 2011, y 15 y 264 de 2012. La violación del art. 117, párr. primero de la Constitución debería ser invocada autónomamente solo cuando esta violación no es referible a otra disposición constitucional, aunque interpretada de manera evolutiva o extensiva. Entonces, el límite del art. 117 sería residual y solo cuando su respeto no sea causa de una disminución de protección respecto a la protección indicada por el ordenamiento interno, mas bien será instrumento eficaz de ampliación de la protección misma. En este sentido véase las sentencias de la Corte Constitucional 317 de 2009 y 264 de 2012. Se puede resolver esta confrontación dibujada por la Corte entre tutela prevista por el Convenio y protección constitucional de los derechos fundamentales mirando a la máxima expansión de las garantías (sentencia 264 de 2012), incluso a través del desarrollo de las potencialidades contenidas en las normas constitucionales que tienen como objeto los mismos derechos (sentencia 317 de 2009).

²³ Por lo que se refiere a la jurisprudencia del TEDH, hasta 2004 se rechazaba su directa obligatoriedad, aunque se reconocía una función de orientación para la jurisprudencia ordinaria. Finalmente, en 2004, la Corte de Casación reconoció la directa aplicabilidad de la jurisprudencia de Estrasburgo en materia de indemnización por el daño causado por la irrazonable duración de los procedimientos (véase *infra*), solucionando de esta manera el conflicto que se había creado con el TEDH, según el cual “del principio de subsidiariedad deriva que las jurisdicciones nacionales deben por lo posible interpretar y aplicar el derecho nacional de manera conforme a la Convención”. Véase además Corte de Casación Civil, Sección I, 28.507, sentencia de 23 de diciembre de 2005. Las sentencias 348 y 349 de 2007 son de fundamental relevancia también por lo que se refiere a la posición de la jurisprudencia del TEDH. De hecho, con la sentencia 348, párr. 4.6 del *Considerato in diritto*, la Corte Constitucional afirma que, teniendo en

nacionales, en contraste con el CEDH, ya no pueden ser objeto de desapplicación, sino que son objeto del juicio de legitimidad constitucional, garantizando así la primacía de la Constitución y, al mismo tiempo, una perspectiva de complementariedad mutua entre el Convenio y la Constitución.

Este enfoque ha sido confirmado también en decisiones posteriores por la Corte Constitucional.²⁴ Además, después de la comunitarización del CEDH,²⁵ la Corte considera que puede utilizar el párrafo primero del artículo 117 de la Constitución como filtro necesario para atribuir relevancia a los principios del Convenio —tal como fueron interpretados por el TEDH—, en caso de que no sea posible interpretar la normativa nacional de manera conforme con los principios del Convenio, y siempre que los mismos no sean contrarios a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento (sentencia 93 de 2010).²⁶ Esto implica que la decisión del juez constitucional es la consecuencia de una aplicación

cuenta que según el art. 32 del CEDH los Estados están obligados a adecuar su propia legislación a las normas del Convenio “en el significado que les atribuye el TEDH”, la jurisprudencia del juez europeo contribuye a integrar el parámetro constitucional. Finalmente, con la sentencia 49 de 2015 (caso *Varvara*), la Corte Constitucional ha establecido que el juez nacional no está obligado a interpretar de manera unívoca las sentencias del TEDH, ya que solo tiene la obligación de aplicar la norma individuada en Estrasburgo en el caso de que se trate de una jurisprudencia consolidada o de una sentencia piloto.

²⁴ Véase Corte Constitucional, sentencia 129 de 2008. En el mismo sentido, véanse también las decisiones de la Corte de Casación Civil: Sección I, 31, de 7 de enero de 2008; Sección Tributaria, 19.367, de 15 de julio de 2008; Sección I, 9.909, de 14 de abril de 2008; Sección I, 9.328, de 10 de abril de 2008; Sección I, 30.566, de 30 de diciembre de 2008, en materia de derecho a la razonable duración de los procesos; Sección I, 22.407, de 5 de septiembre de 2008; Corte de Casación Penal, Secciones Unidas, 20.543, de 28 de julio de 2008, y Sección I, 9.245, de 9 de abril de 2008.

²⁵ El art. 6, párr. 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE), después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009), prevé que “Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”.

²⁶ Guazzarotti, Andrea, “Bilanciamenti e fraintendimenti: ancora su Corte costituzionale e CEDU”, *Quaderni costituzionali*, núm. 3, 2010, pp. 592-596.

directa de los principios del Convenio Europeo, con referencia al artículo 117, primer párrafo, y en la imposibilidad de una interpretación *adequatrice* por parte de los jueces ordinarios.²⁷

La Corte Constitucional, por tanto, tiene la competencia de apreciar la jurisprudencia europea que se ha consolidado sobre una norma específica, manteniendo siempre un cierto margen de apreciación y de adecuación que le permita tener en cuenta las peculiaridades del sistema jurídico en el que la norma convencional se inserta.²⁸

3. MEDIDAS DE EJECUCIÓN PARA REMEDIAR VIOLACIONES ESTRUCTURALES

Para cumplir con las numerosas y repetidas llamadas de atención que las instituciones europeas han dirigido a los Estados para que cumplieran con la obligación prevista en el artículo 46 del Convenio Europeo y así dar ejecución a las sentencias del TEDH²⁹,

²⁷ En este sentido véase también Corte Constitucional, sentencias 138 de 2010; 187 de 2010; 196 de 2010; 293 de 2010; 1 de 2011; 80 de 2011; 113 de 2011; 181 de 2011, y 257 de 2011. En particular, en la sentencia 80 de 2011, la Corte todavía afirmaba la imposibilidad, en las materias en las que no resultaba aplicable el derecho de la Unión, de derivar la aplicabilidad del CEDH a través del art. 117 de la Constitución mediante la calificación de los derechos fundamentales allí reconocidos como principios generales del derecho de la Unión Europea. Esto, contrariamente a lo afirmado por el TJUE en su jurisprudencia constante, según la cual los derechos fundamentales derivables del Convenio y de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros son parte integrante de los principios generales del derecho comunitario que el juez comunitario tiene que garantizar (*ex plurimis, Ordenes abogados vs. Consejo*, causa C-305/05, de 26 de junio de 2007, párr. 29). Por consiguiente, en el caso de que se trate de una materia que no entra en la competencia del derecho comunitario, el juez nacional no puede desaplicar las normas internas en conflicto con el CEDH.

²⁸ En este sentido véase Corte Constitucional, sentencia 311 de 2009 y sentencia 236 de 2011.

²⁹ Véase la recomendación 1.684 de 2004 y la resolución 1.411 de 2004 con las cuales la Asamblea Parlamentaria invitaba a las delegaciones nacionales a promover iniciativas para favorecer la adopción de las medidas necesarias para cumplir con la jurisprudencia europea.

Italia ha aprobado la ley 12 de 2006 (denominada *Ley Azzolini*). Esta ley agrega la letra a-bis al artículo 5, párrafo tercero de la ley 400 de 1988 (sobre “Reglas de la actividad del Gobierno y ordenamiento de la Presidencia del Consejo de Ministros”), atribuyendo al presidente del Consejo de Ministros³⁰ las facultades de “promover los trámites gubernativos pertinentes consiguientes a las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitidas contra el Estado italiano”, y “comunicar prontamente a las Cámaras las mismas resoluciones para el examen por las comisiones permanentes competentes”. Anualmente, el presidente del Consejo de Ministros presenta al Parlamento un informe sobre la ejecución de esas decisiones.³¹

El informe anual del Gobierno³² permite al Parlamento tener un conocimiento rápido y constante de las declaraciones de violación de las disposiciones del Convenio Europeo contra Italia y, por consiguiente, agiliza la rápida adopción de medidas legislativas que puedan resultar necesarias. Se trata de una función de coordinación directa con el Parlamento que es de extrema importancia, ya que muchas veces la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo necesita de intervenciones legislativas que cubran una omisión o modifiquen el régimen anterior.

Ciertamente, con el decreto del presidente del Consejo de Ministros de 1 de febrero de 2007 se ha encargado al Departamento para los asuntos jurídicos y legislativos (en italiano *Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi*, DAGL), previa coordina-

³⁰ Italia tiene una forma de gobierno parlamentaria, que implica que el jefe del Gobierno, el presidente del Consejo de Ministros, es nombrado por el presidente de la República (art. 92 de la Constitución) y debe gozar de la confianza de las dos Cámaras que forman el Parlamento (art. 94 de la Constitución).

³¹ Raimondi, Guido, “Nuove disposizioni in materia di esecuzione delle sentenze della Corte europea: una buona legge”, *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, núm. 1, 2006, pp. 75 y ss.

³² Una descripción completa y detallada del estatus de ejecución de las sentencias del TEDH está contenida en las relaciones anuales que el Gobierno presenta al Parlamento según lo establecido en la misma *Ley Azzolini* y que se publican en el sitio web del Gobierno.

ción con la Representación Permanente de Italia ante el Consejo de Europa, la tarea de garantizar la aplicación de la *Ley Azzolini* a través de la identificación y coordinación de las actividades que se realizarán con el fin de cumplir con las obligaciones impuestas por las declaraciones de violación y con el fin de prevenirlas (art. 1, párrs. 2-4). Es competencia también del DAGL favorecer la resolución amistosa de la contienda (art. 1, párr. 5). El DAGL y, en particular, la Oficina de Litigios para la Asesoría Jurídica y las Relaciones con el TEDH (en italiano, *Ufficio contenzioso per la consulenza giuridica e per i rapporti con la Corte europea dei diritti dell'uomo*) trabajan en estrecha colaboración también con el Servicio de Ejecución de las Sentencias del TEDH de la Dirección General de los Derechos Humanos y de Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa y con la Secretaría del CdM.³³

Asimismo, desde 2005, se encuentra activo en la *Avvocatura* de la Cámara de Diputados un Observatorio Permanente de las Sentencias del Tribunal Europeo, que periódicamente recopila las sentencias contra Italia y desempeña una función de auxilio legal, tanto frente a la Delegación italiana en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y de su presidente como frente a los miembros de los servicios del Parlamento directamente involucrados en esta labor.

³³ Para favorecer el conocimiento de la jurisprudencia en el marco de la actividad de información que el CdM le pidió a los Estados con la recomendación 13 de 2002, los expertos lingüísticos del Ministerio de Justicia-Dirección General del Litigio y de los Derechos Humanos son los encargados de traducir todas las sentencias emitidas contra Italia, así como las más importantes contra otros países que pueden repercutirle. El texto de las sentencias en italiano se publica en el sitio web del Ministerio de Justicia, mientras que todas las sentencias del TEDH se encuentran publicadas en la base de datos HUDOC. Desde el 2006 está activo en el Centro Electrónico de Documentación (CED) de la Corte de Casación un grupo interinstitucional en el que participan funcionarios de la Cámara de Diputados, del Ministerio de Justicia, de la Corte Constitucional y de la Corte de Casación, el cual opera un monitoreo sistemático de la jurisprudencia europea con el objetivo de apoyar el conocimiento y la ejecución de las decisiones. Asimismo, ha sido implementado el Archivo del CEDH de Italgjurweb (en italiano *Archivio Cedu Italgjureweb*), que permite desarrollar investigaciones de la jurisprudencia utilizando diferentes bases de datos.

A continuación, nos enfocaremos en presentar las medidas de ejecución específicamente adoptadas por Italia frente a los casos en los cuales ha sido declarada su responsabilidad internacional por violaciones estructurales de derechos humanos. Estas violaciones identifican un problema estructural del ordenamiento estatal, es decir que se trata de violaciones constantes y reiteradas a un mismo derecho relacionado, por ejemplo, con la estructura normativa y/o judicial de un Estado. Si bien Italia también ha sido declarada responsable internacionalmente respecto de violaciones no estructurales,³⁴ las violaciones estructurales representan el sector que ha tenido más ocupados a los órganos europeos y a las instituciones nacionales.

El *case law* del TEDH contra Italia identifica cinco áreas contrarias al sistema convencional relacionadas con dichas violaciones estructurales: debido proceso; leyes de interpretación auténtica; indemnizaciones por daños derivados de transfusiones de sangre (todos en violación del art. 6 del CEDH, en exclusiva o en conjunto con otras normas del mismo); expropiación indirecta (art. 1 del Protocolo Adicional núm. 1 sobre el derecho de propiedad), y precarias e inhumanas condiciones de detención por sobrepoblación carcelaria (art. 3 CEDH).

³⁴ Las violaciones no estructurales son violaciones *una tantum* que no identifican un problema estructural del ordenamiento jurídico. Dentro de esta categoría de violaciones podemos distinguir entre casos repetitivos, es decir, violaciones que se repiten, aunque todavía no identifiquen un problema estructural del ordenamiento, y casos aislados. En la categoría de violaciones no estructurales, subcategoría de casos repetitivos, entran las violaciones de los siguientes derechos y libertades reconocidos en el CEDH y/o sus Protocolos Adicionales: derecho al respeto de la vida privada y familiar, en particular con referencia a casos de relaciones familiares y biogenitorialidad (art. 8 CEDH); derecho a un remedio efectivo (art. 13 CEDH); libertad y seguridad (art. 5 CEDH); derecho a no recibir tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH), y finalmente, derecho a libres elecciones (art. 3 Protocolo Adicional núm. 1). Dentro de la subcategoría de casos aislados de violaciones no estructurales entrarían las violaciones del derecho a la vida (art. 2 CEDH), del principio *nulla pena sine lege* (art. 7 CEDH), de la libertad de expresión (art. 10 CEDH), de asamblea y de asociación (art. 11 CEDH), de la prohibición de discriminación (art. 14 CEDH), del derecho a no ser procesado y condenado dos veces (*principio del ne bis in idem* previsto en el art. 4 Protocolo 7) y de la prohibición de expulsiones colectivas (art. 4 Protocolo 4).

3.1. El debido proceso

3.1.1. *El problema de la excesiva duración de los procesos*

El problema estructural italiano sobre la excesiva duración de los procesos judiciales se considera como uno de los casos más difíciles tratados por el Tribunal Europeo a partir de los años ochenta y ha sido objeto de innumerables resoluciones del CdM.³⁵ El primer instrumento normativo que se aprobó para poner fin a la avalancha de recursos contra Italia por violación del derecho a la duración razonable del proceso ex artículo 6 del CEDH fue la ley 89 de 2001, al establecerse “Normas para la previsión de justa compensación en caso de violación del plazo razonable del proceso y modificación del art. 375 del Código de Procedimiento Civil [(CPC)]”, mejor conocida como *Ley Pinto*.

En primer lugar, la *Ley Pinto* reconoce el derecho a recibir justicia en un plazo razonable y en el caso de que este derecho resulte violado, prevé la posibilidad de recurrir ante la Corte de Apelación para obtener una reparación de tipo económico. Al prever solamente un remedio de tipo reparatorio, la *Ley Pinto* no resolvía el problema de la excesiva duración de los procesos, ya que no tenía ningún mecanismo para eliminar desde la raíz las causas de disfunción del sistema de justicia. Además, los procedimientos abiertos para obtener la reparación superaban el plazo razonable, aumentando el número de violaciones del artículo 6 del CEDH, inclusive por causa de la exigüidad de las cantidades pagadas a título de reparación, ya que apenas en 2006 los jueces nacionales decidieron adecuarse a los estándares europeos.³⁶

³⁵ Según los datos contenidos en el documento del TEDH, *Overview 1959-2016, op. cit.*, hasta 2016, el art. 6 del CEDH ha sido violado 1 190 veces con referencia a la excesiva duración de los procesos. Para una descripción más completa de los casos de violación del art. 6 hasta el 2012, véase Randazzo, Barbara, *Giustizia costituzionale sovranazionale...*, cit., pp. 170 y ss.

³⁶ Al 21 de diciembre de 2010, el TEDH había reconocido en 475 casos la violación del CEDH por el retraso en el pago de las compensaciones por parte de las Cortes de Apelación. En la sentencia se pone en evidencia las enormes cantidades que el Estado italiano debería haber

Debido a estos problemas, tanto el TEDH como el CdM dieron varios llamamientos al Gobierno italiano para que simplificara este remedio interno y lo hiciera más eficaz con medidas aceleradoras.³⁷ El Estado respondió mediante dos vías paralelas: por un lado, las reformas y los instrumentos que se han adoptado para reformar el sistema justicia y, por otro, las reformas para mejorar el remedio *Pinto*.

3.1.1.1. Líneas generales y comunes de la reestructuración del sistema de justicia

En general, la reestructuración del sistema de justicia ha seguido las siguientes estrategias:

- a) adopción de iniciativas dirigidas a reducir la duración de los procesos y aumentar la eficiencia de los tribunales y de las cancillerías;³⁸

pagado y que en esa fecha todavía resultaban pendientes. En la opinión concurrente se lanza una fuerte advertencia al Estado con relación a que no puede seguir incumpliendo estas obligaciones financieras, ya que se trata de un comportamiento que se considera poco adecuado para un país que es parte del círculo de la élite del G-20. TEDH. *Gaglione y otros vs. Italia*, sentencia de 21 de diciembre de 2010 (Req. núm. 45.867/07 y otras).

³⁷ Esta advertencia ha sido reiterada por el TEDH, como se aprecia en la sentencia *Gaglione y otros*, en donde señaló que la *Ley Pinto* implica enormes gastos a los que Italia no puede hacer frente, y cómo parece absolutamente inútil para el objetivo de acelerar el sistema de justicia y, por tanto, para reducir su exposición en el plano internacional. TEDH. *Gaglione y otros vs. Italia, cit.*, Asimismo, el CdM aprobó el 18 de marzo de 2009 la resolución Cm/ResDh(2009) 421 y, el 2 de diciembre de 2010, la resolución Cm/ResDh (2010) 224 con las cuales subraya que, para contener la duración de los procesos, se espera que las autoridades italianas adopten un enfoque interinstitucional que involucre a todos los actores principales y la coordinación al más alto nivel gubernamental.

³⁸ De hecho, el Ministerio de Justicia ha tomado medidas para encargar a los presidentes de las Cortes de Apelación y las Procuradurías de cada distrito que tomaran medidas concretas y directrices de buenas prácticas para la prevención del contencioso europeo y así tomar las medidas organizativas destinadas a cumplir con el plazo establecido en el art. 3, párr. 4 de

- b) adopción de medidas deflacionarias del contencioso civil a través de procedimientos sumarios o alternativos a los tradicionales;
- c) introducción de caminos obligados a imponer la conciliación (véase *infra*);³⁹
- d) reducción y armonización de los innumerables ritos procesales, con el objetivo de simplificar los procedimientos y evitar retrasos procesales;
- e) establecimiento del proceso telemático, para reducir los tiempos de inactividad que caracterizan a los procesos civiles y penales, derivados del mal funcionamiento o ineficiencia del sistema;⁴⁰

la *Ley Pinto* (con lo cual el decreto *Pinto* tendrá que ser adoptado en el plazo máximo de cuatro meses desde la presentación de la solicitud). Al mismo tiempo, las Procuradurías Generales, en cumplimiento de su papel de garantes del cumplimiento de la ley en el distrito correspondiente, han hecho esfuerzos para respetar esta regla, como es señalado por el TEDH en el caso *Simaldone*. TEDH. *Simaldone vs. Italia*, sentencia de 31 de marzo de 2009 (Req. núm. 22.644/03). En particular, el art. 3 ter del decreto-ley 193 de 2009, convertido en la ley 24 de 2010, establece la obligación de que los presidentes de los tribunales informaten los servicios judiciarios con el fin de garantizar la uniformidad de los procedimientos administrativos, así como el seguimiento y verificación de la calidad y la eficiencia de las actividades de la función judicial. Además, se pide que los aspirantes a puestos de dirección tomen un curso de formación específico para la gestión de organizaciones complejas (art. 3 *quater*) y tengan capacidades organizativas de los servicios (art. 3 *quinquies*). Finalmente, se ha establecido que en los procesos civiles y penales, todas las comunicaciones y notificaciones por medios electrónicos se realicen por correo electrónico certificado (art. 4). Además, el art. 37 del decreto-ley 98 de 2011, convertido en la ley 111 de 2011, introdujo la obligación para los jefes de las oficinas judiciales de redactar anualmente un programa para la gestión de los procesos civiles pendientes, determinando tanto los objetivos de reducción de la duración de los procedimientos concretamente alcanzable en el transcurso del año, así como los objetivos de productividad de oficina. Por último, el decreto-ley 90 de 2014, convertido en la ley 114 de 2014, establece normas para mejorar la eficiencia de los tribunales.

³⁹ Decreto Legislativo 150 de 2011, sobre “Reducción y simplificación de los procedimientos civiles de cognición, según el art. 54 de la ley 18 de junio de 2009, núm. 69”.

⁴⁰ Decreto-ley 193 de 2009, convertido en la Ley 24 de 2010, sobre “Anticipación de la entrada en vigor del proceso telemático y su extensión al proceso penal”.

- f) adopción de medidas disuasorias contra el uso instrumental y abusivo de la justicia,⁴¹ y
- g) reorganización de la geografía judicial en términos de mejora de la eficiencia.⁴²

i. Medidas normativas en materia de proceso civil

El proceso civil se ha visto afectado por numerosas medidas normativas para una reestructuración importante en términos de eficiencia y velocidad. En primer lugar, el decreto-ley 112 de 2008, convertido con enmiendas en la ley 133 de 2008, aportó modificaciones para reducir el tiempo de los procedimientos judiciales, proporcionando, en particular, la eliminación automática del registro de casos civiles después de la no comparecencia a dos audiencias sin la necesidad de una decisión expresa del juez, la notificación general vía electrónica de los actos y comunicaciones de las partes y la obligación del juez en materia laboral de leer en la audiencia no solo el dispositivo, sino también la motivación de la sentencia.

Medidas para agilizar el trabajo de las autoridades judiciales han sido introducidas por la ley 69 de 2009, que modificó algunos perfiles del proceso civil con los artículos 45 a 52, entre los cuales se encuentran: las normas sobre la obtención de pruebas, el filtro

⁴¹ El art. 45, párr. 12 de la ley 69 de 2009 ha previsto la introducción del art. 96, párr. 3 del Código de Procedimiento Civil (CPC), interviniendo así sobre la causa temeraria mediante la previsión de una sanción por el uso impropio de la justicia. Ya la Corte de Casación, con un “procesamiento virtual de la noción de abuso de derecho, ha intervenido recientemente en varias ocasiones sobre esta temática inusual para sancionar el uso de la justicia de una manera irrespetuosa del principio de equidad y buena fe”. Véase Corte de Casación Civil, Secciones Unidas, 108, de 10 de abril de 2000; Secciones Unidas, 23.726, de 15 de noviembre de 2007; Sección I, 24.645, de 27 de noviembre de 2007 y Sección III, 20.106, de 18 de septiembre de 2009.

⁴² Véase el decreto-ley 143 de 2008 convertido en la Ley 181 de 2008 sobre “Disposiciones para asegurar la funcionalidad del sistema judicial con particular referencia a la cobertura de las sedes desfavorecidas permanecidas vacantes por falta de aspirantes” y la Ley 148 de 2011, sobre “Delegación del Gobierno para la reorganización de la distribución en el territorio de las oficinas judiciales”.

de admisibilidad para la apelación a la Corte de Casación,⁴³ la racionalización y aceleración de los tiempos para el cumplimiento de actividades procesales, como la reducción a la mitad del límite anual para que las sentencias sean definitivas⁴⁴ y la reglamentación de un procedimiento sumario de cognición.⁴⁵

Además, se ha ampliado la competencia del juez de paz y se valoriza el principio de lealtad procesal, mediante la introduc-

⁴³ Sin perjuicio de los motivos del recurso por casación ya previstos en la ley (art. 360 CPC), se prevé que sea declarado admisible solo cuando la cuestión de derecho tiene el carácter de novedad, cuando haya un conflicto en la jurisprudencia de la Corte de Casación, cuando la Corte considere necesario cambiar su orientación, o cuando parezca fundada la censura relativa a la violación de los principios del debido proceso. La introducción del filtro permitirá a la Corte de Casación definir una parte de los recursos con las formas más rápidas y sencillas del procedimiento secreto (*procedimento in camera di consiglio*).

⁴⁴ En lugar de los términos anteriormente previstos por el CPC (respectivamente, de un año o seis meses) se ha introducido un periodo único de tres meses dentro del cual las partes deben proceder con la reanudación del proceso (como resultado de la suspensión, cancelación de la causa del registro, interrupción, casación de la sentencia, etc.). Además, se ha reducido de un año a seis meses el plazo para impugnar las sentencias y se han racionalizado los tiempos para las consultorías técnicas *ex officio*, eliminando la praxis de los reenvíos de audiencia para la formulación de las preguntas al consultor, para el depósito de las memorias con observaciones a la relación de la consultoría y para consentir al consultor replicar a las observaciones de las partes. En consideración de que el tiempo promedio de reenvío de la causa a otra audiencia (alrededor de 6 meses, aunque con fluctuaciones significativas en función de las oficinas judiciales), la eliminación de uno o dos reenvíos se traduce en una reducción de la duración del procedimiento de un estimado de 6 a 12 meses.

⁴⁵ Además, se ha simplificado la fase de la decisión de la controversia: se permite al juez sentar una base para su decisión incluso en los hechos no controvertidos por la parte (exonerando así a la parte que adjunta aquellos hechos a su carga probatoria y simplifica la instrucción de la causa); se simplifica el proceso de redacción de la sentencia (que deberá consistir en una declaración concisa de las razones de hecho y de derecho de la decisión, también con referencia a las decisiones anteriores conformes); se introdujo la posibilidad de tomar la prueba testimonial por escrito como ya se ha previsto en la legislación francesa (el juez —cuando hay acuerdo entre las partes— puede adquirir las respuestas del testigo sin que este tenga que presentarse a la audiencia; el testigo rellena un formulario que contiene las respuestas a los capítulos de prueba admitidos y se proporciona al juez).

ción de unas sanciones pecuniarias contra la parte que, a través de su comportamiento, haya dado lugar a la prolongación de la duración del proceso o actuado en juicio con mala fe o negligencia grave.

La ley 69 de 2009 también contenía la instrucción al Gobierno de la adopción de nuevas medidas de reducción y simplificación de los procedimientos civiles que se han implementado a través de diversas acciones.⁴⁶ Un punto clave en la reestructuración del proceso civil está representado por la introducción de forma generalizada de la mediación como una herramienta alternativa de resolución de conflictos en los litigios civiles y comerciales.⁴⁷ Finalmente, el decreto-ley 132 de 2014, convertido en la ley 162 de 2014, en materia de jurisdicción y otras medidas para la definición de los retrasos procesales en materia de proceso civil, introduce el procedimiento de la negociación asistida en materia familiar y simplifica los procesos de separación y divorcio. También facilita la eliminación del retraso por la posibilidad de que las partes en un proceso civil (que no sea en materia de derechos indisponibles o en materia laboral, providencia o seguridad social) puedan solicitar la transferencia de la controversia a un panel de arbitraje.

⁴⁶ Con el fin de completar la implementación de la última delegación otorgada por el Parlamento al Gobierno con la ley 69 de 2009, relativa a la reforma de los procesos civiles, el Consejo de Ministros aprobó el Decreto Legislativo 150 de 2011 sobre la reducción y simplificación de los procesos civiles de cognición que entran en la jurisdicción ordinaria y que están regulados por leyes especiales, salvo los casos expresamente excluidos por la norma de delegación legislativa.

⁴⁷ El decreto legislativo 28 de 2010 distingue, según el punto de vista del método y de las relaciones con el proceso, tres tipos de mediación: la mediación obligatoria, la voluntaria y la asignada por el juez. Desde el 21 de marzo de 2011, la mediación es obligatoria para los litigios relativos a: derechos reales; división; sucesión hereditaria; pactos de familia; arrendamiento; comodato; actos de empresas; daños de responsabilidad médica y la difamación por medio de la prensa u otros medios de publicidad, y contratos de seguros bancarios y financieros. Desde el 20 de marzo de 2012, la mediación es obligatoria para las numerosas controversias sobre condominio y reparación del daño resultante de la circulación de vehículos y embarcaciones. Sin embargo, incluso en los casos de mediación obligatoria siempre es posible pedir al juez las medidas que, de acuerdo con la ley, son urgentes y no pueden ser puestas.

ii. Medidas normativas en materia de proceso penal

Varios son los cambios que se hicieron también en materia de proceso penal. En particular se señala el decreto-ley 92 de 2008, convertido con enmiendas en la ley 125 de 2008 que ha previsto el tratamiento prioritario de los asuntos más graves y la modificación del rito *direttissimo*,⁴⁸ con la obligación de presentar al acusado en audiencia en el plazo de 30 días a partir del arresto, del juicio *abbreviato*,⁴⁹ con su obligatoriedad en casos específicos, del juicio inmediato, con la posibilidad de utilizarse en todo momento si la persona se encuentra en estado de detención provisional y del *patteggiamento*,⁵⁰ eliminado en la fase de apelación.

Además, se señala la ley 103 de 2017, que contiene modificaciones al Código Penal (CP), al Código de Procedimiento Penal (CPP) y al ordenamiento penitenciario, previendo en primer lugar la reforma de todas las disposiciones sobre prescripción contenidas en el CP, con exclusión de las disposiciones que se refieren al periodo base previsto en su artículo 157;⁵¹ prevé tam-

⁴⁸ El rito *direttissimo* está previsto en los arts. 449 y ss. del CPP y se caracteriza por la ausencia de la audiencia preliminar y de la etapa intermedia en el juicio ordinario penal y se puede aplicar solo en los casos de arresto en flagrancia de delito y de confesión.

⁴⁹ También el juicio *abbreviato* es un procedimiento especial del sistema judicial italiano, previsto en los arts. 438 y ss. del CPP que se caracteriza por la deflación del juicio oral y la decisión sobre el fondo de la imputación que se toma en la audiencia preliminar.

⁵⁰ El *patteggiamento* o aplicación de la pena a petición de las partes es un procedimiento especial previsto por el art. 444 del CPP que permite, previo acuerdo de las partes, la aplicación de una sanción alternativa o una pena económica, reducida hasta un tercio, o de una pena privativa de libertad que, tomando en cuenta las circunstancias puede ser reducida hasta un tercio, siempre que no supere los cinco años (prisión o arresto), solo o en combinación con una sanción económica convenida.

⁵¹ En particular, en virtud de los cambios al art. 159 del CP para los delitos cometidos después de la entrada en vigor de la reforma, la prescripción se queda suspendida desde el término previsto en el art. 544 del CPP para el depósito de la motivación de la sentencia de condena de primera instancia hasta el pronunciamiento del dispositivo de la sentencia que define la siguiente instancia del juicio, por un periodo superior a un año seis meses. Igualmente, la prescripción está suspendida por un año seis meses des-

bién la extensión a todos los delitos perseguibles por querrela de la posibilidad de extinguir el delito por medio de conductas reparatorias (art. 162 ter CP),⁵² un procedimiento impugnatorio más riguroso y específico,⁵³ el aumento hasta el triple de las sanciones pecuniarias ya previstas por el artículo 616 del CPP en caso de

de el momento del depósito de la sentencia de segunda instancia hasta el pronunciamiento del dispositivo de la sentencia definitiva. El periodo de suspensión para los juicios de impugnación es objeto de cálculo para la prescripción para el caso en que la sentencia de condena sea modificada o anulada (o sea modificada su confirmación en apelación) ya que falta el supuesto que justifica la suspensión, es decir, el reconocimiento de la fundamentación de la *ratio* sancionatoria.

⁵² Así como previsto por el art. 35 del decreto legislativo 274 de 2000 para los procedimientos frente al juez de paz, también para los delitos de competencia del Tribunal, que sean perseguibles por querrela de parte, el juez declara extinto el delito cuando el acusado haya reparado enteramente el daño mediante la restitución o la reparación y haya eliminado todas las consecuencias del delito. La regla es que el daño sea reparado antes que inicie el juicio oral. Sin embargo, si el demandado prueba que no pudo cumplir, por hechos no imputables a él, dentro del plazo establecido en el primer párrafo, puede solicitar al juez que fije un periodo no superior a seis meses, para prever el pago, incluso por cuotas, de la cantidad debida como compensación. En este caso, el juez, si acepta la solicitud, ordena la suspensión del proceso y fija la audiencia siguiente después de la expiración del plazo establecido y en cualquier caso no más tarde de 90 días de la fecha límite antes mencionada.

⁵³ Análogamente al juicio civil, también las impugnaciones penales, bajo sanción de inadmisibilidad, deberán indicar las pruebas consideradas inexistentes, omitidas o incorrectamente evaluadas, así como las solicitudes instructoras. Cambia también lo previsto en el art. 581 del CPP que, en particular, establece que los actos de impugnación deben llevar la indicación: *a)* de los puntos de la decisión a la que se refiere la impugnación; *b)* de las pruebas de las que se deduce la inexistencia, la omisa asunción o la omisa o errónea evaluación; *c)* de las solicitudes, también instructoras; *d)* de los motivos, con la indicación de los argumentos legales y de los elementos de hecho que apoyan cada petición. La apelación será presentada personalmente por el acusado, siempre que no se trate de recurso por casación. Con la delegación legislativa, por último, se instruye al gobierno restringir en algunos casos específicos, la legitimación a la apelación por parte del ministerio público (condena solo en caso de modificación del título o exclusión de agravante con efecto especial) y del acusado (absolución solo con fórmula completa). Se vuelve a introducir el *patteggiamento en apelación* (art. 599-bis CPP).

inadmisibilidad de la demanda, por vicios formales, como la falta de legitimación o la violación de los términos.

iii. El proceso administrativo

Importantes progresos se han conseguido en el sector de la justicia administrativa bajo el perfil de la reducción de la duración del proceso administrativo y del retraso procesal. Este resultado se ha conseguido gracias a la reforma implementada con la ley 205 de 2000 que ha introducido una serie de medidas aceleradoras del proceso con una reducción importante de la duración promedio del mismo.⁵⁴ Además, en apego a la obligación del Gobierno contenida en el artículo 44 de la ley 69 de 2009 se ha aprobado el Código del proceso administrativo.⁵⁵ El código tiene, por un lado, una finalidad de ejemplificación administrativa, mediante la inclusión en un texto único, de disposiciones —inclusive antiguas— dispersas en una pluralidad de fuentes y, por otro, una finalidad de sistematización generalizada de la materia empleando medidas de naturaleza innovadora. El código adopta los principios generales del CPC y, en los casos en los cuales el proceso administrativo presenta específicas peculiaridades, dicta reglas autónomas. Además, contiene importantes novedades en materia de jurisdicción y competencia⁵⁶ e indica expresamente las acciones ejercitables frente al juez administrativo.

Muchas son también las novedades en materia de proceso administrativo de primera instancia, no solo con referencia a la reducción de los términos procesales, sino también con re-

⁵⁴ En particular, la duración media de cada grado de juicio se sitúa entre 16 y 18 meses con la posibilidad de agotar los dos grados del juicio administrativo en unos tres años.

⁵⁵ Se trata del decreto legislativo 104 de 2010, modificado por los decretos legislativos 195 de 2011 y 160 de 2012.

⁵⁶ En primer lugar, con respecto a la competencia, se opera una extensión de materias de competencia exclusiva (en la que el juez administrativo también conoce de los derechos individuales) y, por el contrario, una reducción de las materias atribuidas a la competencia jurisdiccional plena (en virtud de la cual el juez administrativo puede sustituir a la administración, posiblemente mediante la designación de un comisionado *ad acta*).

ferencia a la tutela cautelar,⁵⁷ impugnaciones,⁵⁸ ritos especiales⁵⁹ y contencioso electoral.⁶⁰ Con referencia a la eliminación de los retrasos procesales, el código prevé la perención de los recursos pendientes desde hace más de cinco años para los cuales todavía no se ha fijado la audiencia de discusión, en el caso en que no se haya presentado una nueva demanda de fijación de la audiencia en 180 días desde su entrada en vigor.⁶¹ En materia de proceso administrativo telemático, finalmente, las normas de actuación del código reenvían a un específico decreto para la definición de las correspondientes reglas técnico-operativas.

3.1.1.2. *La (necesaria) reforma del remedio Pinto*

En muchas ocasiones el TEDH ha declarado la responsabilidad del Estado italiano por la violación del derecho a la razonable duración del proceso, no con referencia al proceso principal sino al proceso accesorio *Pinto*.⁶² Un primer cambio legislativo se dio en

⁵⁷ En particular, la solicitud de audiencia se vuelve una condición para la procedencia de la acción cautelar y se introduce la protección cautelar *ante-causam*, activable antes de la proposición de la demanda principal, en casos de extrema gravedad y urgencia para no permitir el retraso hasta la fecha de la sesión privada.

⁵⁸ En materia de impugnaciones, el código interviene en los términos de impugnación, extiende algunos institutos para la apelación en el juicio civil al proceso administrativo e introduce, en la ejecución de un fallo de la Corte Constitucional, el medio de la oposición de tercero.

⁵⁹ El código reordena los ritos especiales, mediante la eliminación de los que se consideran innecesarios u obsoletos.

⁶⁰ En materia de contencioso electoral para las elecciones locales, regionales y europeas, por primera vez se regula la protección judicial anticipada, es decir, la posibilidad de utilizar de inmediato, sin esperar el resultado de las elecciones, en contra de las medidas del proceso preparatorio electoral. Esta protección se limita a los actos de exclusión de las listas o de los candidatos en las elecciones administrativas y regionales.

⁶¹ Una medida análoga estaba prevista en el art. 54 del decreto-ley 112 del 2008, convertido, con cambios, en la ley 133 del 2008.

⁶² Véase TEDH, *Gagliano Giorgi vs. Italia*, sentencia de 6 de marzo de 2012 (Req. núm. 23.563/07). En virtud de las cantidades de deuda que el Estado italiano ha acumulado a lo largo de los años resulta evidente como el reme-

2012, cuando el Gobierno modificó la *Ley Pinto* (art. 55 del decreto-ley 83 de 2012, convertido en la ley 134 de 2012), previendo, entre otras cosas, un procedimiento de orden de pago a través de un decreto del presidente de la Corte de Apelación, oponible por la administración contra la que se presenta la cuestión; la conexión de la solicitud de justa indemnización a una sentencia firme; compensaciones predeterminadas y niveladas de 500 a 1 500 euros por cada año de retraso, y causas de exclusión del pago de la indemnización por conducta no diligente, dilatoria o abusiva de la parte. El objetivo perseguido era la racionalización de la carga de trabajo de las Cortes de Apelación y la contención del gasto público. Sin embargo, a pesar de su buena capacidad deflacionaria, la nueva regulación no introducía ningún recurso expedito.

Ese mismo año, para intentar resolver el problema, el Gobierno adoptó el Plan de Acción Pinto, con duración bienal, un ejemplo de eficaz sinergia entre los diferentes sujetos institucionales involucrados (Presidencia del Consejo de Ministros, Ministerio de Asuntos Exteriores, Oficina del Agente de Gobierno y Ministerios de Justicia y de Economía y Finanzas, llamados a operar en virtud de sus respectivas competencias en la materia), que ha llevado a la gradual definición —gracias al instrumento del reglamento amistoso y/o de la declaración unilateral de 7 046 recursos pendientes.⁶³ El Plan preveía, en particular, que las Cortes

dio *Pinto* —que tiene naturaleza meramente compensatoria y que cuando entró en vigor no se acompañaba a alguna medida de reestructuración del sistema—, no solo no resolvió el problema de la excesiva duración de los procesos, sino que además contribuyó a la obstaculización de la actividad judicial.

⁶³ El número de recursos efectivamente procesados ha sido de 7 041 casos (5 recursos no fueron tratados por falta de interés), de los cuales 5 385 fueron instruidos por el Ministerio de Economía y Finanzas, y 1 359 por el Ministerio de Justicia (para 297 recursos no fue posible preparar los expedientes correspondientes por falta de documentos). El *Plan Pinto* también dio lugar a la definición de otros 3 000 casos adicionales relacionados con el remedio compensatorio *ex lege Pinto* y que no habían sido incluidos en el Plan original porque fueron presentados posteriormente. Una importante iniciativa para abordar el problema de los retrasos en la ejecución de los decretos *Pinto* (de la que se origina la mayor parte del litigio ante el TEDH, fenómeno llamado *Pinto sobre Pinto*) fue implementada por el Ministerio

de Apelación se concentraran en la eliminación de las deudas acumuladas en años anteriores (algunas Cortes todavía tenían pendientes de 2005), de acuerdo con un plan detallado para la eliminación de los pendientes que cada Corte tenía que notificar con urgencia al Ministerio y, en todo caso, antes del 1 de septiembre de 2015, con la indicación de los decretos todavía pendientes de pago y el tiempo dentro del cual tenían la intención de pagar. Sobre la base de estos proyectos durante el periodo indicado por las Cortes para la definición de los pendientes, el Ministerio de Justicia procedió a exonerar a las propias Cortes del pago de las nuevas deudas: este se tenía que efectuar en la Administración Central, con el apoyo del Banco de Italia en la preparación de los expedientes, a fin de garantizar la puntualidad de los pagos.

A pesar de los avances obtenidos con esta medida, permanecían algunos déficits en la normativa *Pinto*. La Corte Constitucional, llamada a pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la *Ley Pinto*, aunque declaró la cuestión inadmisibile, expresaba una fuerte advertencia al legislador: en particular, sobre la cuestión de constitucionalidad del artículo 4 de la ley en la parte en que no preveía la posibilidad de presentar la solicitud de justa reparación durante el procedimiento, ya que esto era identificativo de graves deficiencias bajo el perfil de efectividad de la medida, frente a las cuales “el continuar de la inercia legislativa ya no sería tolerable”.⁶⁴

Después de la sentencia de la Corte, intervino otra vez el legislador con la ley 208 de 2015 (*Ley de estabilidad para el 2016*) que, junto con la medida puramente compensatoria del daño ya provocado, que opera *a posteriori*, introdujo herramientas de aceleración del proceso diferenciadas según se trate de un proceso penal, civil o administrativo. Aplicar esas medidas aceleradoras representa una *conditio sine qua non* para acceder a la medida

de Justicia a través de un plan de pago, cuya configuración ha sido posible gracias a los recursos financieros asignados para el periodo 2015-2017 (180 millones de euros al año asignados al Ministerio para hacer frente a la deuda que se ha acumulado a lo largo de los años) y a la cooperación obtenida del Banco de Italia para la eliminación de las prácticas de liquidación y pago.

⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia 40 de 2014.

reparatoria, a disposición de las partes. Se configura, por tanto, como una medida preventiva activable antes de que se produzca una violación del artículo 6 del Convenio Europeo.

3.1.2. Otras hipótesis de violación de las disposiciones en materia de debido proceso

El artículo 6 del CEDH ha sido violado por Italia muchas veces por cuestiones diferentes a la irrazonable duración del procedimiento. Se destacan los siguientes casos: violación del derecho al juez imparcial,⁶⁵ violación del derecho a ser informado sobre las acusaciones recibidas,⁶⁶ violación del derecho de acceso a un juez,⁶⁷ violación del derecho de acceso al gratuito patrocinio,⁶⁸ violación del derecho a la defensa⁶⁹ y violación del derecho del acusado a la participación en la audiencia de discusión.⁷⁰

Según la jurisprudencia del TEDH, algunas violaciones del artículo 6 del Convenio determinan la invalidez del proceso y, por consiguiente, de la condena penal, por lo que el Tribunal Europeo considera necesario reponer el proceso a nivel nacional.

⁶⁵ TEDH. *Cianetti vs. Italia*, sentencia de 22 de abril de 2004 (Req. núm. 55.634/00).

⁶⁶ TEDH. *Somogyi vs. Italia*, sentencia de 18 de mayo de 2004 (Req. núm. 67.972/01), y *Sejdovic vs. Italia*, sentencia de 10 de noviembre de 2004 (Req. núm. 56.581/00). Sobre el caso *Somogyi* y sobre su ejecución específica en el ordenamiento italiano véase Guazzarotti, Andrea y Cossiri, Angela, “L’efficacia in Italia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo secondo la prassi più recente”, *Rassegna dell’Avvocatura dello Stato*, núm. 4.1, 2006, pp. 5-32.

⁶⁷ TEDH. *De Jorio vs. Italia*, sentencia de 3 de junio de 2004 (Req. núm. 73.936/01); *Argenti vs. Italia*, sentencia de 10 de noviembre de 2005 (Req. núm. 56.317/00), y *Bifulco vs. Italia*, sentencia de 8 de febrero de 2005 (Req. núm. 60.915/00).

⁶⁸ TEDH. *Santambrogio vs. Italia*, sentencia de 21 de septiembre de 2004 (Req. núm. 61.945/00).

⁶⁹ TEDH. *Bracci vs. Italia*, sentencia de 13 de octubre de 2005 (Req. núm. 36.822/02).

⁷⁰ TEDH. *Hermi vs. Italia*, sentencia de 28 de junio de 2005 (Req. núm. 18.114/02).

El ordenamiento italiano no prevé ninguna norma para el caso de que sea necesario celebrar de nueva cuenta el proceso penal interno por violación de otro de los derechos reconocidos en el artículo 6 del CEDH. Varias han sido las opciones consideradas. Una primera solución se fundamentó sobre la figura del *incidente d'esecuzione* regulado por el artículo 670 del CPP.⁷¹ Esta solución se fundamenta en la premisa de que cuando el TEDH considera que la condena se dictó en violación de las normas de debido proceso, reconociendo así el derecho del condenado a una renovación del juicio, el juez de la ejecución debe declarar la inexigibilidad de la pena, aún y cuando el legislador no haya introducido “un medio adecuado para establecer el nuevo proceso”.⁷² En este caso, la sentencia *res iudicata* no se ejecuta, ni se anula. Una segunda solución está representada por el recurso extraordinario por error material o de hecho contenido en las decisiones dictadas por la Corte de Casación (art. 625 bis CPP), considerado utilizable en vía analógica con el fin de dar ejecución a las sentencias del Tribunal Europeo que hayan establecido violaciones a las garantías convencionales.⁷³ Y una tercera solución ha sido la aprobación de una medida legislativa destinada a introducir un nuevo supuesto de revisión del proceso.⁷⁴

3.2. El problema de la expropiación indirecta

3.2.1. La violación del artículo 1 del Protocolo Adicional núm. 1

El Tribunal Europeo denomina expropiación indirecta a todos aquellos casos en los que la Administración Pública pone en

⁷¹ El *incidente d'esecuzione* es una institución jurídica en virtud de la cual el juez de la ejecución de una pena verifica la validez y la existencia del título jurídico por el que se da ejecución a la pena misma (arts. 666 y ss. CPP).

⁷² Corte de Casación Penal, Sección I, 2 800, 1 diciembre 2006.

⁷³ Esta es la vía escogida por la Corte de Casación para darle ejecución a la sentencia *Scoppola* (núm. 2). TEDH. *Scoppola vs. Italia* (núm. 2), sentencia (GS) de 17 de septiembre de 2009 (Req. núm. 10249/03).

⁷⁴ Esta solución se ha planteado con referencia al caso *Dorigo*. Véase Comisión Europea de Derechos Humanos. *Paolo Dorigo vs. Italia*, informe de 9 de septiembre de 1998 (Req. núm. 33286/96).

práctica un método expropiatorio que no sigue la letra de la ley, aunque sustancialmente termine con la expropiación de la propiedad. En general, el Tribunal utiliza este término en referencia a aquellas medidas que, aunque no resultan formalmente en la transferencia o privación de la propiedad, interfieren con el disfrute de los bienes a un grado tal como para ser considerado equivalente a una expropiación.

El TEDH,⁷⁵ con las sentencias de 30 de mayo de 2000, *Belvedere Alberghiera*⁷⁶ y *Carbonara e Ventura*,⁷⁷ afirmó el principio según el cual para que un procedimiento de expropiación sea convencionalmente legítimo es necesario el respeto del principio de legalidad garantizado por el artículo 1 del Protocolo Adicional núm. 1, que determina que el procedimiento de expropiación debe tener un fundamento normativo “suficientemente accesible, preciso y predecible”. La expropiación indirecta, por tanto, sería contraria al principio de legalidad, ya que no es adecuada para garantizar un grado suficiente de seguridad jurídica, permitiendo a la administración eludir las normas establecidas en materia de expropiación. De hecho, en todos los casos, la institución en cuestión tiende a ratificar una situación de hecho que deriva de los actos ilegales cometidos por la administración, para regular las consecuencias tanto para el particular como para la administración, en beneficio de esta última.

Esta interferencia del Estado con el derecho de propiedad, además de no cumplir con el requisito del principio de legalidad, tampoco respeta el principio de proporcionalidad. De

⁷⁵ El TEDH ha encontrado al Estado italiano responsable de la violación de las disposiciones del CEDH, y en particular del art. 1 del Protocolo Adicional núm. 1, con referencia a la práctica de la expropiación indirecta 359 veces. TEDH. *Overview 1959-2016*, *op. cit.*, p. 8. Para un análisis más detallado de los diferentes perfiles de violación de esta disposición véase Randazzo, Barbara, *Giustizia costituzionale sovranazionale...*, *cit.*, pp. 172 y ss.

⁷⁶ TEDH. *Belvedere Alberghiera s.r.l. vs. Italia*, sentencia de 30 de mayo de 2000 (Req. núm. 31.524/1996).

⁷⁷ TEDH. *Carbonara y Ventura vs. Italia*, sentencia de 11 de diciembre de 2003 (Req. núm. 24.638/94). Los Casos *Belvedere Alberghiera s.r.l* y *Carbonara y Ventura* son casos piloto para expropiaciones sin título de la Administración Pública.

acuerdo con el Tribunal, la ponderación entre el interés público y los derechos individuales en juego en los casos de expropiación no sería respetada por la aplicación de criterios compensatorios reducidos, o cuando la compensación no es pagada en el mismo momento de la expropiación, sino después de una larga y agotadora acción legal emprendida por el particular expropiado. En estos casos se determina la violación del artículo 1 del Protocolo Adicional núm. 1 del Convenio Europeo, con la consiguiente obligación para el Estado de devolver la propiedad expropiada ilegítimamente o, al menos, hacer el reconocimiento del derecho a recibir la compensación completa por el daño sufrido.

En este sentido, para dar ejecución a las sentencias del TEDH se aprobó el decreto presidencial 327 de 2001 (Texto Único sobre expropiación) para reducir sensiblemente el riesgo de ocupaciones ilegítimas, en sentido amplio, de bienes privados, previendo, en primer lugar, un sistema general de expropiación basado en el agotamiento previo del procedimiento ablativo del derecho privado.⁷⁸ En segundo lugar, una limitación de la institución de la ocupación de urgencia, anticipada con respecto a la expropiación; posibilidad que se contempla no como una institución general, sino que resulta limitada a los casos expresamente previstos por la ley, en las que se evidencia la necesidad de equilibrar el interés público y el interés privado.⁷⁹ Finalmente, para las situaciones residuales en las que todavía pueden ocurrir casos de expropiación, el Texto Único ha dotado al fenómeno de una base jurídica, capaz de garantizar mejor la posición del particular expropiado, a través de la adopción de un acto de adquisición por parte de la administración que ocupa el bien sin título, pero para fines de interés público (art. 43 Texto Único).

⁷⁸ Según lo previsto en el art. 20 del Texto Único, primero la Administración Pública se convierte en propietaria del área de conformidad con los procedimientos legales y, posteriormente, puede tomar posesión de la misma y llevar a cabo la obra.

⁷⁹ El art. 22 bis del Texto Único hace referencia a las grandes obras previstas en la ley 443 de 2001, a las expropiaciones que involucran más de cincuenta propietarios y a obras que se deben iniciar con urgencia, en relación con la naturaleza particular de las mismas.

Esta disposición regula todas las hipótesis de uso de un bien privado para fines de interés público, pero sin título, y prevé, en principio, que la autoridad que utiliza el bien “en ausencia del válido y eficaz decreto de expropiación o declarativo del interés público” pueda “disponer que se agregue a su patrimonio indisponible y que al propietario le sea reparado el daño”. Además, la norma en análisis subordina la posibilidad de la compra de la propiedad del bien por la administración a la adopción de una decisión administrativa formal, en la que se evalúen y se hagan explícitos, con idónea motivación, los intereses en conflicto (párrs. 1 y 2). Por último, permite a la administración, durante el procedimiento, posiblemente empezado por el particular, pedir al juez administrativo determinar la indemnización del daño debido al expropiado, con exclusión de la devolución del bien (párr. 3).

Por tanto, la institución prevista en el artículo 43 se caracteriza por la exclusión del efecto extintivo-adquisitivo automático por el mero hecho de la transmisión irreversible, ya que prevé la necesidad de un acto administrativo discrecional que considere la oportunidad de adquirir el bien al patrimonio indisponible de la administración y por el reconocimiento de la reparación completa de los daños. En consecuencia, el artículo 43 representaba una ruptura frente a un sistema que había instituido una manera de comprar una propiedad no prevista por la ley, fundada en un ilícito de la administración.⁸⁰

En realidad, la jurisprudencia del Tribunal Europeo ha sido constante hacia una firme y rigurosa defensa de los derechos de propiedad frente a la interferencia de las autoridades públicas, interferencias que serían posiblemente justificables solo con referencia a situaciones objetivas de prevalencia del interés general y, de todos modos, en presencia de bases legales ciertas, claras y precisas, evitando interpretaciones que tiendan a la aplicación

⁸⁰ La relación al esquema de Texto Único a la expropiación, elaborada por el Consejo de Estado, aclara la *ratio* de la norma, cuya finalidad es la eliminación de figuras, de origen jurisprudencial, como la ocupación adquisitiva (o apropiativa) y la ocupación usurpativa, con el propósito de adecuar el sistema normativo a los principios constitucionales, así como a los principios generales del derecho internacional.

extensiva de prácticas ablativas o de soluciones reparadoras de irregularidades aunque solo procedimentales. Por eso, el TEDH ha despejado varias dudas en cuanto a si el artículo 43 del Texto Único respeta los principios convencionales, en especial en la parte que permite al juez disponer la no restitución del bien expropiado, incluso en ausencia de una declaración de utilidad pública, ya que esto podría generar resultados impredecibles y arbitrarios.⁸¹

Estas dudas de convencionalidad de la disposición en cuestión han llevado al Tribunal a seguir condenando a Italia por violación del artículo 1 del Protocolo Adicional núm. 1, incluso después de la aprobación del Texto Único, y al CdM a llamar la atención del Gobierno italiano respecto a la falta de avances en el problema estructural de la expropiación indirecta.⁸² La problemática señalada por los órganos europeos ha sido resuelta gracias a la intervención de la Corte Constitucional, que ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 43 con la sentencia 293 de 2010,⁸³ y al legislador, que ha introducido con el artículo 42 bis⁸⁴ una nueva regulación para los casos de uso sin título de un bien para fines de interés público.⁸⁵

⁸¹ Véase TEDH. *Scordino vs. Italia* (núm. 3), sentencia de 17 de mayo de 2005 (Req. núm. 43.662/98); *Dominici vs. Italia*, sentencia de 15 de noviembre de 2005 (Req. núm. 64.111/00), y *Colazzo vs. Italia*, sentencia de 13 de octubre de 2005 (Req. núm. 63.633/00). En el caso *Prenna*, el TEDH señaló que el art. 43 no puede constituir una alternativa válida a la expropiación legal, ya que permite legitimar irregularidades cometidas por la Administración Pública. TEDH. *Prenna vs. Italia*, sentencia de 9 de febrero de 2006 (Req. núm. 69.907/01).

⁸² Resolución (2006) 1.516, de 2 de octubre de 2006.

⁸³ La sentencia de la Corte Constitucional hace referencia a la sentencia del TEDH, *Sciarrotta y otros*, que ha confirmado la vulneración al principio de legalidad de la expropiación sin título. TEDH. *Sciarrotta y otros vs. Italia*, sentencia de 12 de enero de 2006 (Req. núm. 14.793/02).

⁸⁴ Art. 34, párr. 1, decreto-ley 98 de 2011. Sobre la constitucionalidad del art. 42 bis véase la sentencia de la Corte Constitucional 71 de 2015.

⁸⁵ Sobre el cierre del caso véase la resolución Cm/ResDh (2010)100, de 15 de septiembre de 2010. En el 2015, el TEDH se pronunció sobre los que probablemente sean los últimos casos sobre este tema: TEDH. *Mango vs. Italia*, sentencia de 5 de mayo de 2015 (Req. núm. 38.591/06); *Russo vs. Italia*, sentencia de 5 de mayo de 2015 (Req. núm. 14.231/05);

3.2.2. *El quantum de la compensación*

Otra cuestión clave es cuantificar la reparación del daño que se le debe al expropiado. En el supuesto de que la reparación de la violación de las disposiciones del Convenio Europeo deba consistir en la eliminación de todas las consecuencias perjudiciales para la víctima, el TEDH, reiterando su propia orientación jurisprudencial consolidada,⁸⁶ impone al Estado responsable una indemnización que incluye tanto el daño patrimonial⁸⁷ como el daño moral.⁸⁸

Los criterios de indemnización requeridos por el artículo 5 bis, párrafos 1, 2, y 7 bis del decreto-ley 333 de 1992, convertido en la ley 359 de 1992, y del artículo 37, párrafos 1 y 2 del decreto del presidente de la República 327 de 2001 —la media del valor de la tierra y la renta catastral revalorizada (*reddito dominicale rivalutato*)— eran contrarios a los criterios identificados a nivel

Pellitteri y Lupo vs. Italia, sentencia de 6 de octubre de 2015 (Req. núm. 50.825/06); *Quintiliani vs. Italia*, sentencia de 6 de octubre de 2015 (Req. núm. 9.167/05), y *Preite vs. Italia*, sentencia de 17 de noviembre de 2015 (Req. núm. 28.976/05). Los casos todavía pendientes frente al TEDH están en vía de resolución mediante reglamentos amistosos o declaraciones unilaterales.

⁸⁶ TEDH. *Papamichalopoulos vs. Grecia*, sentencia de 31 de octubre de 1995 (Req. núm. 14.556/89).

⁸⁷ La indemnización por daño patrimonial coincide con el valor actual de la tierra según el precio de mercado, reducido de la indemnización posiblemente obtenida a nivel nacional, y debidamente actualizada y aumentada por la mayor apreciación asignada a la tierra por la presencia de edificios construidos después de la ocupación, estimada en medida igual al costo de construcción. En el sistema normativo italiano, la cuantificación de la compensación tiene que respetar lo previsto en el art. 42 de la Constitución, en nombre de la función social de la propiedad privada y admite formas de compensación legítimas que no corresponden al valor del mercado del bien expropiado a diferencia de cómo, el TEDH, prevé el CEDH con referencia al derecho de propiedad.

⁸⁸ La indemnización por daño moral coincide, en cambio, con efectos perjudiciales en la esfera moral del afectado derivados de la sensación de frustración sentida por el despojo ilegal de sus bienes y se calcula sobre una base equitativa. TEDH, *Scordino vs. Italia (núm. 1)*, sentencia de 29 de marzo de 2006 (Req. núm. 36.813/97), y *Scordino vs. Italia (núm. 3)*, *cit.*, aunque en este caso se trata de expropiación regular.

europeo, generando así la intervención de la Corte Constitucional a petición de la Corte de Casación.⁸⁹ La Corte Constitucional, en sus sentencias 348 y 349 de 2007, declaró la inconstitucionalidad de tales criterios de determinación de la indemnización por expropiación. Posteriormente intervino el legislador con el artículo 2, párrafos 89 y 90, de la ley 244 de 2007 (ley financiera para el 2008), que expresamente establecía que “la indemnización de expropiación de un área edificable se determina en la medida del valor de mercado de la propiedad”. Idéntico criterio fue establecido con referencia a la determinación de la indemnización que corresponde para la “utilización de un área edificable con fines de utilidad pública en ausencia de una medida válida y eficaz de la expropiación a la fecha de 30 de septiembre de 1996” (art. 37, párr. 1 y art. 55, párr. 1, Texto Único de Expropiaciones, así como modificados por el art. 2, párr. 89, ley 244 de 2007).⁹⁰

En cuanto a la expropiación indirecta, el TEDH, hasta la sentencia *Guiso Gallisay*,⁹¹ de 21 de octubre de 2008, había dis-

⁸⁹ La referencia es a las decisiones, Corte de Casación Civil, Sección I, 11.887, de 20 de mayo de 2006; Sección I, 12.810, de 29 de mayo de 2006, y Sección I, 22.357, y 22.358, de 19 de octubre de 2006. Véase también Corte de Apelación de Palermo, *ordinanza* 1.608, de 9 de junio de 2006.

⁹⁰ Esta norma está perfectamente en línea con la interpretación dada por el TEDH al art. 1 del Protocolo Adicional núm. 1 y con las decisiones de la Corte Constitucional en la materia. Igualmente es afirmado por la Corte de Casación Penal, que ha considerado manifiestamente infundada una cuestión de constitucionalidad de la norma. Corte de Casación Penal, Sección I, 9.245, de 9 de abril de 2008.

⁹¹ TEDH, *Guiso Gallisay vs. Italia*, sentencia de 21 de octubre de 2008 (Req. núm. 58.858/00). Básicamente, hasta el juicio *Guiso Gallisay*, para la medida de la compensación y los criterios para el cálculo, el TEDH, haciendo referencia a los casos *Papamichalopoulos y otros vs. Grecia, cit.*, y *Carbonara y Ventura vs. Italia, cit.*, había hablado de la situación particularmente grave para el privado, golpeado por un despojo de hecho y sin ninguna posibilidad de recurso. La Corte tendía, por tanto, a reconocer al demandante el derecho a verse asignada una suma a título de satisfacción equitativa, de acuerdo con los resultados de una evaluación independiente. Se trataba, por tanto, de parámetros particularmente punitivos para el Estado implicado en el procedimiento, así como ilógicos, contradictorios e injustos. Y esto también a la luz de las muchas diversidades de hecho que diferencian los casos italianos de expropiación indirecta —que se caracterizan, entre

tinguido dos hipótesis: 1) el caso en que el solicitante se haya limitado a pedir, a título de daño material, la diferencia entre el valor de mercado de la propiedad, revaluado, y la menor cantidad pagada a nivel nacional. En este caso, por el principio de la demanda, la Corte se limita a reflejar esta diferencia (el mismo criterio se utiliza para calcular la suma-base para el reglamento amistoso), y 2) el caso en el que la Corte reconoce al demandante el derecho a recibir una satisfacción que, de acuerdo con lo que prevé una evaluación específica, refleje el valor actual de la propiedad expropiada, el valor añadido aportado por la existencia de la obra pública en la propiedad (incluso en forma de costos de construcción del proyecto) y los daños materiales y morales.

Este segundo criterio, frente al cual el Gobierno italiano siempre ha asumido una posición abiertamente crítica, ha sido cuestionado sistemáticamente ante el Tribunal Europeo hasta generar un *revirement* en su jurisprudencia con la sentencia piloto *Guiso Gallisay*, con la que el TEDH se ha acercado apreciablemente a la tesis del Gobierno italiano, mediante la estandarización de los criterios de compensación a los parámetros utilizados también por el juez nacional en el sistema interno (es decir, el valor del bien no en el momento de la sentencia nacional que declara la ocupación adquisitiva, que podría dar lugar a un margen de incertidumbre, sino en el momento en que los solicitantes perdieron la propiedad y al valor de mercado en ese momento, más revaluación e intereses, además de cualquier otro daño colateral), alineándose así a lo establecido por la Corte Constitucional en las sentencias 348 y 349 de 2007.⁹²

otras cosas, por una declaración de utilidad pública, por una sentencia interna que resuelve la transferencia de la propiedad y por el pago de una indemnización, aunque reducida— del mencionado caso griego que, por el contrario, se trataba de un caso de remoción arbitraria y totalmente ilegal del bien de un particular por parte del Estado, no acompañada por alguna indemnización.

⁹² Cabe mencionar que la sentencia 187 de 2015 declaró la inconstitucionalidad de los criterios para el cálculo de la expropiación para áreas no edificables, previsto por la legislación de la Provincia de Trento, por infringir los arts. 42, párr. 3 y 117, párr. 1 de la Constitución, en relación con el art. 1 del Protocolo Adicional núm. 1 del CEDH.

3.3. El problema de la sobrepoblación carcelaria

Otro grupo de sentencias en las que el Tribunal Europeo ha identificado un problema estructural del sistema normativo italiano está representado por los casos de violación del artículo 3 del CEDH por sobrepoblación carcelaria. La primera sentencia que se dictó sobre esta temática es el caso *Sulejmanovic*,⁹³ en la que se denunciaron las condiciones de sobrepoblación en las cárceles, bajo la perspectiva de la compatibilidad entre condiciones carcelarias y dignidad humana. Ya en esta ocasión, el Tribunal Europeo, aunque no indicó la dimensión precisa que tiene que tener la celda para respetar el artículo 3 del Convenio, identificó un problema de carácter estructural y pidió la adopción de medidas de carácter general.

Las primeras medidas fueron adoptadas a partir de 2010 mediante lo que se ha denominado “Plan cárceles”, que incluía medidas de edificación penitenciaria para la construcción, en territorio nacional, de nuevos institutos penitenciarios,⁹⁴ así como la contratación de nuevas unidades de policía penitenciaria⁹⁵ y la actuación de la decisión-marco europea en materia de traslado de extranjeros condenados.⁹⁶ Además, se adoptaron medidas para las madres detenidas⁹⁷ y para la modificación de los procedimientos de convalidación de la detención, reduciendo a la mitad los tiempos máximos (48 horas en lugar de 96), interviniendo así sobre las modalidades de custodia de manera tal que se limita el tiempo de permanencia en la cárcel.⁹⁸

⁹³ TEDH. *Sulejmanovic vs. Italia*, sentencia de 16 de julio de 2009 (Req. núm. 22635/03).

⁹⁴ Este proyecto ha sido objeto de intervención normativa con el decreto-ley 216 de 2011.

⁹⁵ Ley 199 de 2010.

⁹⁶ Decreto legislativo 16.126 de 2010.

⁹⁷ La ley 62 de 2011 ha introducido la figura de custodia atenuada para madres detenidas.

⁹⁸ Con la ley 9 de 2012, se ha convertido en el decreto-ley *vacía cárceles* (Decreto-ley 211 del 2011 sobre “Intervenciones urgentes para el combate de la tensión carcelaria determinada por la sobrepoblación carcelaria”) y ha extendido el ámbito de operatividad de la figura de la ejecución de la pena

Todas estas medidas resultaron insuficientes para resolver el problema y, por ello, el Tribunal Europeo pronunció la sentencia piloto *Torreggiani*,⁹⁹ estableciendo que la medida de la celda no debe ser menor a tres metros cuadrados. De esta manera, el espacio a disposición del detenido por debajo de este límite se configuraría como un trato inhumano y degradante. Igualmente resulta violado el artículo 3 del CEDH en el caso de un detenido que, aunque tenga a su disposición un espacio superior a los tres metros, viva en condiciones particularmente aflictivas.

Para dar ejecución a la sentencia, el Gobierno italiano adoptó un Plan de Acción (presentado el 27 de noviembre de 2013) particularmente complejo, que representa un caso emblemático y de ejecución exitosa, con múltiples y articuladas medidas generales. En este contexto, las medidas adoptadas se refieren a la reducción de los ingresos y de la permanencia en las cárceles de las personas en espera de juicio y de los responsables de los delitos menos graves, así como la previsión de medidas alternativas a la detención,¹⁰⁰ la implementación de un programa de monitoreo,¹⁰¹ así como la implementación de políticas de sensibilización sobre el respeto del artículo 3 del Convenio.¹⁰²

en el domicilio prevista por la ley 199 del 2010 (aumentando de 12 a 18 meses el límite de pena de referencia).

⁹⁹ TEDH. *Torreggiani y otros vs. Italia*, sentencia de 8 de enero de 2013 (Req. núm. 43.517 y otras).

¹⁰⁰ Véase el decreto-ley 78 de 2013, convertido en la ley 94 de 2013; el decreto-ley 146 de 2013, convertido en la ley 10 de 2014, y la Ley 67 de 2014 sobre “Delegaciones al Gobierno en materia de penas privativas de la libertad personal no carcelarias y de reforma del sistema sancionatorio. Disposiciones en materia de suspensión del procedimiento con puesta a prueba y para los ilocalizables”.

¹⁰¹ Véase el programa de monitoreo “*Applicativo ASD*”, implementado por el Departamento de la administración penitenciaria que representa el sistema más avanzado de definición del conjunto de las relaciones entre detenidos y espacios de detención.

¹⁰² La administración penitenciaria ha dado instrucciones con la Circular del 18 de febrero de 2015, 58757, para llamar la atención del personal hacia las responsabilidades, también disciplinarias que derivan de posibles comportamientos, inclusive omisivos, idóneos a causar la violación del art. 3 del CEDH por no asegurar el respeto del límite de dimensión del espacio carcelario.

Asimismo, introdujo una medida jurisdiccional de carácter preventivo (art. 35 bis del ordenamiento penitenciario), que cada detenido puede usar cada vez que considere que se han verificado violaciones a sus derechos (decreto-ley 146/2013, convertido en ley 10 de 2014). A este remedio se ha agregado otro de tipo compensatorio introducido con el decreto-ley 92 de 2014, convertido con enmiendas en la ley 117 de 2014 (art. 35 ter OP).¹⁰³

3.4. El problema de los daños por transfusiones de sangre

Entre las tipologías de violaciones que se han señalado como estructurales, por su consistente número, existen casos relativos a las demandas propuestas por los sujetos con hemoglobinopatías o anemias hereditarias, hemofílicos y hemotransfundidos ocasionales afectados por transfusiones de sangre infectada o por la administración de hemoderivados infectados, así como de vacunas obligatorias, que reivindican el derecho de acceder, en condición de paridad de trato, a las compensaciones de las que se beneficiaron otras categorías de pacientes. Sobre la problemática, el Tribunal Europeo intervino con la sentencia *G.N. y otros*,¹⁰⁴ en la que se declaró la violación por parte del Estado italiano del artículo 2 del Convenio (derecho a la vida) bajo el perfil procesal, por la excesiva duración del juicio de reparación del daño promovido por demandantes afectados o portadores de talasemia, así como

¹⁰³ Existen dos tipos de remedios compensatorios: i) para los que todavía están cumpliendo una pena y han sufrido durante la detención condiciones que violan el art. 3 del CEDH, se prevé una reducción de la pena equivalente a un día por cada 10 días sufridos en condiciones inhumanas, cuando el periodo de pena por cumplir no es tal para consentir la detracción de la entera medida porcentual prevista por la violación del art. 3 del Convenio. ii) para los que han sufrido condiciones carcelarias inhumanas por una duración inferior a los 15 días o para los que han sido puestos bajo una medida cautelar en la cárcel, se prevé el pago de una indemnización equivalente a la cantidad de ocho euros por cada día de pena sufrida en condiciones inhumanas.

¹⁰⁴ TEDH. *G.N. y otros vs. Italia*, sentencia de 1 de diciembre de 2009 (Req. núm. 43134/05).

del artículo 14 (prohibición de discriminación), en conjunto con el artículo 2, por la injustificada diferencia de trato sufrida respecto a los hemofílicos o herederos de hemofílicos, destinatarios específicos de un acuerdo transactivo concluido por el Ministerio de Salud, en virtud de la ley 141 de 2003.

Al 31 de diciembre de 2013, las demandas todavía pendientes de resolución eran casi 400, pero el número de potenciales derechohabientes incluía a casi 7 000 personas. En consideración de la relevancia de la cuestión, el TEDH se ha pronunciado con la sentencia piloto *M.C. y otros*.¹⁰⁵ Los demandantes, 162 ciudadanos italianos contagiados con VIH, hepatitis B o C, debido al suministro de hemoderivados o transfusiones de sangre, recurrieron al Tribunal, lamentando que una parte de la indemnización recibida por el contagio no había sido objeto de revaluación anual en función de la inflación.

Todos los demandantes recibieron la indemnización por daños permanentes sufridos por contagio, instituida por la ley 210 de 1992, cuyo artículo 2 establece que la asignación total de la indemnización consta de dos partes: una compensación fija, sujeta a revalorización anual, y una asignación especial (IIS). Siguiendo las diferentes jurisprudencias surgidas sobre el tema de la revalorización anual del IIS, el Gobierno intervino con el artículo 2 del decreto-ley 78 de 2010, previendo expresamente como regla de interpretación auténtica el artículo 2 de la ley 210 de 1992, en cuanto a la no revalorización del IIS (art. 11, párr. 13 del decreto). El decreto-ley 78 de 2010 afirmaba, además, que las disposiciones adoptadas en virtud de un título ejecutivo que llevaba a la revalorización de la suma mencionada en el artículo 11, párrafo 13, dejaban de tener efecto a partir de la fecha de entrada en vigor del decreto (art. 11, párr. 14). La Corte Constitucional finalmente se pronunció sobre la materia con la sentencia 293 de 2011, declarando la invalidez constitucional de las disposiciones del decreto-ley por violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 3 de la Constitución, por el tratamiento discriminatorio de las personas infectadas con hepatitis.

¹⁰⁵ TEDH. *M.C. y otros vs. Italia*, sentencia de 3 de septiembre de 2013 (Req. núm. 5376/11).

De manera preliminar, el TEDH afirmó que, tras la aprobación del decreto-ley 78 de 2010 se habían producido las siguientes situaciones: a los solicitantes que habían obtenido una sentencia definitiva que reconocía el derecho a la revalorización del IIS se les había negado la revalorización, o la sentencia no había sido ejecutada; los solicitantes cuyos procedimientos para obtener la revaluación del IIS estaban pendientes a la fecha de entrada en vigor del decreto-ley habían visto sus demandas rechazadas y, finalmente, los demandantes que habían obtenido una decisión de rechazo de su solicitud de revalorización del IIS antes de la entrada en vigor del decreto-ley en cuestión habían decidido no apelar contra estas decisiones en virtud de la entrada en vigor de dicho decreto.

Teniendo en cuenta que la ley de interpretación auténtica en cuestión había intervenido en un asunto objeto de litigio a gran escala, el Tribunal consideró que se trataba de una disposición que establece los criterios que determinaron el resultado de los procedimientos pendientes y privaban de efecto las decisiones favorables a los solicitantes, implicando la interrupción de la ejecución de las decisiones que eran favorables para ellos, y privando de eficacia a cualquier apelación propuesta contra las decisiones que rechazaban las solicitudes de revalorización del IIS.

El Tribunal Europeo encontró que los elementos a su disposición, incluyendo la sentencia de la Corte Constitucional 293 de 2011, no permitían destacar que el Estado, mediante la adopción de este decreto-ley, persiguiera una finalidad diferente a la preservación de sus intereses económicos. Este propósito no podría coincidir con una “razón imperiosa de interés público”. Por tanto, el Tribunal consideró que la adopción del decreto-ley 78 de 2010 violaba el principio de preeminencia del derecho y el derecho de los demandantes a un juicio justo, y concluyó, por unanimidad, la violación del artículo 6, párrafo 1, del Convenio.

Además, el TEDH declaró la violación del artículo 1 del Protocolo Adicional núm. 1 debido a que el decreto-ley representaba “una carga anormal y excesiva” para los solicitantes y el daño a sus bienes ha asumido un carácter desproporcionado, rompiendo el justo equilibrio entre las necesidades de interés general y la protección de los derechos fundamentales de las personas. Por

último, el Tribunal señaló también la violación del artículo 14 del CEDH, en relación con el artículo 1 del Protocolo Adicional núm. 1, debido a la discriminación con respecto a otras categorías de personas comparables a los solicitantes (incluyendo aquellos dañados por las vacunas obligatorias y las personas que sufren del síndrome de talidomida) que se benefician —de acuerdo con la ley 229 de 2005— de la revalorización del IIS.

En consecuencia, el Tribunal sostuvo que el Gobierno italiano tenía que comprometerse a proporcionar medidas legales y administrativas apropiadas para la aplicación efectiva y rápida de estos derechos, en particular mediante el pago de la revalorización del IIS a todos a quienes había reconocido la indemnización prevista por la ley 210 de 1992, a partir del momento de su reconocimiento y sin tener en cuenta el hecho de que la persona en cuestión haya o no iniciado un procedimiento para su obtención. Para cumplir con esta indicación, el Estado procedió a la adjudicación a favor de las regiones y provincias autónomas de Trento y Bolzano de una contribución de 10 millones de euros para 2015, de 200 millones de euros para 2016, de 289 millones de euros para 2017 y de 146 millones de euros para 2018, para cubrir los gastos derivados del pago de las indemnizaciones a las que se refiere la ley 210 de 1992, con efectos a partir del 1 de enero de 2012 hasta el 31 diciembre de 2014, y el pago de los atrasos de la revalorización hasta el 31 de diciembre de 2011 (art. 1, párr. 186, ley 190 de 2014, *Ley de estabilidad para el 2015*), procediendo así hacia el cierre del monitoreo.

3.5. El problema de las leyes de interpretación auténtica

La orientación constante del Tribunal Europeo se encamina en el sentido de que, aunque en esencia el legislador pueda regular en materia civil los derechos que derivan de leyes en vigor con nuevas disposiciones con efectos retroactivos, el principio de legalidad y las normas en materia de debido proceso consagradas en el artículo 6 del Convenio no admiten interferencia del poder legislativo en la administración de justicia con el fin de influir en la conclusión judicial de una controversia. La única excepción a esta regla general es representada por los casos en los cuales haya

imperiosas razones de interés general, razones que tienen que ser ponderadas con los derechos individuales involucrados, para que sus titulares no sufran sacrificios desproporcionados impuestos por meras necesidades financieras y que las circunstancias alegadas para justificar medidas retroactivas sean interpretadas de manera restrictiva.¹⁰⁶

Así, el TEDH ha señalado que el principio de igualdad de armas en el proceso implica la obligación de ofrecer a cada parte una oportunidad razonable para presentar su caso en condiciones que no la coloquen en desventaja sustancial en comparación con la otra parte.¹⁰⁷ Hay varios pronunciamientos en este sentido con los que el Tribunal Europeo ha reconocido a Italia como responsable de la violación del artículo 6 del Convenio, en tres ramas de casos seriales: el caso del personal ATA, el caso de las pensiones de los trabajadores en Suiza y el caso de los exempleados del Banco de Nápoles.

¹⁰⁶ Véanse las sentencias, TEDH. *Lilly France vs. Francia*, sentencia de 14 de octubre de 2003 (Req. núm. 53.892/00); *Scordino vs. Italia* (núm. 1), *cit.*; TEDH. *SCM Scanner de l'Ouest Lyonnais y otros vs. Francia*, sentencia de 21 de junio de 2007 (Req. núm. 12.106/03); *Bortesi vs. Italia*, sentencia de 10 de junio de 2008 (Req. núm. 71.399/01); *Maggio y otros vs. Italia*, sentencia de 31 de mayo de 2011 (Req. núm. 46.286/09 y otras); *Agrati y otros vs. Italia*, sentencia de 7 de junio de 2011 (Req. núm. 43.549/08 y otras); *Arras vs. Italia*, sentencia de 14 de febrero de 2012 (Req. núm. 17.972/07), y *De Rosa y otros vs. Italia*, sentencia de 11 de diciembre de 2012 (Req. núm. 52.888/08).

¹⁰⁷ En plena adhesión a estos principios, la Corte Constitucional ha declarado que el efecto retroactivo de las leyes innovadoras, prohibición que no ha sido elevada a rango constitucional, salvo en materia penal, siempre debe estar justificada en el plano de lo razonable, a fin de que no sea incompatible con otros valores e intereses constitucionalmente protegidos, que son, en efecto, aras de un interés público en el sentido del CEDH. Entre los límites generales al efecto retroactivo de las leyes relativas a la protección de los principios constitucionales y otros valores de civilidad jurídica, se incluyen, además del principio general anteriormente citado de razonabilidad, que se refleja en la prohibición de introducir un trato desigual injustificado, la protección de la certeza legítimamente surgida en las personas como principio inherente al estado de derecho, en particular mediante la consolidación de situaciones sustantivas, coherencia y seguridad del sistema jurídico, el respeto a las funciones constitucionales reservadas al poder judicial. Corte Constitucional, sentencia 170 de 2013.

3.5.1. El caso del personal ATA

El contencioso en análisis se origina cuando la ley 124 de 1999 dispuso el cambio de adscripción del personal ATA (auxiliar-técnico y administrativo escolar) en servicio en instituciones educativas de entes locales al Estado. Según el artículo 8 de la ley 124, la antigüedad del servicio que el personal ATA había acumulado cuando su patrón era todavía el gobierno local se reconocía a fines jurídicos y económicos. Sin embargo, el Ministerio de Educación les atribuía una antigüedad ficticia, ya que su tratamiento económico no se calculaba en función del periodo cumplido trabajando para los entes locales hasta el 31 de diciembre de 1999, como imponía el contrato colectivo a ellos aplicable. En realidad, se convertía en la retribución obtenida durante el periodo en que el patrón era el Gobierno local hasta el 31 de diciembre de 1999 en años de antigüedad. Esto implicaba que su retribución anual se veía reducida porque se quitaban todas las prestaciones accesorias que habían cobrado de forma estable hasta el 31 de diciembre de 1999.

Para hacer frente a los distintos recursos presentados en los cuales los demandantes pedían el reconocimiento jurídico y económico de la antigüedad de servicio cumplida durante su periodo de trabajo bajo los entes locales de procedencia, así como el pago de la diferencia de la retribución a partir del 1 de enero de 2000, y para evitar que los tribunales nacionales siguieran dando la razón a los solicitantes, el Estado aprobó la ley 266 de 2005 (*Ley financiera para el 2006*), cuyo artículo 1, párrafo 218, aclaraba que para que el personal de los entes locales en servicio en las instituciones educativas, transferido a funciones administrativas y técnicas a nivel estatal, mantuviera una posición salarial igual o inmediatamente inferior al tratamiento anual en vigor al 31 de diciembre de 1999, tenía que respetar los perfiles profesionales —tanto jurídicos como económicos— de las correspondientes funciones estatales. Cualquier diferencia entre la posición salarial asignada y el tratamiento anual previsto por ley tenía que ser dada *ad personam*. El artículo 1 de la ley 266 de 2005, que excluía de su ámbito de aplicación solamente las decisiones judiciales firmes, fijaba de manera definitiva y retroactiva los términos de la discusión pendiente frente a los tribunales, y dado que las

acciones propuestas por todos los solicitantes ante los tribunales nacionales estaban pendientes en el momento de la promulgación de la ley en cuestión, las controversias no se analizaron en el fondo, ya que los jueces se limitaron a aplicar lo dispuesto por el artículo 1, párrafo 218, de la ley 266.

Varias fueron las demandas presentadas al Tribunal Europeo en las cuales se alegaba la violación del artículo 6 del Convenio, ya que la entrada en vigor de la ley 266 había afectado de manera grave el derecho a un debido proceso de los solicitantes. Asimismo, los recurrentes lamentaban una fuerte pérdida económica, debido a que la decisión del Gobierno italiano de no reconocerles el mismo tratamiento económico que tenían antes del cambio de adscripción se justificaba solo con razones de carácter financiero propias del Estado. La defensa de este último se fundamentaba, en cambio, en la necesidad de resolver una imperfección técnica de la ley 124 de 1999 que había dispuesto el cambio de adscripción sin prevenir situaciones discriminatorias que se habían creado entre empleados estatales y empleados locales.

El TEDH, con la sentencia *Agrati y otros*,¹⁰⁸ rechazó la argumentación desarrollada por el Gobierno italiano en su defensa, observando cómo las supuestas razones imperativas de interés público invocadas también por la Corte Constitucional en la sentencia 311 de 2009 (con la que había declarado no fundada la cuestión de legitimidad de la norma de interpretación auténtica y que resultarían de la necesidad de resolver una imperfección técnica de la ley 124 de 1999 y de prevenir la creación de situaciones discriminatorias entre los empleados del Estado y los de los entes locales) no eran convencionalmente aceptables, ya que en realidad el Estado había adoptado la ley de interpretación auténtica lesiva de los derechos de los demandantes después de cinco años.

Por tanto, el argumento utilizado por el Gobierno en el sentido de que había un vacío legal que llenar no convenció al Tribunal, que consideró que el objetivo del Gobierno era, en realidad, solo proteger el interés financiero del Estado disminuyendo el número de procedimientos pendientes frente a los tribunales na-

¹⁰⁸ TEDH. *Agrati y otros vs. Italia*, cit.

cionales. Por tanto, el TEDH consideró la norma adoptada por el Gobierno como una interferencia convencionalmente ilegítima y no proporcional. A los pronunciamientos sobre esta temática del TEDH¹⁰⁹ se ha dado ejecución en vía jurisprudencial, en particular mediante pronunciamientos de la Corte de Casación.¹¹⁰

3.5.2. *El caso de las pensiones de los trabajadores en Suiza*

Los aproximadamente 350 casos relativos a las pensiones de los trabajadores en Suiza se refieren al problema de la evaluación del periodo de empleo de los ciudadanos italianos en dicho país (basado en una específica convención), en relación con su impacto en el cálculo de la pensión que el artículo 5, párrafo 6, de la ley 296 de 2006 (Ley presupuestaria para 2007) impuso para calcularla retroactivamente, de acuerdo con las correcciones aplicadas por el Instituto Nacional de Providencia Social (INPS) para evitar una sobrevaloración del periodo.¹¹¹ En aplicación de su jurisprudencia consolidada según la cual el legislador puede regular,

¹⁰⁹ Sobre esta temática, el TEDH ha reconocido la responsabilidad de Italia en muchos casos, además de *Agrati y otros vs. Italia*, sentencia de 14 de enero de 2014 (Req. núm. 39.180/08 y otros); *Biasucci y otros vs. Italia*, sentencia de 25 de marzo de 2014 (Req. núm. 3.601/08); *Bordoni y otros vs. Italia*, sentencia de 13 de mayo de 2014 (Req. núm. 6.069/09); *Peduzzi y Arrighi vs. Italia*, sentencia de 13 de mayo de 2014 (Req. núm. 18.166/09); *Caponetto vs. Italia*, sentencia de 13 de mayo de 2014 (Req. núm. 61.273/10); *Caligiuri y otros vs. Italia*, sentencia de 9 de septiembre de 2014 (Req. núm. 657/10), y *Marino y Colacione vs. Italia*, sentencia de 13 de mayo de 2014 (Req. núm. 45.869/08).

¹¹⁰ En particular, la Corte de Casación ha reconocido que los casos del personal ATA deben decidirse verificando cada caso en concreto. En este sentido véase Corte de Casación, Sección Laboral, 20.980, de 12 de octubre de 2011, y Sección Laboral, 8.649, de 30 de mayo de 2012 en la que dejó claro que, para efectos de la clasificación en los roles ministeriales, se debe calcular el tratamiento global recibido por los empleados ATA en 1999 en los entes locales.

¹¹¹ Véase TEDH. *Stefanetti y otros vs. Italia*, sentencia de 15 de abril de 2014 (Req. núm. 21.838/10 y otros); *Cataldo y otros vs. Italia*, sentencia de 24 de junio de 2014 (Reqs. núms. 54.425/08 y otros), y *Biraghi y otros vs. Italia*, sentencia de 24 de junio de 2014 (Reqs. núms. 3.429/09 y otros).

incluso mediante nuevas disposiciones con efectos retroactivos, los derechos que derivan de normas vigentes, pero sin que se produzca una influencia del poder legislativo en la administración de justicia para determinar el éxito de un litigio en curso, el Tribunal Europeo declaró que el artículo 5, párrafo 6, de la ley 296 de 2006 violaba el artículo 6, párrafo 1, del Convenio Europeo.

Así como en el caso del personal ATA, en el cual el artículo 1, párrafo 218, de la ley 266 de 2005 excluía de su ámbito de aplicación las sentencias firmes, también la disposición en cuestión de la ley 296 de 2006 excluía expresamente de su ámbito de aplicación las sentencias irrevocables, determinando así retroactivamente los términos de las controversias pendientes en el momento de su entrada en vigor ante los tribunales ordinarios, lo cual alteraba permanentemente el resultado de los litigios pendientes en violación del artículo 6 del CEDH.

Para dar ejecución a las sentencias del TEDH, el INPS hizo una evaluación de los efectos financieros de dichas sentencias en relación con la posición de los pensionistas italianos que habían trasladado la contribución básica de seguridad social pagada en Suiza. En esencia, se calcula la diferencia entre las cantidades efectivamente recibidas y las que se obtendrían si no hubiera intervenido la regla de interpretación censurada por el Tribunal. Esto con el fin de formular una oferta básica para llegar a una solución amistosa de las controversias, especialmente a la luz del número significativo de casos (unos centenares) aún pendientes en la materia.

3.5.3. El caso de los exempleados del Banco de Nápoles

Por último, la controversia de los exempleados del Banco de Nápoles¹¹² se refiere a más de 900 casos de empleados (*posti in*

¹¹² Véase, entre otros casos: TEDH. *Casacchia y otros vs. Italia*, sentencia de 15 de octubre de 2010 (Reqs. núms. 23.658/07, 24.941/07 y 25.724/07); *Natale y otros vs. Italia*, sentencia de 15 de octubre de 2010 (Req. núm. 19.264/07), y *Arras y otros vs. Italia*, sentencia de 14 de febrero de 2012 (Req. núm. 17.972/07).

quiescenza) antes del 31 de diciembre de 1990, cuando el sistema de prestaciones de jubilación previsto en la ley 486 de 1985 (más favorable que la de los otros registrados al seguro general obligatorio) les permitió recibir un mecanismo de compensación anual adecuado a los aumentos salariales del personal en servicio, con el mismo nivel de remuneración.

Tras la reforma sobre la privatización del sector bancario operada por la ley 218 de 1990 (cd. *Ley Amato*), que había dado lugar a la supresión del más favorable régimen de pensiones y la inscripción de los empleados del Banco de Nápoles a un nuevo sistema de providencia social que era parte del seguro general obligatorio del INPS, la institución bancaria, a raíz de una interpretación extensiva del nuevo marco regulador establecido con las leyes 503 de 1992 y 421 de 1992, había tratado de suprimir el sistema de igualdad de la compañía contra los que ya se habían retirado, lo que redujo su adecuación al simple aumento con base en el costo de vida, con significativa pérdida económica para los afectados.

Lo que siguió fue un gran contencioso general cuyo resultado, en un primer momento, fue ampliamente favorable a los pensionistas y que fue posteriormente anulado por una norma de interpretación auténtica, con efecto retroactivo a partir de 1992 (art. 55, párr. 1, ley 234 de 2004). Las demandas de los recurrentes presentadas contra el Banco de Nápoles se definieron de manera desfavorable hacia ellos tanto por la Corte Constitucional —que había declarado no fundada la cuestión de legitimidad constitucional de esta norma interpretativa con referencia a los artículos 3 (principio de igualdad), 102 (función de la magistratura) y 111 (debido proceso) de la Constitución italiana—¹¹³ como por la Corte de Casación, en aplicación de la citada ley de interpretación auténtica.¹¹⁴ Ante el TEDH, los solicitantes denunciaron como discriminatorio el cambio *en peius* de la disciplina citada, en contraste con los artículos 6, párrafo 1 (derecho a un juicio justo), 14 (prohibición de discriminación) y 1 del Protocolo Adicional núm. 1 (derecho a respeto de los bienes) del CEDH, también en relación con la retroactividad de la norma abrogativa.

¹¹³ Corte Constitucional, sentencia 362 de 2008.

¹¹⁴ Corte de Casación Civil, Secciones Unidas, 9.023, de 3 de julio de 2001.

En cuanto a las medidas generales, están en marcha iniciativas a nivel interministerial para reglamentar las controversias pendientes en la materia, incluyendo el uso del instrumento de la oferta (declaración) unilateral previsto por el artículo 62 bis del Reglamento de la Corte.

4. CONCLUSIÓN

Del análisis desarrollado en el presente trabajo resulta evidente cómo, por mucho tiempo, el ordenamiento italiano no ha dado cumplimiento ni a las disposiciones del Convenio Europeo ni a la interpretación que de ellas ha realizado el Tribunal Europeo. Esta desatención se nota tanto en la actividad interpretativa y aplicativa de los jueces como en la actividad normativa del legislador que no ha cumplido, sino con graves demoras, la obligación de conformarse a las sentencias del TEDH que declaraban la violación de uno o más de los derechos del CEDH.

Importantes son los avances que se han logrado a lo largo de los años. En primer lugar, estos avances se deben a la *Ley Az-zolini*, que ya desde sus primeras aplicaciones se mostró como un remedio positivo en la individuación y adopción de medidas generales e individuales para conformar el sistema normativo a las sentencias europeas. Pero también hay que reconocer el esfuerzo del legislador en la adopción tanto de remedios de tipo reparatorio/resarcitorio (aunque en muchas ocasiones se hayan mostrado inadecuados) como de remedios de tipo preventivo.

En particular, por lo que se refiere al caso más problemático, el que derivaba de la duración irrazonable de los procesos, las medidas aprobadas con el Plan extraordinario adoptado por el Gobierno y que prevé la colaboración de las diferentes instituciones involucradas (entre estas el Ministerio de Justicia y el Banco de Italia) ha estado produciendo los efectos previstos, en términos de eliminación del retraso, de reducción de la deuda derivada de las condenas por justa reparación y de aceleración del pago de la indemnización. Las consecuencias de estos avances se registran en términos del significativo aumento de las decisiones de desestimación del registro: la aplicación del Plan de reducción

del contencioso serial *Pinto* ha llevado al cierre de más de 7 000 demandas por la demora en el pago de la indemnización *Pinto* y que ha visto los primeros resultados concretos en términos de cancelación del registro durante el 2015 (con 45 declaraciones unilaterales y 17 soluciones amistosas).¹¹⁵

Además, la aplicación de las disposiciones en materia de proceso civil telemático está contribuyendo a reducir la posibilidad de la duración excesiva de los procedimientos. Actualmente se está discutiendo en el Parlamento un proyecto de ley¹¹⁶ que contiene algunas disposiciones con el objetivo de mejorar la eficiencia del juicio civil (modificando el CPC).

La modificación tiene dos objetivos: *a*) la comprensibilidad del proceso de forma tal que “las partes deben saber, al menos en abstracto y con un pronóstico razonable, que ganarán o perderán”, y *b*) la velocidad, porque el proceso debe resolver una disputa en curso con una decisión actual y no con el epitafio de una disputa que ya no existe. Como consecuencia, los lineamientos fundamentales de la reforma se concentran en la especialización de la oferta de justicia, mediante la ampliación de la competencia de las secciones actualmente especializadas en materia de empresas, el establecimiento del tribunal de la familia y de la persona; la racionalización de los términos procesales y la simplificación de los procesos, la mayor celeridad del juicio de casación mediante un mayor uso de los procedimientos en la cámara del consejo, y la adaptación de las reglas procesales al proceso civil electrónico.

De acuerdo con las estadísticas del Ministerio de Justicia, el número de procedimientos definitivos en su totalidad, en el trienio 2012-2015, ha sido de forma constante superior al número de procedimientos registrados (+5.32% en el periodo 2012-2013;

¹¹⁵ TEDH. *Agresti y otros vs. Italia*, sentencia de 19 de marzo de 2015 (Reqs. núms. 44040/11 y otras 68). Son 69 demandas con pluralidad de partes en las que el TEDH ha pronunciado decisiones de desestimación debido a solución amistosa o declaración unilateral que juzga apropiada, tanto en expropiación (en total, 7 reglamentos amistosos) como en materia de compensación *Pinto* (en total 45 declaraciones unilaterales y 17 regulaciones amistosas).

¹¹⁶ AC Núm. 2953-AS2284.

+2.89 en el periodo 2013-2014, y +8.87% en el periodo 2014-2015).¹¹⁷ Además, según lo informado por la Secretaría General de la Administración de Justicia, desde el 2000 la situación del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos regionales registró una tendencia positiva en relación con el número de recursos decididos y el número de recursos iniciados, con un balance positivo que erosiona progresivamente su acumulación.

Estos recursos, que han integrado las medidas estructurales indicadas anteriormente, se han traducido en una disminución importante —y también continúa— de la población detenida, con el correspondiente aumento del espacio per cápita disponible. Así, dichos recursos fueron considerados adecuados por el TEDH y condujeron al pronunciamiento de numerosas decisiones de inadmisibilidad de los casos presentados en materia de condiciones de detención en prisión, por falta de agotamiento de los recursos internos.

Resulta por tanto evidente cómo las medidas adoptadas han producido resultados significativos que indican una regresión de la tendencia del constante aumento de los asuntos pendientes y de la duración de los juicios que por décadas ha caracterizado en forma negativa la evolución de la justicia italiana.

BIBLIOGRAFÍA

BATES, Ed, *The evolution of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

GUZZAROTTI, Andrea, “Bilanciamenti e fraintendimenti: ancora su Corte costituzionale e CEDU”, *Quaderni costituzionali*, núm. 3, 2010.

GUZZAROTTI, Andrea y COSSIRI, Angela, “L’efficacia in Italia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo secondo la prassi più recente”, *Rassegna dell’Avvocatura dello Stato*, núm. 4.1, 2006.

¹¹⁷ Actualmente no se encuentran disponibles los datos del periodo 2016-2017.

- MILANI, Giammaria y SPIGNO, Irene, “Reflexiones sobre la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley Electoral: ¿Qué consecuencias tiene para el sistema democrático italiano?”, en PENAGOS LÓPEZ, Pedro Esteban (ed.), *Seguridad jurídica en el sistema democrático*, México, Tirant lo Blanch, 2014.
- MIRATE, Silvia, “La Convención europea de los derechos del hombre y los tribunales nacionales. Corte de Casación y Consejo de Estado a confronto”, ROLLA, Giancarlo (coord.), *El sistema europeo de protección de los derechos fundamentales y los rapporti tra las jurisdicciones*, Milán, Giuffrè, 2010.
- RAIMONDI Guido, “Nuevas disposiciones en materia de ejecución de las sentencias de la Corte europea: una buena ley”, *I derechos del hombre. Crónicas y batallas*, núm. 1, 2006.
- RANDEZZO, Barbara, “Tribunales comunes y Corte europea de los derechos”, *Revista de Derecho Público Comunitario*, núm. 6, 2002.
- , *Justicia constitucional supranacional. La Corte europea de los derechos del hombre*, Milán, Giuffrè, 2012.
- SACCUCCI, Andrea, “La entrada en vigor del Protocolo n. 14 y las nuevas reglas procesales para su aplicación”, *Derechos humanos y derecho internacional*, núm. 4, 2010.
- TANZARELLA, Palmira, “El “caso Dorigo”, paradigma de los rapporti ordinamentales entre Roma y Estrasburgo”, *Studium iuris*, núm. 3, 2012.

PARTE 2
América Latina

La implementación de las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos contra Chile*

Judith Schönsteiner**

1. INTRODUCCIÓN

Desde el retorno a la democracia, Chile responde a un compromiso de política exterior de honrar sus obligaciones internacionales. Dado este contexto puede sorprender que, desde que el país ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en 1990,¹ la implementación de las decisiones del Siste-

* Publicado con permiso de la *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, donde apareció una versión anterior de este estudio que fue actualizada para esta publicación. Véase Schönsteiner, Judith y Couso, Javier, “La Implementación de las Decisiones de los Órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Chile: Ensayo de un Balance”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 22, núm. 2, 2015, pp. 315-355. La investigación inicial fue posible gracias al apoyo de Conicyt, a través del proyecto Fondecyt núm. 1120909, liderado por Javier Couso. Agradecemos la valiosa y excelente labor de nuestros ayudantes, Tamara Carrera, Matías Miranda y Dobra Lusic Morales, así como el apoyo de Belén Saavedra, Cristina Molinos, Francisca Pino, Rafael Pérez y María Gabriela Valenzuela. Agradezco además, comentarios muy valiosos de Marcela Zúñiga.

** Profesora asociada de Derecho Internacional Público en la Universidad Diego Portales, Chile, e investigadora de su Centro de Derechos Humanos. Ph.D. y LL.M. por la Universidad de Essex, M.A. por la Universidad Johannes Gutenberg, Mainz..

¹ CADH, adoptada el 22 de noviembre de 1969.

ma Interamericano de Derechos Humanos (el Sistema) deje que desear, a pesar de ser uno de los Estados con mejor registro de cumplimiento de la región. En efecto, si bien el ejecutivo ha mostrado, en general, una buena disposición a cumplir cabalmente con las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en no pocas ocasiones se ha enfrentado con la resistencia de la Corte Suprema hacia el Sistema, o con la indiferencia de una parte sustantiva de los miembros del Congreso a la hora de dar curso a la implementación de medidas legislativas ordenadas por la Corte IDH.

Anteriormente, los incumplimientos anotados han sido documentados por Alexandra Huneus, quien ha mostrado cómo la judicatura nacional en varias ocasiones no ha acatado decisiones de órganos jurisdiccionales de derechos humanos regionales, así como el hecho de que el poder legislativo no siempre cumple con lo ordenado por los anteriores.² Este análisis se confirma para años posteriores. En la presente contribución se propone agregar un punto de vista adicional al examinar los nuevos mecanismos estatales que existen para dar cumplimiento a las órdenes y recomendaciones interamericanas.

En todo caso, cabe precisar que este artículo no profundizará en el control de convencionalidad establecido por la Corte IDH en los casos *Almonacid Arellano y otros*³ y *Atala Riffo y Niñas*,⁴ ya

² Huneus, Alexandra, “Courts resisting courts: Lessons from the Inter-American Court’s struggle to enforce human rights”, *Cornell International Law Journal*, vol. núm. 44, 2011, pp. 494-533, 504-517; también, Huneus, Alexandra, “Rejecting the Inter-American Court: Judicialization, national courts and regional human rights”, en Couso, Javier *et al.* (eds.), *Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 121-123. Una revisión descriptiva también en Campusano, Raúl y Aguayo Macarena, “Chile y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: cumplimiento de sentencias”, *Revista Actualidad Jurídica*, núm. 28, 2013, pp. 351-382.

³ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, párr. 124.

⁴ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239, párrs. 282 y 284.

que ello escapa al foco de esta contribución. Sin embargo, ha sido discutido en múltiples trabajos de doctrina⁵ y es analizado, en el contexto de implementación, diferenciando la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en general (en virtud de los arts. 1.1 y 2 de la CADH) y la implementación de las sentencias y decisiones de los órganos de supervisión.

El trabajo se encuentra organizado de la siguiente forma: en primer lugar, pasamos revista a lo que el derecho internacional espera de los Estados. Enseguida, se describe la institucionalidad que rige la implementación de las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos en Chile, para luego estudiar la implementación de las decisiones de la CIDH y de la Corte IDH. Este análisis abarcará las respuestas de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Finalmente, se concluye con un análisis de la hipótesis central del trabajo, a saber, que los órganos del Estado chileno encuentran obstáculos institucionales y administrativos en el proceso de implementación de las decisiones del Sistema Interamericano, pero que ellos han sido, generalmente, superados. Al mismo tiempo, se demuestra que la falta de implementación está cruzada por factores temáticos que se podrían deber a resistencias políticas más que administrativas. Así, son tres los ámbitos en los cuales hay mínimo avance de implementación: la derogación del decreto-ley de amnistía por el Parlamento,⁶ la reforma de la justicia militar (a pesar de un avance puntual en temas de tortura), y los derechos de los pueblos indígenas en relación con el reconocimiento y la participación política y anteproyectos de inversión de terceros en sus territorios. Quedará por ver si a estas temáticas se suman asuntos de diversidad sexual como el matrimonio igualitario.

⁵ Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *op. cit.*, Voto disidente del Juez Alberto Pérez Pérez. Para una revisión de doctrina y jurisprudencia en relación con Chile véase Schönsteiner, Judith y Zúñiga, Marcela, “Complying, but only when told so”, en Grote, Rainer *et al.*, *Research Handbook on Compliance in International Human Rights Law*, Cheltenham, 2019, (a publicarse), y Henríquez, Miriam y Núñez, José Ignacio, *Control de Convencionalidad en Chile. Un Soliloquio en “el laberinto de la Soledad”*, Santiago, DER Ediciones, 2017.

⁶ Decreto-ley 2191, de 19 de abril de 1978, que Concede Amnistía a las personas que indica por los delitos que señala.

2. LAS EXPECTATIVAS
DEL DERECHO INTERNACIONAL

El derecho internacional es preciso en la determinación de su relación con el derecho interno de los Estados. Como lo señalan el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT)⁷ y el artículo 32 del Proyecto sobre Responsabilidad Internacional de los Estados,⁸ un país no puede invocar su derecho interno para justificar el incumplimiento de una obligación de derecho internacional.⁹ Consecuentemente, si el derecho interno —o la aplicación del mismo— lleva al incumplimiento de una norma o de una orden vinculante de carácter internacional, el Estado incurre en responsabilidad. Esto último puede ocurrir producto de, por ejemplo, la jerarquía que se asigna a los tratados internacionales, por la aplicación del principio *lex posterior derogat anteriorem*, o por la interpretación del derecho internacional dentro del marco constitucional, administrativo, penal o de derecho privado del Estado de que se trate. También puede ocurrir a partir de la aplicación incorrecta de normas que, en principio y formalmente, están conformes con el derecho internacional.

Así, el derecho internacional no distingue si el incumplimiento se genera por error, por actuación dolosa de un funcionario, o por el orden constitucional o legal interno de un Estado. Simplemente constata el incumplimiento de las obligaciones internacionales.

El derecho internacional general no impone la manera específica mediante la cual se tendrá que incorporar el derecho internacional ni de qué forma se tendrá que cumplir, a menos que exija directamente obligaciones de proceso (y no de resultado). No obstante, los artículos 4 y 5 del Proyecto sobre Responsabilidad Internacional del Estado estipulan que cualquier órgano de

⁷ CVDT, adoptada el 23 de mayo de 1969.

⁸ Proyecto de Artículos de la Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente ilícitos, adoptado por la Asamblea General de la ONU en 2001, elaborados por la Comisión de Derecho Internacional.

⁹ Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of –Treaties*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 369 y ss.

la administración pública —incluso entidades privadas encargadas de proporcionar servicios públicos— puede, por sus acciones u omisiones, hacer incurrir al Estado en responsabilidad.¹⁰ Esto vale también para casos de falta de regulación o fiscalización de actividades de terceros en materia de derechos humanos. Adicionalmente, hay que hacer notar que cuando un Estado viola una norma de derecho internacional se requiere la inmediata cesación de la violación, así como la implementación de medidas de reparación como garantías de no repetición, restitución, compensación y satisfacción.¹¹

Si bien los modos de terminar con el incumplimiento y la forma que adopten las garantías de no repetición pueden estar sujetos a la discreción del Estado (a menos que un tribunal internacional los haya especificado), para el derecho internacional es claro que un Estado no debe transgredir sus obligaciones como consecuencia de la forma en que su derecho nacional incorpora el derecho internacional, ni por las dificultades u obstáculos que surjan de la estructura de su derecho o administración. En definitiva, no puede invocar su derecho interno para incumplir una obligación internacional (art. 27 CVDT).

Esto aplica también a la actividad interpretativa de los órganos internos: si la prerrogativa de interpretación resulta en una violación de una obligación internacional, se genera responsabilidad internacional del Estado incluso si el órgano fuera la máxima autoridad del país —el guardián de la Constitución— y actuará completamente conforme a su mandato.

También cabe destacar que el derecho internacional reconoce una diferencia entre órdenes de un tribunal internacional, como la Corte Interamericana, y las recomendaciones de los otros órganos internacionales de derechos humanos, como la CIDH o el Comité de Derechos Humanos de la Organización

¹⁰ Crawford, James, *Los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad internacional del Estado: introducción, texto y comentario*, Madrid, DYKINSON, 2004, p. 132.

¹¹ Proyecto de artículos de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente ilícitos, arts. 39-46. Véase también Crawford, James, *op. cit.*, p. 138.

de las Naciones Unidas (ONU). Siendo esto así, para el Estado no debería significar mayor diferencia esta distinción, ya que su obligación emana directamente del tratado (en ese caso, la de “respetar y garantizar a los derechos humanos”, art. 1.1 CADH) y no solamente de la orden/decisión del órgano de supervisión, cuyo fallo o determinación podríamos denominar como recordatorio de una obligación ya existente. Considerando además que si un Estado incumple las recomendaciones de la CIDH, esta puede remitir el caso ante la Corte IDH,¹² es claro que el Estado podría evitarse —basado en una argumentación funcionalista— la exposición a un juicio internacional y sus costos, al implementar directamente las decisiones de la Comisión Interamericana.

Finalmente, desde la perspectiva del derecho interno, el modo de incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos tiene importantes falencias que han sido discutidas en la literatura y no requieren análisis aquí. Principalmente, se identifican los siguientes problemas e indefiniciones:

1. La incorporación del artículo 5 inciso 2 de la Constitución no determina explícitamente la jerarquía que adoptarían los tratados en relación con el derecho interno.¹³
2. El Tribunal Constitucional considera que la jerarquía es supralegal, pero infraconstitucional, por lo que se generarán, automáticamente, conflictos con el artículo 27 de la CVDT.¹⁴
3. El derecho constitucional no tiene normas de interpretación para el derecho internacional de los derechos humanos, y la práctica de interpretación demuestra que solo algunos ministros de los tribunales superiores siguen las reglas de derecho internacional consagradas en los artículos 31 y 32 de la CVDT y las normas especiales, como

¹² Art. 45 del Reglamento de la CIDH, aprobado por la Comisión en su 137° periodo ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009; y modificado el 2 de septiembre de 2011 y en su 147° periodo ordinario de sesiones, celebrado del 8 al 22 de marzo de 2013, para su entrada en vigor el 1 de agosto de 2013.

¹³ Véase, para un resumen del debate, Schönsteiner, Judith y Couso, Javier, *op. cit.*, pp. 315-355.

¹⁴ *Idem.*

el artículo 29 de la CADH. Por esta razón, en muchas ocasiones,¹⁵ la interpretación por parte de los órganos internos no coincide con la de los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos.

4. Con la determinación de ciertas normas como “no auto-ejecutables” el Tribunal Constitucional introdujo, vía jurisprudencia, una figura de doctrina comparada (*non-self-executing norms* de la doctrina estadounidense) a la interpretación constitucional interna que no se condice con un sistema dualista como el chileno, y conlleva la no aplicación de numerosas normas internacionales, especialmente del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

3. LA INSTITUCIONALIDAD DE IMPLEMENTACIÓN DE LAS DECISIONES DE ÓRGANOS JURISDICCIONALES INTERNACIONALES EN CHILE

En Chile no existe una norma constitucional que obligue a hacer efectiva —en el proceso legislativo— la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención Americana. En este sentido, cabe señalar que la disposición constitucional referente a los derechos humanos como límite de la soberanía (art. 5, inc. 2) no cuenta con un mecanismo automático de revisión de las iniciativas legislativas para analizar su conformidad con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Tampoco existe una norma constitucional o legal que prevea los pasos (administrativos, legislativos o judiciales) que el Estado deba seguir para cumplir con un fallo internacional. Considerando que, como veremos, la mayoría de las medidas sin cumplir involucran al Parlamento, se debería considerar una reforma que obligue al Congreso a adoptar legislación ordenada por tribunales internacionales.¹⁶

¹⁵ Schönsteiner, Judith, “El derecho internacional de los derechos humanos en el Tribunal Constitucional chileno: El mínimo común denominador”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, año 29, vol. 1, 2016, pp. 197-226, y Schönsteiner, Judith y Zúñiga, Marcela, *op. cit.*

¹⁶ Así propuesto por Schönsteiner, Judith y Couso, Javier, *op. cit.*

La institución chilena a cargo de la implementación de las decisiones internacionales en materia de derechos humanos es, desde 2017, la Subsecretaría de Derechos Humanos.¹⁷ Dicha institución asumió, entre otras funciones —como la propuesta y coordinación de políticas públicas transversales de derechos humanos y la adopción de un Plan Nacional de Derechos Humanos—,¹⁸ la tarea de dirigir un Comité Interministerial que coordinará la referida implementación. El Ministerio de Relaciones Exteriores participa del nuevo Comité Interministerial (aunque no lo presidiría como lo hizo en la institución anterior,¹⁹ sino en el cuarto orden de prelación). El nuevo Comité es más pequeño que el anterior, excluyendo del derecho a voto a toda entidad con rango inferior al ministerial, pero cuenta con la posibilidad de convocar a estos órganos técnicos. Es importante mencionar que también participa el Ministerio que coordina la agenda legislativa.

Si bien podría esperarse que el nuevo Comité que se propone en el proyecto que crea una Subsecretaría de Derechos Humanos sea más eficiente que la institución anterior —ya que se tomarán las decisiones a un nivel más alto—, habrá que evaluar en el futuro si el Comité se constituye en un enlace eficaz con las agencias que estarán encargadas de la implementación de potenciales fallos adversos (Gendarmería, el Ministerio Público, la CONADI, la Defensoría Penal Pública, el Ministerio de Medioambiente o

¹⁷ Ley 20.885 que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y adecúa la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia, promulgada el 16 de diciembre de 2015.

¹⁸ Publicado en diciembre de 2017, <http://planderechoshumanos.gob.cl>. Pendiente toma de razón por parte de la Contraloría de la República, entrevista por correo electrónico a la subsecretaria Lorena Recabarren, de 31 de julio de 2018. El Plan Nacional de Derechos Humanos se construyó a partir de recomendaciones del INDH y de los comités de derechos humanos de las Naciones Unidas que tienen competencia para Chile. Es el primer instrumento de políticas públicas que sigue, estrictamente, una metodología de implementación de recomendaciones internacionales. Véase también, para una discusión, Schönsteiner, Judith, “Empresas y Derechos Humanos: Plan de Acción Nacional sobre Derechos Humanos y Empresas y Plan Nacional de Derechos Humanos”, en Vial, Tomás (ed.), *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, Ediciones UDP, 2018, (a publicarse), y Schönsteiner, Judith y Zúñiga, Marcela, *op. cit.*

¹⁹ Ministerio de Relaciones Exteriores, D.L. 323 de 6 de diciembre de 2006.

Fonasa) en los casos que se encuentran actualmente pendientes en el Sistema, como el caso *Comunidad Diaguita de los Huascoalinos*²⁰ o el caso *Chusmiza Usmagama*,²¹ pero también en la implementación de fallos recientes como *Poblete Vilches y otros*²² y futuros, como el de María Laura Órdenes Guerra.

Al contrario de lo que ocurre con las decisiones de la Corte IDH, las decisiones de la CIDH no se entienden como directamente ejecutables en el ordenamiento interno. Para cumplir con ellas, se buscan soluciones *ad hoc* con las agencias u órganos competentes, por ejemplo, recomendando a la víctima iniciar una demanda contra el Estado por pago de la indemnización que posteriormente termine en un acuerdo extrajudicial previsto por el derecho interno, como en el caso *Alejandra Marcela Matus Acuña y otros*, o firmar un acuerdo con la ONU, como en el caso *Carmelo Soria Espinoza*.²³

Si no se logran superar los desafíos internos para la implementación de las recomendaciones, se corre el riesgo de que transcurra el plazo establecido por la CIDH²⁴ y que el caso sea enviado a la Corte IDH.²⁵ Para las soluciones amistosas —que se deberían entender como vinculantes y ejecutables, porque constituyen un acuerdo entre partes avalado por la CIDH—, no está claro si en el Estado existe la convicción de que tienen un estatus diverso al de una recomendación de la CIDH. Hubo señales durante el segundo gobierno de Michelle Bachelet de avanzar con

²⁰ CIDH. Informe 141/09 (admisibilidad). Petición 415-07. Comunidades Agrícola Diaguita de los Huascoalinos y sus miembros, de 30 de diciembre de 2009.

²¹ CIDH. Informe 29/13 (admisibilidad). Petición 1288-06. Comunidad indígena Aymara de Chusmiza-Usmagama y sus miembros, de 20 de marzo de 2013.

²² Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349.

²³ Entrevista, Dirección Derechos Humanos, Cancillería, junio de 2012. Véase CIDH. Informe 90/05. Caso 12.142. *Alejandra Marcela Matus Acuña y otros*, de 24 de octubre de 2005, e Informe No. 133/99. Caso 11.725. *Carmelo Soria Espinoza*, de 19 de noviembre de 1999.

²⁴ CADH art. 51.1.

²⁵ Entrevista, Dirección de Derechos Humanos, Cancillería, junio de 2012.

mayor énfasis en soluciones amistosas, para estos efectos, que se discutirán en la próxima sección.

Para el pago de indemnizaciones, se han desarrollado prácticas internas de implementación, mediante un decreto del Ministerio de Justicia a la Tesorería, fuera del mecanismo del presupuesto ordinario.²⁶ Sin embargo, si el pago de indemnizaciones se genera a partir de una recomendación de la CIDH, es necesario que la víctima nuevamente interponga una demanda interna contra el Estado, que es acogida para generar el correspondiente pago. Se conoce solamente un caso en el que la indemnización está pendiente de cumplimiento, al parecer, a causa de problemas de comunicación entre la víctima y el Estado.²⁷

Con respecto a las medidas cautelares o provisionales, la Dirección de Derechos Humanos de Cancillería, y desde 2017 la Subsecretaría, coordina su ejecución directamente con las entidades administrativas involucradas, aunque no siempre hay tiempo para convocar una reunión de la Comisión Coordinadora.²⁸ No obstante, en una ocasión, cuando se consideró que las medidas no podían ser implementadas, se entabló un diálogo con la CIDH que terminó con la revocación de la medida.²⁹

Para efectos del cabal cumplimiento de las decisiones, parece importante que haya claridad y transparencia sobre qué órganos tienen responsabilidades y facultades de emitir órdenes internas de acatamiento o implementación. Considerando el atraso en el cumplimiento legislativo, debería ser positivo que la coordinación involucre fuertemente a la Secretaría General de la Presidencia (SEGPRES). Dicho esto, es relevante que la representación del Estado ante instancias internacionales esté

²⁶ *Idem.*

²⁷ CIDH. Informe 56/10 (Fondo). Margarita Cecilia Barbería Miranda, de 18 de marzo del 2010.

²⁸ Entrevista, Dirección de Derechos Humanos, Cancillería, junio de 2012.

²⁹ *Idem.* Véase también CIDH. Medidas Cautelares 321/10 a favor del Pueblo Indígena Rapa Nui en la Isla de Pascua, de 7 de febrero de 2011. Queda pendiente para otra investigación el análisis de la posibilidad de exigir la ejecución de una decisión favorable por vía judicial. No existe normativa específica al respecto.

coordinada con las instancias responsables de llevar a cabo el cumplimiento de decisiones contra el último, evitando así que el Estado sea declarado en incumplimiento por mero desconocimiento de las prácticas y estándares de implementación. Además, urge asegurar la ejecutabilidad de las recomendaciones de la CIDH, para evitar que la mayoría de los casos acaben en la Corte, con los costos que esto implica, como se mostrará en la próxima sección.

4. LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS DECISIONES DE LA CIDH EN CHILE

Después de haber considerado aciertos y desafíos institucionales en la implementación de las decisiones de órganos del Sistema Interamericano, revisaremos en concreto el cumplimiento de las decisiones de la CIDH, en específico aquellas sobre Chile respecto a las decisiones sobre el fondo, soluciones amistosas y medidas cautelares.³⁰ La CIDH se ha pronunciado, respecto de Chile, en

³⁰ No se analizarán casos que solamente hayan sido declarados admisibles, tales como, CIDH. Informe 28/13 (admisibilidad). Petición 1345-05. Profesores de Chañaral, de 20 de marzo de 2013; Informe 115/12 (admisibilidad). Petición 552-05. Giovanna Janett Vidal Vargas, de 13 de noviembre de 2012; Informe 30/15 (admisibilidad). Petición 1263-08. Sandra Cecilia Pavez Pavez, de 22 de julio del 2015; Informe 53/15 (admisibilidad), Petición 706-04. Mario Galetovic Sapunar y otros, de 17 de octubre del 2015; Informe 59/16 (admisibilidad). Petición 89-07. Juan Alberto Contreras González, Jorge Edilio Contreras González y familia, de 6 de diciembre del 2016; Informe 58/16 (admisibilidad), Peticiones 1275-04B y 1566-08. Juan Luis Rivera Matus y otros, de 6 de diciembre del 2016; Informe 44/16 (admisibilidad). Peticiones 1558-11, Martina Rebeca Vera Rojas y familia, de 4 de noviembre del 2016; Informe 153/17 (admisibilidad). Petición 274-08, Jimmy Freddy Torres Villalva y familia, de 30 de noviembre del 2017; Informe 152/17 (admisibilidad). Peticiones 280-08, 860-08, 738-08 y 629-08. Hugo Tomás Martínez Guillén, de 30 de noviembre del 2017; Informe 105/17 (admisibilidad). Petición 798-07. David Valderrama Opaizo y otros, de 7 de septiembre del 2017; Informe 85/17 (admisibilidad). Petición 1580-07. Gloria Lucía Magali Neira Rivas y Juan Pablo Belisario Poupin Neira, de 7 de julio del 2017; Informe 84/17 (admisibilidad). Petición 188-11. Marcos Luis Abarca Zamorano y otros, de 7 de julio del 2017. Todos los casos son respecto a Chile.

12 decisiones sobre el fondo (basadas en el art. 51 de la CADH) y ocho acuerdos de solución amistosa. Además ha otorgado cuatro medidas cautelares,³¹ mientras que 12 casos fueron archivados entre 2010 y julio de 2018.

4.1. Decisiones de fondo y soluciones amistosas

Según reportes de la Dirección de Derechos Humanos es más difícil implementar decisiones de la CIDH que de la Corte IDH,³² especialmente en lo que se refiere a las órdenes de pago. Según la mencionada Dirección, la implementación de algunas decisiones de la Comisión ha encontrado dificultades producto de la inexistencia de la ejecutabilidad automática —una orden directa al servicio u órgano que debe coordinar o ejecutar el cumplimiento—. Esto no ha cambiado con la aprobación de la Ley de la Subsecretaría de Derechos Humanos. Dicho esto, hay que considerar también una hipótesis alternativa, a saber, que la variable decisiva del incumplimiento de decisiones de la CIDH sea la falta de voluntad política para acatar órdenes en materias que cuentan con una fuerte oposición por ciertos sectores de la sociedad o del gobierno. Cinco decisiones de fondo se refieren a desapariciones forzadas durante la dictadura militar.

La primera solución amistosa se registra en 2002. Dejando fuera los casos de justicia transicional, poco más de la mitad de los asuntos pendientes ante la CIDH han sido solucionados vía acuerdos amistosos (53%). Siete de los ocho acuerdos fueron firmados en los últimos años del primer gobierno de la presidenta Michelle Bachelet y los primeros del presidente Sebastián Piñera (2009-2011). Este porcentaje debería aumentar si se terminaran los procesos de negociación de acuerdos amistosos que fueron fuertemente impulsados en los últimos meses del segundo gobierno de la presidenta Michelle Bachelet. Así, se reconoció la responsabilidad internacional del Estado en el caso de Gabriela Blas, una pastora aymara condenada injustamente por homicidio porque perdió a su niño en el desierto; se presentó un proyec-

³¹ Actualizado hasta el 31 de julio de 2018.

³² Entrevista, Dirección de Derechos Humanos, junio de 2012.

to de ley sobre matrimonio igualitario y adopción a causa de un acuerdo entre el Estado y una ONG de la diversidad sexual. Este acuerdo fue llevado a la Contraloría General de la República, para que esta se pronunciara sobre si el acuerdo fue firmado *ultra vires*. En esta oportunidad, la Contraloría dejó completamente claro que la firma del acuerdo amistoso era legal y además, que estos acuerdos eran vinculantes.

Con respecto al cumplimiento de las decisiones de fondo y soluciones amistosas, siete casos cuentan con un cumplimiento parcial. En todos ellos están pendientes cambios legislativos relacionados con el decreto-ley de amnistía y la prescripción de crímenes de lesa humanidad.³³ Solamente dos decisiones con cumplimiento parcial se refieren a casos que no están relacionados con la justicia transicional. Se trata de un caso sobre libertad de expresión, censura previa e “inmunidad diplomática”,³⁴ y una solución amistosa que se refiere a temas de territorios indígenas y derechos de los mapuche-pehuenche, el caso “*Ralco*”.³⁵ En el resto de los casos, se ha declarado cumplimiento total por parte de la CIDH. Por otra parte, 10 casos que no contaron con cumplimiento, fueron enviados a la Corte IDH.

Considerando que la falta de voluntad política para derogar el decreto-ley de amnistía ha sido ampliamente analizada por la literatura,³⁶ reviste especial interés la pregunta por el incumplimiento de la solución amistosa en el caso “*Ralco*”. Habiendo llegado a un acuerdo sobre las medidas reparatorias —las cuales habían sido aceptadas por el Estado de manera explícita—, el incumplimiento por casi una década de medidas importantes requiere una explicación especial.

³³ Información sobre cumplimiento en los informes anuales de la CIDH, 1996-2012, www.cidh.org.

³⁴ CIDH. Informe 11/96 (Decisión sobre el fondo). Caso 11.230. Martorell, de 3 de mayo de 1996.

³⁵ CIDH. Informe de solución amistosa 30/04. Petición 4617/02. Mercedes Julia Huenteao Beroiza y otras, de 11 de marzo de 2004.

³⁶ Para una revisión véase Huneus, Alexandra, “Courts resisting courts: ...”, *cit.*, p. 528, y datos levantados por el Observatorio de Derechos Humanos, Principales hitos jurisprudenciales en Chile 1990-2013, versión agosto 2013.

Como se argumentó arriba, las órdenes más difíciles de implementar son aquellas en las que existe una diversidad de actores involucrados que no dependen del ejecutivo. En cambio, pareciera más fácil para la Dirección de Derechos Humanos entrar en diálogo con órganos administrativos y hacerles ver modos de implementación de decisiones del Sistema, aunque estos órganos tengan independencia, como el Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).³⁷

Según esta lógica, habría sido más fácil lograr la ejecución del acuerdo en “*Ralco*” —que indicó que no podría haber otros proyectos hidroeléctricos en el mismo territorio—³⁸ que cumplir con la reapertura del caso *Samuel Alfonso Catalán Lincoleo*,³⁹ que dependía de una acción de la Fiscalía y el poder judicial en conjunto. Sin embargo, mientras estas últimas medidas han ido cumpliéndose, no ha sido así en el caso de varias medidas del caso “*Ralco*”. En efecto, en este último se han respetado solo parte de los acuerdos, quedando pendientes de cumplimiento, como reconoce la misma Dirección de Derechos Humanos en sus comunicaciones a la CIDH,⁴⁰ el acordar mecanismos vinculantes para todos los órganos del Estado que aseguren la no instalación de futuros megaproyectos —particularmente hidroeléctricos— en tierras indígenas del Alto Biobío. No obstante, se dio paso al proyecto Angostura en territorio indígena.⁴¹ También falta el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, con el fin de consagrar en la carta fundamental principios a los que Chile se adhiere en el ámbito internacional.

Lo interesante desde el punto de vista socio-jurídico es que, en este caso, no existe un impedimento de derecho interno —la

³⁷ Entrevista, Derechos Humanos, Cancillería, noviembre de 2012.

³⁸ CIDH. Informe de solución amistosa 30/04. Petición 4617/02. Mercedes Julia Huenteao Beroiza y otras, *op. cit.*, párr. 33(3d).

³⁹ CIDH. Informe 61/01 (Decisión sobre el fondo). Caso *Samuel Alfonso Catalán Lincoleo*, de 16 de abril de 2001, párr. 96, e Informe Anual 2011, párrs. 283-294.

⁴⁰ Obtenidas por solicitud de acceso a la información pública al entonces Asesor de Asuntos Indígenas, Ministerio de Desarrollo y Planificación, señor Matías Abogabir, respondida el 25 de marzo de 2013.

⁴¹ CIDH. Informe Anual 2011, *cit.*, párrs. 313-318.

decisión fue del mismo Estado a través de un contrato (solución amistosa) con las partes, que fue respaldado por la CIDH—. A pesar de esto, existe incumplimiento. Esta particularidad pareciera confirmar la hipótesis de que podríamos estar ante dificultades de índole no jurídica o, justamente, “política”.

Tal perspectiva se ve confirmada por el rechazo del ejecutivo a incluir los proyectos de inversión en la nueva regulación de la consulta previa, libre e informada recogida en el Decreto Supremo 66 de 2013.⁴² En cambio, el nuevo reglamento del SEIA⁴³ igualó la consulta requerida en el contexto de proyectos de inversión que afectarían directamente a los pueblos indígenas a los procesos de participación ciudadana, un estándar más bajo que el establecido en el DS 66.⁴⁴ Por otro lado, el ejecutivo llegó a un acuerdo amistoso en el caso *Alex Lemún*, un joven indígena que fue baleado por un carabinero.⁴⁵ Dicho esto, la complejidad del procedimiento no justifica el incumplimiento de un acuerdo de solución amistosa. Por el contrario, el Estado debería tomar todas las medidas conducentes para generar el cumplimiento.⁴⁶

⁴² Decreto Supremo 66- 2013, de 22 de noviembre de 2013, sobre “Consulta Indígena”, del Ministerio de Desarrollo Social. Ver también Barros, Alonso y Schönsteiner, Judith, “Diligencia debida: Proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas concernidos”, en Vial, Tomás (ed.), *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2014*, Santiago, Ediciones UDP, 2014; Sanhueza Cubillos, Cristián, “La consulta previa en Chile: del dicho al hecho”, en Olea, Helena (ed.), *Derecho y pueblo mapuche: aportes para la discusión*, Santiago, Centro de Derechos Humanos UDP, 2013, pp. 217-256, pp. 238-243.

⁴³ Decreto 40 de 12 de agosto de 2013, Aprueba reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

⁴⁴ Para una crítica del nuevo Decreto Supremo 40 del Ministerio de Medio Ambiente, véase Barros, Alonso y Schönsteiner, Judith, *op. cit.*

⁴⁵ Ministerio de Relaciones Exteriores, Acuerdo de Cumplimiento de las Recomendaciones emitidas por la CIDH en el caso Edmundo Alex Lemun Saavedra, de 9 de marzo de 2018, https://minrel.gob.cl/minrel/site/artic/20180618/asocfile/20180618102445/version_publica_acuerdo_de_cumplimiento_de_recomendaciones__alex_lemun__versio__n_publicacio__n_web.pdf.

⁴⁶ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros (270 Trabajadores) vs. Panamá*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 6 de junio de 2003, párrs. 23-30.

4.2. Medidas cautelares

En cuanto al cumplimiento de las medidas cautelares,⁴⁷ tres fueron otorgadas entre 1999 y 2001 y han sido cumplidas mediante decretos u órdenes administrativas. La cuarta orden, relativa a un inminente desalojo de integrantes del pueblo Rapa Nui,⁴⁸ fue levantada a los pocos meses de decretarse, ya que la Dirección de Derechos Humanos argumentó ante la CIDH que dicha medida ya no era aplicable, porque fue notificada un día después del desalojo y porque además estaba redactada de una manera tan amplia que su aplicación significaría que el Estado perdería su capacidad de imponer y mantener el orden público.⁴⁹

Considerando que la medida se estimó imposible de cumplir, la Dirección de Derechos Humanos nunca transmitió la orden correspondiente a Carabineros y a los otros órganos del Estado que hubieran tenido que actuar para revertir el desalojo. Tal como en algunas medidas provisionales rechazadas por la Corte IDH, parece haber existido una dificultad de la Comisión para reaccionar a tiempo.⁵⁰

En 2015, y ampliada en 2016, se dictó una medida que buscó proteger a una defensora de derechos indígenas.⁵¹ Las dos restantes medidas se refieren a personas privadas de libertad o bajo el cuidado del Estado en centros para menores de edad. Así, en 2017, se otorgó una medida a favor de un interno en un centro penitenciario que sufría de agresiones por otros internos.⁵² En

⁴⁷ No hay medidas provisionales otorgadas en casos chilenos.

⁴⁸ CIDH. Medidas Cautelares 321/10 a favor del Pueblo Indígena Rapa Nui en la Isla de Pascua, en Chile, de 7 de febrero de 2011. Véase también, <http://www.amnistia.cl/web/ent%C3%A9rate/cidh-acoge-medidas-cautelares-en-favor-de-clanes-rapa-nui/>

⁴⁹ Entrevista, Dirección de Derechos Humanos, Cancillería, noviembre de 2012.

⁵⁰ Corte IDH. Asunto Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus miembros respecto de Panamá. Medidas Provisionales. Resolución de 28 de mayo de 2010, párr. 16.

⁵¹ CIDH. Resolución 33/2016, Medida Cautelar 46-14, *Juana Calfunao vs. Chile*, de 23 de mayo de 2016.

⁵² CIDH. Resolución 44/2017, Medida Cautelar 1098-16, *Juan José Barrientos Solo Vargas vs. Chile*, de 27 de octubre de 2017.

2018 se otorgó una medida cautelar en relación con niñas, niños y adolescentes de un centro de cuidado que presentaba gravísimas faltas a la protección de los derechos humanos⁵³ y resulta representativo de la crisis humanitaria que existe en los centros de cuidado infantil estatal en Chile. Estas medidas han sido parcialmente implementadas; en el caso de la defensora indígena persisten desacuerdos importantes sobre cómo deberían ser cumplidas y qué alcance deberían tener.⁵⁴

El incumplimiento de la medida cautelar otorgada en 2011 y las dificultades en la implementación de la medida a favor de la lonko⁵⁵ Juana Calfunao no se deben a un rechazo a cumplir con las medidas cautelares. No obstante, llama la atención que nuevamente haya desacuerdo sobre el cumplimiento cabal de las decisiones de la CIDH en dos casos que involucran, justamente, a pueblos originarios.

5. LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS DECISIONES DE LA CORTE IDH EN CHILE

Dos de las nueve sentencias emitidas contra Chile han sido declaradas cumplidas, mientras que seis se encuentran en estado de cumplimiento parcial y otra dentro del plazo que la Corte otorga al Estado para cumplirlas.⁵⁶ El último caso, *Poblete Vilches*, es el primero en materia de derechos económicos, sociales y culturales contra Chile y el primero que se pronuncia sobre los derechos de los adultos mayores.

⁵³ CIDH. Resolución 21/2018, Medida Cautelar 975-17, Niños, niñas y adolescentes del Centro de Reparación Especializada de Administración Directa de Playa Ancha respecto de Chile, de 15 de marzo de 2018.

⁵⁴ Interpretación de la autora a partir de hechos informados en entrevista por correo electrónico a la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, respuestas recibidas el 30 de agosto de 2018.

⁵⁵ N. del E. Se denomina lonko al jefe de una comunidad mapuche.

⁵⁶ El caso más reciente, que todavía se encuentra dentro del plazo de cumplimiento, no se discutirá en esta sección. Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, cit.

En el caso *La Última Tentación de Cristo* se permitió —tal como lo había ordenado la Corte Interamericana— el estreno de la película censurada en cines chilenos.⁵⁷ Con respecto al caso *Claude Reyes y otros*, este ha sido cerrado por la Corte IDH, por encontrarse la sentencia cumplida en su totalidad.⁵⁸ En efecto, el gobierno de la época exhibió la aprobación de una ley como prueba de haber acatado la obligación de adecuar la legislación interna a las normas internacionales vigentes en materia de acceso a la información pública. Esta ley, que introdujo un Consejo para la Transparencia, fue presentada a la Corte IDH como evidencia del cumplimiento de la orden basada en el artículo 2 de la Convención. Probablemente debido al amplio consenso preexistente al fallo sobre la materia, no hubo resistencia institucional para su cumplimiento.⁵⁹

No ocurrió lo mismo en el caso *Almonacid Arellano y otros*, en el cual la resistencia del Congreso persiste hoy en día. Aunque hasta 2010 (cuando tuvo lugar la última reunión de supervisión del fallo entre la Corte, la Comisión, los representantes de las víctimas y el Estado), no se había vuelto a aplicar el decreto-ley 2191 en sede judicial, la Corte Interamericana llamó al Estado chileno a garantizar el cumplimiento mediante la derogación formal de esta norma, sin darse por satisfecha con la jurisprudencia constante de los tribunales chilenos, sino requiriendo la codificación formal de la mencionada jurisprudencia.⁶⁰ Lo anterior es comprensible, considerando que en Chile no opera la figura del precedente vinculante. Relacionado con este caso, se presentó un proyecto de ley interpretativa del artículo 93 del Código Penal,

⁵⁷ Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 28 de noviembre de 2003, párr. 20.

⁵⁸ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del Presidente en Ejercicio de la Corte IDH de 10 de junio de 2008, punto resolutive 1.

⁵⁹ Véase Schönsteiner, Judith *et al.*, “Fortalecimiento de la democracia y el derecho de acceso a la información en Chile: Entre Estado y ciudadanía”, *Serie de Estudios*, núm. 9, 2012, pp. 16-30, http://www.kas.de/wf/doc/kas_33494-1522-4-30.pdf?130213145009.

⁶⁰ *Idem*.

para que la amnistía, el indulto y la prescripción no constituyeran impedimentos a la sanción.⁶¹

También existe un proyecto que pretende declarar el decreto-ley 2191 como nulo.⁶² Dicho esto, los proyectos mencionados se encuentran paralizados. Como se ha señalado más arriba, el ejecutivo ha sido equívoco respecto a qué hacer con el decreto-ley 2191, ya que si bien la Cancillería ha instado varias veces a la SEGPRES a derogarlo, esta no ha respondido a tales solicitudes.⁶³ En el fallo *García Lucero y otras*, la Corte IDH se refirió al caso *Almonacid Arellano y otros*, reiterando que la orden respectiva trasciende al caso particular.⁶⁴ No obstante, no condenó a Chile por la continua vigencia del decreto-ley de amnistía, sino que declaró “no estima[r] pertinente” pronunciarse, ya que en el caso concreto no había evidencia sobre la aplicación del mencionado decreto-ley durante el proceso.⁶⁵

Sin embargo, en los tribunales de justicia se pueden registrar avances en la implementación de las órdenes de investigar y sancionar a los responsables en los casos relacionados con la dictadura militar. Así, en los casos *Almonacid Arellano y otros*⁶⁶

⁶¹ Boletín 3959-07, de 30 de agosto de 2005, Proyecto de ley que interpreta el artículo 93 del Código Penal en materia de prescripción de la acción penal en el caso de delitos especialmente sancionados por el derecho internacional.

⁶² Boletín 4162-07, de 21 de abril de 2006, Proyecto de ley que declara la nulidad del decreto-ley 2191, de 1978.

⁶³ El 29 julio de 2013 se dio parcial cumplimiento a la orden de investigar, procesar y sancionar a los responsables del crimen cometido contra Almonacid Arellano. Véase Boletín Observatorio de Derechos Humanos, Principales hitos jurisprudenciales en causas de derechos humanos en Chile 1990-2013, versión agosto 2013, p. 9, http://www.icso.cl/wp-content/uploads/2014/01/PRINCIPALES-HITOS-JURISPRUDENCIALES_esp_17-enero2014.pdf.

⁶⁴ Corte IDH. *García Lucero y otras vs. Chile*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C, núm. 267, párr. 150.

⁶⁵ *Ibidem*, párr. 154.

⁶⁶ Corte Suprema, rol 1260-2013, de 20 de junio del 2013. La Corte Suprema sentenció a cinco años de libertad vigilada al oficial responsable de disparar a Almonacid Arellano, y no permitió la aplicación de las limitaciones estatutarias, aun habiendo considerado el crimen como un “delito simple”,

y *García Lucero y otras*⁶⁷ fueron condenados o investigados, respectivamente, las personas encontradas culpables. Son preocupantes, sin embargo, las últimas decisiones de la Corte Suprema en materia de concesión de libertad condicional⁶⁸ a personas condenadas por crímenes de lesa humanidad, sin mediar razones humanitarias, ya que contravienen no solamente el Estatuto de Roma, sino también la jurisprudencia constante de la Corte Interamericana en la materia. Según la Corte Suprema, en cambio, el artículo 110.3 del Estatuto de Roma no aplicaría a sentencias que no fueron pronunciadas por la misma Corte Penal Internacional. Sin embargo, este argumento desconoce la incorporación del Estatuto de Roma en el derecho chileno y el principio de complementariedad establecido por el mismo tratado.

Con respecto al caso *Palamara Iribarne*, el punto neurálgico del cumplimiento tiene relación con el rol y alcance de la justicia militar. La Corte IDH ha informado que

Chile indicó que el 9 de septiembre de 2010 el Presidente de la República retiró el mencionado proyecto de ley de su tramitación en el Congreso Nacional, e ingresó a la Cámara de Diputados un nuevo proyecto de ley, incluido en el boletín legislativo No. 7203-026, relativo a la reforma de la justicia militar, que “al igual que el anterior, contempla[ría] la derogación del delito de desacato, atendiendo a que su existencia no se adecúa a los estándares internacionales en la materia”.⁶⁹

no como “delito calificado”. Véase Collins, Cath *et al.*, “Verdad, Justicia y Memoria por Violaciones de Derechos Humanos en Tiempos de Dictadura. A 40 Años del Golpe Militar”, en Vial, Tomás (ed.), *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2013*, Ediciones UDP, 2013, p. 39.

⁶⁷ Exhorto de 13 de octubre de 2011 y suspensión del exhorto de 14 de mayo de 2018, debido al adelanto en procedimientos internos, de 5 de abril de 2017 (acusación de ausencia), <http://www.pjud.cl/documents/396729/0/PROCESO+LEOPOLDO+GARCIA+LUCERO.pdf/2de16ad0-3269-4ef8-9a01-54b1a83fd0fe?version=1.0>.

⁶⁸ Véase Corte Suprema, roles 16.817-18, 16.819-18, 16.820-18, 16.821-18, de 30 de julio de 2018; Corte Suprema, rol 16.961-18, de 31 de julio de 2018, con dos votos en contra, y Corte Suprema, rol 16.958-18, de 31 de julio de 2018.

⁶⁹ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 1 de julio de 2011, párr. 6.

Todavía sin cumplimiento, el tribunal internacional solicitó información respecto de los avances de este proyecto, pero no se advierte progreso en la materia. En todo caso, no se analizó en la resolución de supervisión si los tribunales o ministerio público aplican —o no— la normativa vigente. Así, en la práctica, la falta de actuación por parte del ejecutivo en este caso podría describirse como un caso de “resistencia institucional”.

No obstante, el Estado ha dado parcial cumplimiento a la sentencia, al excluir a las personas civiles de la jurisdicción militar mediante la promulgación de la ley 20.477 en 2010.⁷⁰ Dicho esto, la iniciativa legal fue limitada, y aspectos importantes quedaron fuera de ella. En todo caso, el último informe estatal a la Corte IDH no alcanzó a generar un desarrollo relevante en la materia.⁷¹ Sin perjuicio de ello, es probable que esta plantee la misma crítica que hizo a Chile en el caso *Almonacid Arellano y otros*, es decir, señalar que los avances anotados no otorgan plena certeza jurídica en la materia. Por otra parte, una ley que implementara los requerimientos del derecho internacional en este ámbito contribuiría a evitar potenciales conflictos entre el Ministerio de Defensa y el Ministerio de Justicia en relación con la necesidad de introducir reformas al Código de Justicia Militar. En resumen, Chile aún no había cumplido, en 2016, varios aspectos de ajuste legislativo ordenados por la Corte IDH.⁷²

En parte, esto ocurrió en noviembre de 2016, cuando el Congreso aprobó una ley que tipifica el delito de tortura y determina, además, que menores de edad nunca podían participar de la justicia militar, sea como víctimas o imputados.⁷³ Todo proceso que involucra niñas, niños y adolescentes debe ser re-

⁷⁰ Ley 20.477, de 30 de diciembre de 2010, Modifica competencia de Tribunales Militares.

⁷¹ Fuentes Maureira, Claudio, “Justicia Militar”, en Coddou, Alberto (ed.), *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, Santiago, Ediciones UDP, 2012, pp. 285-309.

⁷² Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 1 de septiembre de 2016, párrs. 14-15; 32-33.

⁷³ Véase art. 5 de la Ley 20.968 que tipifica delitos de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes, de 22 de noviembre de 2016.

suelto por la justicia ordinaria. Se espera que la Corte, en su próxima resolución de supervisión de cumplimiento, celebre esta ley como cumplimiento parcial de la orden pendiente de implementación.

En el caso *Atala Riffo y Niñas*,⁷⁴ la Corte IDH procedió a otorgar las siguientes medidas de reparación: ordenó publicar la sentencia; brindar atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita a las víctimas del caso; efectuar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional; seguir implementando capacitaciones a los jueces de todos niveles incluyendo temas de discriminación, y efectuar el pago de la indemnización otorgada.⁷⁵ Según fuentes periodísticas, el gobierno habría solicitado a la Corte Suprema participar formalmente en el acto de reparación ordenado por el tribunal internacional, invitación que —por lo menos públicamente— finalmente no se aceptó. Posteriormente, sin embargo, negociaciones entre el Ministerio de Justicia y la Corte Suprema llevaron a que se realizara un acto de “bajo perfil”, “sobrio y republicano”, en las instalaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores y con alguna participación de integrantes del Máximo Tribunal chileno.⁷⁶ Si bien Atala había demandado a la Corte IDH que el acto contara con la participación del presidente de la República y del presidente de la Corte Suprema,⁷⁷ cabe subrayar que, en su fallo, el Tribunal no especificó quiénes deberían participar, sino que determinó que debía haber representación del poder judicial en el acto.⁷⁸ En cuanto a las capacitaciones dirigidas a la judicatura chilena, es menester destacar que la Corte IDH ordenó las medidas de reparación, entendiendo que éstas tienen una “vocación transformadora”⁷⁹ de una situación de “reproducción de estereotipos que están asocia-

⁷⁴ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, cit., párrs. 314.1-7.

⁷⁵ *Ibidem*, párr. 314.

⁷⁶ Nota de prensa en línea, “Corte Suprema aún no decide si participará en acto reparatorio por caso de jueza Atala”, Radio BíoBío, de 19 de abril de 2012, <http://www.biobiochile.cl/2012/04/19/corte-suprema-aun-no-decide-si-participara-en-acto-reparatorio-por-caso-de-jueza-atala.shtml>

⁷⁷ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, cit., párr. 261.

⁷⁸ *Ibidem*, párr. 246.

⁷⁹ *Ibidem*, párr. 267.

dos a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales”.⁸⁰

Varios aspectos importantes se cumplieron, como la publicación de la sentencia, los pagos indemnizatorios, el acto de desagravio y un convenio con FONASA para la atención psicológica de las víctimas.⁸¹ El modo y grado de cumplimiento deberá evaluarse por la propia Corte a partir de dos informes entregados por el Estado, las respuestas de los representantes de las víctimas y las observaciones de la CIDH al respecto. Además, se cumplió totalmente la prestación de la atención psicológica a las víctimas.⁸² En cuanto a la capacitación permanente en materia de discriminación por orientación sexual e identidad de género, la Corte Interamericana y los representantes coincidieron en que el Estado no ha cumplido con lo ordenado, ya que, según lo informado por este, las actividades implementadas no son permanentes ni consideran el contenido de lo ordenado por el tribunal internacional, y además no ha existido suficiente cobertura.⁸³

En el caso *García Lucero y otras* se realizó la publicación de la sentencia y la indemnización de la víctima; sin embargo, todavía se encuentra parcialmente incumplida la investigación y sanción de los culpables por el crimen de tortura sufrido por el señor García Lucero.⁸⁴ Aún sin evaluación por parte de la Corte IDH queda el exhorto internacional emitido por la Corte Suprema en 2013⁸⁵ y dejado sin efecto el 14 de mayo de 2018.⁸⁶

En el caso *Norín Catrimán y otros*, sobre violaciones al debido proceso y discriminación en la aplicación de la ley antiterroris-

⁸⁰ *Ibidem*, párr. 92.

⁸¹ Ministerio de Justicia, “Ministerio de Justicia y Fonasa cumplen fallo de la Corte IDH en relación a atención de salud para jueza Karen Atala y sus hijas”, http://www.minjusticia.gob.cl/n5610_02-12-2014.html.

⁸² Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 10 de febrero de 2017, párr. 18.

⁸³ *Ibidem*, párrs. 25 y 30.

⁸⁴ Corte IDH. *Caso García Lucero y otras vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 17 de abril de 2015, párr. 21.

⁸⁵ Corte Suprema, rol 3052-13, de 18 de junio de 2013.

⁸⁶ Presidente de la Corte Suprema, Deja sin efecto, de 14 de mayo de 2018.

ta, el gobierno ha tomado medidas para implementar las órdenes sobre salud y educación.⁸⁷ Sin embargo, las sentencias condenatorias contra los líderes —aún— no se encuentran anuladas, solamente se borraron los antecedentes penales en el registro civil y en Carabineros.⁸⁸ Además, la regulación sobre testigos protegidos todavía no ha sido cambiada, a pesar de la presentación de un proyecto de ley en 2014. Este se ha mantenido sin movimiento alguno desde enero de 2015.⁸⁹

Finalmente, en el caso *Maldonado Vargas y otros* las sentencias contra víctimas y quienes hayan sido condenados injustamente por Consejos de Guerra en los primeros años de la dictadura, fueron declaradas nulas.⁹⁰

6. CONCLUSIONES

La evidencia y el análisis presentados en este capítulo permiten realizar una serie de conclusiones respecto de la forma en que el Estado de Chile ha actuado frente a decisiones de la CIDH y la Corte IDH que le compete implementar.

Mientras Chile está, en general, cumpliendo las decisiones del Sistema Interamericano, hay ciertas medidas que han encontrado continua resistencia en la fase de implementación, que se refieren a tres temáticas fundamentales: los derechos de los pueblos indígenas (especialmente su reconocimiento constitu-

⁸⁷ Nota de prensa en línea, “SSAN dio cuenta de aplicación de medidas de reparación a comunidades mapuche de Malleco”, *Diario Araucanía Norte*, de 1 de marzo de 2017, <https://www.araucanianorte.cl/index.php/noticias/802-ssan-dio-cuenta-de-aplicacion-de-medidas-de-reparacion-a-comunidades-mapuche-de-malleco>.

⁸⁸ Entrevista, Dirección de Derechos Humanos, Cancillería, junio de 2012.

⁸⁹ Congreso de Chile, Boletín 9396-07. Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana recaído en el proyecto, iniciado en moción, que “Modifica el Código Procesal Penal, estableciendo normas sobre protección de víctimas que declaran en la audiencia de juicio oral”.

⁹⁰ Corte Suprema, rol 27543-2016, invalidating judgments issued by the War Council and absolving all unjustly convicted military officers that were victims in the case (rol 1-73).

cional); la derogación del decreto-ley de amnistía, y la limitación del campo de aplicación de la justicia militar, excluyendo a delitos comunes independientemente de quienes los hayan cometido. Quedará por ver si los avances en los acuerdos de solución amistosa en materia indígena (casos *Blas*, *Chuzmisa Uzmagama*) y de diversidad sexual (matrimonio igualitario) se concretarán después del cambio de gobierno ocurrido en marzo de 2018. En el caso *Lemun*, ocurrido durante el primer gobierno de la presidenta Bachelet, ya se demostraron avances durante los primeros meses del segundo gobierno del presidente Piñera.

Finalmente, la institucionalidad con que cuenta el país para implementar las decisiones del Sistema Interamericano en Chile fue mejorada con la creación de una Subsecretaría de Derechos Humanos. Sin embargo, persisten algunas dificultades en relación con medidas administrativas y legislativas para implementar las decisiones de la Comisión Interamericana. En este sentido, parece necesario introducir un cambio constitucional para incluir las órdenes y recomendaciones de cambio legislativo que emiten la Corte IDH y la CIDH entre las materias de ley. Esta cláusula constitucional debería, además, ir acompañada de una obligación impuesta al ejecutivo de colocar algún grado de urgencia a los proyectos de ley dirigidos a cumplir con las decisiones del Sistema Interamericano que requieran cambios legislativos, así como un reconocimiento explícito de la obligatoriedad de los acuerdos recogidos en las soluciones amistosas.⁹¹

En síntesis, a pesar de que Chile ha sido tradicionalmente un país apegado al derecho, la evidencia de las últimas dos décadas revela que la actitud adoptada por los órganos estatales respecto a decisiones del Sistema Interamericano deja bastante que desear, revelando una disposición general a cumplirlas por parte del ejecutivo (exceptuando el tema indígena) e indiferencia en el legislativo, mientras la judicatura efectivamente implementa las decisiones de la Corte Interamericana falladas contra Chile.

Sin embargo, en cuanto a la aplicación directa o interpretativa del derecho internacional de los derechos humanos, como se

⁹¹ Véase Schönsteiner, Judith y Couso, Javier, *op. cit.*, pp. 354-355.

evidencia en otros estudios, el historial de Chile deja mucho más que desear.⁹²

BIBLIOGRAFÍA

- BARROS, Alonso y SCHÖNSTEINER, Judith, “Diligencia debida: Proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas concernidos”, en VIAL, Tomás (ed.), *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2014*, Santiago, Ediciones UDP, 2014.
- CAMPUSANO, Raúl y AGUAYO Macarena, “Chile y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: cumplimiento de sentencias”, *Revista Actualidad Jurídica*, núm. 28, 2013, <http://www.actualidadjuridicaud.cl/web/wp-content/uploads/2014/08/AJ28.pdf>.
- COLLINS, Cath *et al.*, “Verdad, Justicia y Memoria por violaciones a los derechos humanos en tiempo de dictadura, a 40 años del golpe de Estado”, en VIAL, Tomás (ed.), *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, Santiago, Ediciones UDP, 2013.
- COUSO, Javier, “Reacciones institucionales y sociales al ‘Fallo Atala’ en Chile”, en BOGDANDY, Armin von *et al.* (eds.), *Igualdad y orientación sexual: el Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012.
- COUSO, Javier *et al.* (eds.), *Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- CRAWFORD, James, *Los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad internacional del Estado: introducción, texto y comentarios*, Madrid, DYKINSON, 2004.
- FUENTES MAUREIRA, Claudio, “Justicia Militar”, en CODDOU, Alberto (ed.), *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, Santiago, Ediciones UDP, 2012.

⁹² Véase Henríquez, Miriam y Núñez, José Ignacio, *op. cit.*, y Schönsteiner, Judith y Zúñiga, Marcela, *op. cit.*

- FUENTES TORRIJO, Ximena, “Una mala sentencia”, *Mensaje*, marzo-abril 2014.
- HENRÍQUEZ, Miriam y NÚÑEZ, José Ignacio, *Control de Convencionalidad en Chile. Un Soliloquio en “el laberinto de la Soledad”*, Santiago, DER Ediciones, 2017.
- HUNEEUS, Alexandra, “Rejecting the Inter-American Court: Judicialization, national courts and regional human rights”, en COUSO, Javier *et al.* (eds.), *Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- , “Courts resisting courts: Lessons from the Inter-American Court’s struggle to enforce human rights”, *Cornell International Law Journal*, vol. núm. 44.
- PARRA, Óscar, “El impacto de las decisiones interamericanas. Notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al ‘Empoderamiento Institucional’”, en BOGDANDY, Armin von, MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión. Colección constitución y derechos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017.
- SANHUEZA, Cristián, “La consulta previa en Chile: del dicho al hecho”, en OLEA, Helena (ed.), *Derecho y pueblo mapuche: aportes para la discusión*, Santiago, Centro de Derechos Humanos UDP, 2013.
- SCHÖNSTEINER, Judith, “El derecho internacional de los derechos humanos en el Tribunal Constitucional chileno: El mínimo común denominador”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, año 29, vol. 1, 2016.
- , “Empresas y Derechos Humanos: Plan de Acción Nacional sobre Derechos Humanos y Empresas y Plan Nacional de Derechos Humanos”, en VIAL, Tomás (ed.), *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, Ediciones UDP, 2018 (a publicarse).

SCHÖNSTEINER, Judith *et al.*, “Fortalecimiento de la democracia y el derecho de acceso a la información en Chile: Entre Estado y ciudadanía”, 2012, http://www.kas.de/wf/doc/kas_33494-1522-4-30.pdf?130213145009.

SCHÖNSTEINER, Judith y COUSO, Javier, “La Implementación de las Decisiones de los Órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Chile: Ensayo de un Balance”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 22, núm. 2, 2015.

SCHÖNSTEINER, Judith y ZÚÑIGA, Marcela, “Complying, but only when told so”, en GROTE, Rainer *et al.*, *Research Handbook on Compliance in International Human Rights Law*, Cheltenham, 2019 (a publicarse).

VILLIGER, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

El sistema de ejecución de decisiones internacionales sobre derechos humanos en Perú*

*Elizabeth Salmón Gárate***

1. INTRODUCCIÓN

Perú mantiene una vinculación intensa con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), no solo porque se trata del Estado que mayor número de sentencias ha recibido,¹ sino por-

* Con mi agradecimiento a Rita Zafra, por su valioso apoyo en la elaboración de este trabajo.

** Doctora en Derecho Internacional por la Universidad de Sevilla y profesora principal de Derecho Internacional en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Directora ejecutiva del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP (IDEHPUCP) y presidenta del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Asimismo, es jurista experta extranjera para actuar como *Amicus Curiae* en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) en Colombia.

¹ Corte IDH. *Caso Cayara vs. Perú*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 3 de febrero de 1993. Serie C, núm. 14; *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C, núm. 20; *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C, núm. 33; *Caso Castillo Páez vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C, núm. 34; *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, núm. 52; *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C, núm. 56; *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C, núm. 68; *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*.

Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C, núm. 69; *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, núm. 71; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, núm. 74; *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, núm. 75; *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C, núm. 110; *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C, núm. 115; *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C, núm. 119; *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C, núm. 121; *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 136; *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 137; *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C, núm. 144; *Caso Baldeón García vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C, núm. 147; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 158; *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 160; *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 162; *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C, núm. 167; *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C, núm. 198; *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C, núm. 202; *Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de marzo de 2011 Serie C, núm. 223; *Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 274; *Caso J. vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 275; *Caso Tarazona Arrieta y Otros vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C, núm. 286; *Caso Espinoza González vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, núm. 289; *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C, núm. 292; *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú*. Excepciones Prelimina-

que su relación no ha sido ni pacífica ni continua, y ha atravesado una serie de etapas extremas.

En mi opinión, la evolución de dicha relación puede agruparse en tres momentos.² En el primero, que denominaremos “aceptación”, Perú ingresó al SIDH de manera plena tras once años de dictadura militar, mediante el depósito del instrumento de ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el 28 de julio de 1978, y aceptó de la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el 21 de enero de 1981. El segundo momento, de “indiferencia y enfrentamiento”, corresponde a la década de los noventa, durante el gobierno de Alberto Fujimori. Es en este periodo en el que se desconoce la competencia contenciosa de la Corte IDH (1997) y se pretende fallidamente retirar el reconocimiento de la misma (8 de julio de 1999). Finalmente, el tercer momento, que atravesamos actualmente, es el de “cooperación”. Este se inicia con el retorno a la democracia que tuvo lugar a inicios del siglo XXI, luego de la renuncia del expresidente Alberto Fujimori y de la subsecuente caída de su régimen dictatorial. En ese contexto, el 4 de junio de 2001 se creó la Comisión de la Verdad y Reconciliación,³ y los derechos humanos se colocaron como puntos centrales del debate. Internacionalmente, Perú retomó la cooperación con el Sistema Interamericano y emitió

res, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2015. Serie C, núm. 296; *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C, núm. 297; *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 299; *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de octubre de 2015. Serie C, núm. 301, y *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 308.

² Salmón, Elizabeth, *La condena de Fujimori y el derecho internacional de los derechos humanos. Un capítulo fundamental de la lucha contra la impunidad en el Perú*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 31-32.

³ Dicha Comisión publicó su informe final el 28 de agosto de 2003, <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/>

normas nacionales para asegurar la implementación de sus pronunciamientos.⁴

A lo largo de estas etapas, la Corte IDH ha resuelto 37 casos contra dicho país, de los cuales solo en el caso *Cayara* no se pronunció sobre el fondo, debido a que resolvió que la demanda fue interpuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) fuera del plazo establecido en el artículo 51.1 de la Convención Americana.

Al analizar los temas o violaciones de derechos humanos materia de dichas sentencias se puede identificar la existencia de tres ejes generales:⁵

- a) acciones cometidas en el marco del conflicto armado no internacional (1980-2000): aquí se enmarcan los casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura, tratos crueles e inhumanos, etcétera;
- b) actos contrarios al Estado de derecho (periodo de autoritarismo de Alberto Fujimori): específicamente, el caso *Ivcher Bronstein* y el caso del *Tribunal Constitucional*, y
- c) medidas que afectan derechos laborales de funcionarios de Estado. La Corte IDH recurre a una lectura social de los derechos consagrados en la CADH, como el derecho a la propiedad en relación con el derecho a la pensión.

El único caso que no calza dentro de estas tres categorías es el de *Wong Ho Wing*. Se trataba de un nacional chino que esperaba

⁴ Luego del fin del conflicto armado interno, el nuevo régimen de transición colocó la responsabilidad por las violaciones de derechos humanos como un nuevo punto en la agenda. La ventana de oportunidad para la inclusión de los derechos humanos dentro de la agenda nacional tuvo, entre otras causas, el hecho de que varios puestos dentro del gobierno de transición tuvieron como funcionarios a cargo a personas involucradas con la labor de los derechos humanos: el mismo presidente Valentín Paniagua, el ministro de Justicia, Diego García Sayán (posteriormente juez de la Corte IDH), entre otros. Véase, Root, Rebecca K., "Through the window of opportunity: the transitional justice network in Peru", *Human Rights Quarterly*, vol. 31, núm. 2, 2009, p. 465.

⁵ Bregaglio, Renata, "El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Proceso y Constitución*, Lima, Palestra, 2014, p. 282.

su extradición, a solicitud de la República Popular China, por el delito de contrabando de mercancías comunes. En dicho caso, la Corte IDH consideró que el Estado peruano había violado el derecho al plazo razonable y el derecho a la libertad personal.⁶

En ese sentido, debido a la gran cantidad de casos ante la Corte Interamericana y a la variedad de temas que estos abordan, no es de sorprender que la naturaleza de las reparaciones ordenadas también sea extremadamente diversa. Esto se condice con la práctica general que tiene la Corte IDH en materia de reparaciones. Mientras que, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se centra en el otorgamiento de reparaciones indemnizatorias, la Corte IDH tiene un rol más “activista” y ha ordenado una amplia gama de reparaciones,⁷ entre las que se encuentran medidas de investigación y sanción de responsables, adecuación de normas, reparación en salud, pago de indemnizaciones, medidas de nuevo juzgamiento, reparaciones simbólicas, creación de órganos, entre otras.

Frente a esto, el Estado peruano emitió algunas normas para cumplir con sus obligaciones internacionales. Básicamente se trató de la ley 27775, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales;⁸ el decreto supremo 014-2000-JUS, que establece procedimientos para el seguimiento de recomendaciones de órganos internacionales en materia de derechos humanos⁹ y, más recientemente, el decreto legislativo 1068, Ley del Sistema de Defensa Jurídica del Estado,¹⁰ entre otras de menor rango. Todas estas normas configuran un sistema que, si bien no es el más idóneo ni eficaz, sí establece un conjunto de procedimientos que organizan el cumplimiento de los pronunciamientos internacionales. En los siguientes apartados se analiza la naturaleza de este sistema, los órganos

⁶ Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*, cit.

⁷ Huneus, Alexandra. “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, vol. 44, 2011, p. 501.

⁸ Ley 27775, de 27 de junio de 2002.

⁹ Decreto supremo 014-2000-JUS, de 22 de diciembre de 2000.

¹⁰ Decreto legislativo 1068, de 27 de junio de 2008.

encargados de ejecutarlo, el tipo de medidas a las que se aplica la normatividad y, finalmente, algunos datos sobre su nivel de funcionamiento.

2. UN MODELO DE “INTERÉS NACIONAL”

En 2002, el Estado peruano promulgó la ley 27775, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales. Esta norma tiene como objetivo dar cumplimiento a las sentencias emitidas por órganos jurisdiccionales internacionales, en concreto, las sentencias de la Corte IDH.¹¹

El artículo 1 de esta ley califica de “interés nacional el cumplimiento de las sentencias dictadas en los procesos seguidos contra el Estado peruano por tribunales internacionales”.¹² ¿Qué se entiende por interés nacional?, ¿se derivan consecuencias prácticas de dicha calificación?

El concepto de interés nacional, en sentido lato, se refiere a los “objetivos naturales y esenciales de un Estado en el área política, económica, social y cultural.”¹³ Las raíces remotas de este concepto se pueden trazar hacia el término “*raison d'état*”,¹⁴ y Charles A. Beard, en *The Idea of National Interest*,¹⁵ sostiene que es recién en el siglo XVIII cuando empieza a gestarse la idea de interés nacional propiamente. En general, el interés nacional estuvo ligado al ámbito militar y de defensa.¹⁶

¹¹ Ley 27775, art. 6 (Comunicación de cumplimiento de sentencias): la Corte Suprema de Justicia de la República informará, por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores a la Corte IDH acerca de las medidas que se hayan adoptado en cumplimiento de la sentencia.

¹² Ley 27775, Art. 1.

¹³ Herrero de Castro, Rubén David, “El concepto de interés Nacional”, *Evolución del concepto de interés Nacional*, Ministerio de Defensa-Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2010, p. 19.

¹⁴ Kissinger, citado en Muñoz Alonso, Alejandro, *Política exterior e interés nacional. Cuadernos de pensamiento político*, 2006, p. 134.

¹⁵ Beard, Charles A., *The Idea of National Interest. An analytical study in American Foreign Policy*, Nueva York, The Macmillan Company, 1934.

¹⁶ Kissinger, citado en Muñoz Alonso, Alejandro, *op. cit.*, p. 53.

En el marco de la Constitución Política del Perú, la frase “interés nacional” se encuentra expresamente solo en una oportunidad, y asociada a las medidas proteccionistas o discriminatorias en materia de comercio exterior.¹⁷ Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que una de las principales consecuencias de la calificación de “interés nacional” sería la justificación de medidas concretas, es decir, no generales, a manera de excepción.¹⁸ En el marco del derecho administrativo, por su parte, tampoco existe una definición de interés nacional, en cambio se habla del “interés público”, entendido como el que “tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa”.¹⁹

Finalmente, en la práctica, el Estado peruano ha reconocido como “de interés nacional” distintos temas, desde la realización del “IV Congreso Mundial de Reservas de Biósfera de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura-UNESCO”²⁰ hasta, más recientemente, la atención prioritaria de víctimas de esterilizaciones forzadas producidas entre 1995 y 2001.²¹

Ante a esta ausencia de definición puede deducirse que el Estado peruano intentó, con esta calificación, dotar al sistema

¹⁷ Constitución Política del Perú, art. 63: La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de este, adoptar medidas análogas.

¹⁸ Tribunal Constitucional. Miguel Ángel Mufarech, en representación de 5 716 ciudadanos (demandante) vs. Congreso de la República (demandado), resolución de 18 de febrero de 2005 (Exp. 002-2005-PI/TC), párr. 70.

¹⁹ Concretamente la ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General de 10 de abril de 2001. Véase también Tribunal Constitucional. Recurso extraordinario interpuesto por don Juan Carlos Callegari Herazo contra la sentencia expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, sentencia de 5 de julio de 2004 (Exp. 0090-2004-AA/TC), párr. 11.

²⁰ Resolución suprema 005-2015-MINAM, de 22 de septiembre de 2015.

²¹ Decreto supremo 006-2015-JUS, de 5 de noviembre de 2015.

de cumplimiento de sentencias internacionales de la mayor relevancia posible en el conjunto de intereses estatales. Se trata, en mi opinión, de una declaración de buenas intenciones que buscaba romper con lo que había sido, hasta antes de esta norma, la conducta del Perú. No parece, sin embargo, deducirse ninguna consecuencia adicional concreta de la medida, ya que el propio concepto de interés nacional no tiene un contenido asignado en el ordenamiento jurídico peruano. En cualquier caso, creo que sí es un argumento importante para fortalecer la obligación de cumplimiento de sentencias dictadas por tribunales internacionales para que su ejecución no encuentre obstáculos por parte de los operadores nacionales.

3. LOS ÓRGANOS ENCARGADOS DEL SISTEMA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

El sistema de ejecución de sentencias de tribunales supranacionales, según el lenguaje de la ley 27775, no cuenta con un ente autónomo o centralizado a cargo, sino que crea órganos específicos y/o asigna determinadas funciones a otros órganos ya existentes. En ese sentido, se trata más bien de un sistema de coordinación entre el trabajo de distintos órganos, tanto administrativos como judiciales, para lograr el cumplimiento de las sentencias de tribunales internacionales.

En cualquier caso, debe destacarse que las sentencias de tribunales internacionales son directamente aplicables en Perú sin necesidad de ningún acto de habilitación nacional previo. En este sentido, la ley 27775 concuerda y se ve desarrollada en el Código Procesal Constitucional del Perú,²² cuyo artículo 115 establece que:

Las resoluciones de los organismos jurisdiccionales a cuya competencia se haya sometido expresamente el Estado peruano no requieren, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión, ni examen previo alguno. Dichas resoluciones son comunicadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Presidente del Poder Judi-

²² Ley 28237, publicada el 31 de mayo de 2004.

cial, quien a su vez, las remite al tribunal donde se agotó la jurisdicción interna y dispone su ejecución por el juez competente, de conformidad con lo previsto por la ley 27775, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por los tribunales supranacionales.

Esto significa que la sola expedición de la sentencia por el tribunal internacional genera la obligación del Estado de ejecutarla, sin ser necesario que medie ratificación alguna. Tanto la ley 27775 como el Código Procesal Constitucional establecen que luego de su notificación al Ministerio de Relaciones Exteriores, este es el encargado de remitirla al presidente de la Corte Suprema. A su vez, este último la debe remitir a la Sala en la que se agotó la jurisdicción interna, disponiendo su ejecución por el juez especializado o mixto que conoció el proceso previo.

Posteriormente, se publicó la resolución administrativa 089-2010-CE-PJ que “Dicta medidas para implementar disposiciones establecidas en la legislación internacional y nacional con relación al cumplimiento de sentencias emitidas por tribunales internacionales en materia de Derechos Humanos”.²³ Mediante dicha norma se transforma al Cuadragésimo Octavo Juzgado Especializado Civil del Distrito Judicial en el Juzgado Especializado en Ejecución de Sentencias Supranacionales. En ese sentido, y modificando lo dispuesto por la ley 27775, este es el órgano encargado de la exigibilidad de las sentencias de tribunales internacionales en el ordenamiento peruano. Por tanto, todas las funciones otorgadas al “juez competente” en dicha ley deben ser entendidas como funciones del Juzgado Especializado en Ejecución de Sentencias Supranacionales.

Por otro lado, la ley 27775, en su artículo 7, también establecía que la entidad encargada de asumir el pago del monto de la indemnización era el Ministerio de Justicia (hoy Ministerio de Justicia y Derechos Humanos). En ese sentido, este Ministerio debía encargarse de contar con una parte de su presupuesto destinada a pagar las posibles indemnizaciones ordenadas por la Corte IDH.²⁴

²³ Resolución administrativa 089-2010-CE-PJ, de 11 de marzo de 2010.

²⁴ Ley 27775, art. 7.

No obstante, posteriormente se promulgó el decreto legislativo 1068 —Ley del Sistema de Defensa Jurídica del Estado—, que establece que el Consejo de Defensa Jurídica del Estado “es el ente colegiado que dirige y supervisa el Sistema y está integrado por el Ministro de Justicia o la persona quien lo represente, designado mediante Resolución Suprema y por dos miembros designados también por Resolución Suprema” (art. 6).²⁵ Asimismo, que es el procurador público supranacional quien ejerce la defensa jurídica del Estado en instancias supranacionales (art. 20.1).²⁶

El artículo 22 de dicho decreto legislativo,²⁷ así como el artículo 53 de su reglamento,²⁸ establecen que cada entidad del Estado debe hacerse cargo, dentro de su presupuesto, de los pagos ordenados por sentencias de la Corte Interamericana y que, en caso de ser varias entidades, se entienden como obligaciones mancomunadas. En ese sentido, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ha entendido que dicho decreto legislativo ha derogado a la ley 27775 en este extremo.²⁹ No obstante, es necesario determinar qué sucede en el caso de las sentencias de la Corte IDH que fueron emitidas antes de la adopción del decreto legislativo 1068 y cuyas medidas de reparación no han sido ejecutadas a cabalidad.

El artículo 53 del Reglamento del decreto legislativo 1068 también mandata que en los casos en los que no se individualice a la entidad del Estado que debe pagar la indemnización, la determinación queda a cargo del Consejo de Defensa Jurídica del Estado.³⁰ No obstante, esta disposición parece entrar en conflicto con la contenida en la ley 27775 que establece que el Juez Especializado en Ejecución de Sentencias Supranacionales es el en-

²⁵ Decreto legislativo 1068, art. 6.

²⁶ *Ibidem*, art. 20.1.

²⁷ *Ibidem*, art. 22.

²⁸ Decreto supremo 017-2008-JUS, Reglamento del Decreto Legislativo 1068 del Sistema de Defensa Jurídica del Estado.

²⁹ Donaires, Sofía, *El Estado peruano y los derechos humanos: defensa jurídica internacional y el cumplimiento de decisiones internacionales*, Memoria para optar por el Título de Abogada, Lima, PUCP, 2013, p. 87.

³⁰ Decreto supremo 017-2008-JUS, art. 53.

cargado de hacer cumplir esta medida. Cabe, sin embargo, hacer la interpretación de que solo en los casos en los que dicho juez no pueda determinar la entidad encargada de realizar el pago, por falta de claridad en la sentencia, entonces el Consejo de Defensa Jurídico es quien debe tomar esta decisión.³¹ En la práctica, el juez especializado no ha asumido en ningún caso esta función, por lo que sigue siendo el Consejo de Defensa Jurídica quien ha realizado esta tarea. Resta ver cómo se realizará la coordinación entre estas dos instancias, si es que el juez especializado decide reclamar su competencia.

4. LAS DECISIONES OBJETO DE EJECUCIÓN Y SEGUIMIENTO Y UN SISTEMA COMPLEJO DE DISTRIBUCIÓN DE FUNCIONES

Ciertamente, son las sentencias de la Corte IDH, y las otras medidas que esta dicta, las que ocupan un lugar privilegiado en el marco normativo peruano. No obstante, debe reconocerse que Perú regula también el seguimiento de resoluciones no vinculantes, como las recomendaciones de órganos como la Comisión Interamericana y los comités de las Naciones Unidas, entre otros. En razón a este amplio abanico se configura una distribución de funciones y competencias, que son las que ahora se analizan.

4.1. La ejecución de sentencias de tribunales internacionales

Como se ha mencionado, los tipos de reparaciones que ordena la Corte IDH son de la más distinta naturaleza. En consecuencia, la ley 27775 buscó responder a esta realidad distinguiendo dos tipos de medidas de reparación: las de pago de indemnización y las que no implican el pago de una indemnización. Respecto a las primeras, de acuerdo con el artículo 2 de la ley, si la sentencia prevé el pago de una suma de dinero determinada, el juez especializado supranacional debe notificar al Ministerio de Justicia

³¹ Donaires, Sofía, *op. cit.*, pp. 88 y 89.

para que cumpla con el pago en un plazo máximo de diez días. La comunicación se realiza a través de una resolución del juez en la que se ordena proceder con el pago, en virtud de la sentencia de la Corte IDH.³²

Sin embargo, si la sentencia dispone el pago de una suma de dinero por determinar, dicho juez especializado en ejecución de sentencias supranacionales (juez especializado) debe notificar a la entidad responsable del pago, junto con los medios probatorios ofrecidos por el ejecutante, en un plazo de diez días. En dicho plazo la entidad puede oponerse al monto que se pretende y ofrecer medios probatorios. El paso siguiente consiste en la orden del juez especializado de desahogar los medios probatorios pertinentes en audiencia de conciliación, en un plazo no mayor a 30 días. El juez debe posteriormente pronunciar la resolución dentro de los 15 días siguientes. Si es que se decidiera apelar, esta pretensión es concedida con efecto suspensivo y debe ser resuelta por la Sala de la Corte Superior.

Finalmente, en un tercer supuesto, si la sentencia declara que la parte había sufrido daños y perjuicios distintos al derecho conculcado o como consecuencia de los hechos materia de juzgamiento internacional, y dejaba a salvo el derecho del mismo para hacerlo valer conforme a la jurisdicción interna, la parte deberá interponer la demanda por daños y perjuicios, de acuerdo con lo regulado de manera general en el título II de la sección quinta del Código Procesal Civil.

En caso de que la sentencia ordene el pago de medidas no indemnizatorias, dicha ley establece un plazo de diez días, después de haber sido recibida la comunicación de la Corte Suprema, para que el juez especializado ordene a los órganos e instituciones estatales concernidas el cese de la situación que dio origen a la sentencia referida, indicando la adopción de las medidas necesarias. Además, en caso que la sentencia se refiera a una resolución judicial, el juez competente tiene el deber de adoptar las disposiciones pertinentes para la restitución de las cosas al estado en que se encontraban antes de que se produjera la violación.³³

³² Ley 27775, art. 2.

³³ *Ibidem*, art. 4.

A pesar de toda la normativa que regula este sistema, en la práctica ha sido el procurador público especializado supranacional, en el marco del decreto legislativo 1068, quien se ha encargado de la gestión de la ejecución de las sentencias de tribunales internacionales en Perú.³⁴ Este órgano es el que coordina directamente el cumplimiento de las sentencias con las entidades responsables e involucradas.³⁵

4.2. Supervisión del cumplimiento de los acuerdos de solución amistosa

Otro punto que merece una especial atención es el proceso de ejecución de los acuerdos de solución amistosa. Esta figura se encuentra recogida en el artículo 48.1, inciso f de la Convención Americana y tiene como finalidad auspiciar un procedimiento de conciliación en un marco de respeto a los derechos humanos. El Estado peruano recién recurrió al mecanismo de las soluciones amistosas a partir de 2001.³⁶

En ese sentido, las normas procedimentales del Sistema Interamericano no establecen un procedimiento detallado de solución amistosa. En la práctica, en Perú, con base en el decreto legislativo 1068 y su reglamento, la negociación se hace a través de reuniones con los representantes de las víctimas y la Procuraduría Pública Especializada Supranacional. En ese sentido, el artículo 29 del reglamento (solución amistosa) establece que:

La suscripción de un acuerdo de solución amistosa será autorizada por el Consejo [de Defensa Jurídica del Estado] y formalizada con Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Justicia y de otros sectores involucrados, de ser el caso.

³⁴ Donaires, Sofía, *op. cit.*, p. 83.

³⁵ *Ibidem*, p. 94.

³⁶ Salvo para extender plazos. Véase Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 3 de septiembre de 1998. Serie C, núm. 40, párr. 7.

Cuando el caso comprenda a otras entidades del Estado distintas al Poder Ejecutivo, se deberá contar con la opinión favorable del Titular de la entidad.³⁷

A la fecha, son 12 los acuerdos de solución amistosa suscritos.³⁸ Perú ha cumplido con la ejecución total de 4% de los acuerdos de solución amistosa. Por otro lado, el cumplimiento parcial equivale aproximadamente a 8%.³⁹

Un caso particular es el nivel de cumplimiento del acuerdo de solución amistosa en el caso de María Mamérita Mestanza, víctima de esterilización forzada durante el gobierno de Fujimori. En este caso, se ha cumplido a cabalidad con los ocho compromisos acordados.⁴⁰

4.3. Ejecución de medidas provisionales

En el caso de las medidas provisionales otorgadas por la Corte IDH, el artículo 2, inciso e de la ley 27775 dispone que estas deberán ser de inmediato cumplimiento, debiendo el juez especia-

³⁷ Decreto supremo 017-2008-JUS, art. 29.

³⁸ CIDH. Informe N° 69/14. Caso 12.041, M.M., de 25 de julio de 2014; Informe 22/11. Petición 71-06 y otras. Gloria José Yaquetto Paredes y otros, de 23 de marzo de 2011; Informe 20/08. Petición 494-04. Romeo Edgardo Vargas Romero, de 13 de marzo de 2008; Informe 71/07. Petición 758-01 y otras. Hernán Atilio Aguirre Moreno y otros, de 27 de julio de 2007; Informe 20/07. Petición 732-01 y otras. Eulogio Miguel Paz Melgarejo y otros, de 9 de marzo de 2007; Informe 109/06. Petición 33-03 y otras. Alejandro Espino Méndez y otros, de 21 de octubre de 2006; Informe 49/06. Petición 12.033. Rómulo Torres Ventocilla, de 15 de marzo de 2006; Informe 50/06. Petición 711-01 y otras. Miguel Grimaldo Castañeda Sánchez y otros, de 15 de marzo de 2006; Informe 31/04. Petición 12.078. Ricardo Manuel Semoza di Carlo, de 11 de marzo de 2004; Informe 70/03. Petición 11.149. Augusto Alejandro Zúñiga Paz, de 10 de octubre de 2003; Informe 71/03. Petición 12.191. María Mamérita Mestanza Chávez, de 10 de octubre de 2003, e Informe 75/02. Petición 12.035. Pablo Ignacio Livia Robles, de 13 de diciembre de 2002.

³⁹ Información actualizada a diciembre de 2013.

⁴⁰ CIDH. Solución Amistosa, María Mamérita Mestanza Chávez, *cit.*

lizado ordenar su ejecución dentro del término después de 24 horas de recibida la comunicación de la decisión respectiva.⁴¹ Sin embargo, la Procuraduría Pública Especializada Supranacional es el órgano que realiza el seguimiento sobre el particular, a pesar de que la entidad encargada de ejecutar sea aquella que la Corte IDH determine en su medida provisional.

A la fecha, en Perú se han presentado solicitudes de medidas provisionales para 16 casos. No obstante, hasta este momento no se encuentra vigente ninguna de estas medidas. La última en ser levantada fue la correspondiente al caso *Wong Ho Wing* antes señalado.

4.4. Ejecución de decisiones de organismos internacionales no judiciales

Además de regular la ejecución de sentencias de tribunales internacionales, el sistema también prevé un mecanismo para la implementación de otras resoluciones de organismos no jurisdiccionales, como la Comisión Interamericana y los comités del Sistema Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En efecto, el decreto supremo 014-2000-JUS señala que existe un deber general de cooperación para coadyuvar a la promoción y protección de los derechos humanos. Esta es la razón por la cual el Estado procesará dichas decisiones de acuerdo con el principio de buena fe.

El Estado peruano sigue en este punto el pronunciamiento de la Corte IDH sobre el cumplimiento de las recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana. En el caso *Loayza Tamayo*, la Corte Interamericana afirmó lo siguiente:

En virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las reco-

⁴¹ Ley 27775, art. 2.e.

mendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana [...].⁴²

En efecto, el principio de buena fe, como regla de interpretación de los tratados, es la expresión del principio de obligatoriedad de la palabra dada (*pacta sunt servanda*) y la idea general que subyace es que debe existir un criterio de razonabilidad al momento de interpretar el tratado.⁴³

La norma establece que el procedimiento está a cargo del Consejo Nacional de Derechos Humanos, órgano del Ministerio de Justicia⁴⁴ encargado de recomendar a los sectores pertinentes la adopción de las medidas de reparación.

No obstante, en la práctica, este procedimiento también es llevado a cabo por la Procuraduría Pública Especial Supranacional, que coordina con las entidades y órganos responsables el seguimiento de las recomendaciones.⁴⁵

4.5. Ejecución de medidas cautelares

En Perú no existe una norma que regule el proceso de ejecución de las medidas cautelares que puede emitir la CIDH conforme al artículo 25 de su reglamento. En ese sentido, es también la Procuraduría Pública Especializada Supranacional la que coordina dicha tarea. Esta se comunica con la entidad encargada del tema materia de la medida cautelar para coordinar que la última tome las medidas necesarias.

En conclusión, se trata de una tarea conjunta tanto del poder judicial, a través del juez especializado, como del poder ejecutivo a través de la Procuraduría Supranacional y del Ministerio de Relaciones Exteriores, que comunica las decisiones internacionales. Veamos ahora el nivel de funcionamiento de estas medidas.

⁴² Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, cit., párr. 80.

⁴³ Dörr, Oliver y Schmalenbach, Kirsten (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Londres-Nueva York, Springer, 2012, p. 548.

⁴⁴ Creado mediante decreto supremo 012-86-JUS, publicado el 23 de diciembre de 2000.

⁴⁵ Donaires, Sofía, *op. cit.*, p. 97.

5. EL CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN EN EL CASO PERUANO

A pesar de los artículos 62 de la Convención Americana y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, y de contar con el sistema de cumplimiento antes descrito, el Estado peruano no ha satisfecho a cabalidad todas las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana. Perú participa de una suerte de práctica latinoamericana de falta de cumplimiento, o cumplimiento parcial, de las sentencias de la Corte IDH.⁴⁶ De las 37 sentencias emitidas en contra de dicho Estado, hasta la fecha solo se han considerado cumplidas a cabalidad dos: caso *Abrill Alosilla y otros*⁴⁷ y caso *Lori Berenson Mejía*.⁴⁸

A continuación se realizará un análisis del nivel de cumplimiento de los distintos tipos de reparación ordenados por la Corte IDH en las sentencias contra Perú.

5.1. Medidas de investigación y sanción de los responsables

De los 37 casos en los cuales la Corte IDH ha encontrado responsable al Estado peruano, se ha ordenado la investigación y sanción de los responsables en 24 de ellos. En ese sentido, 64% de dichas medidas cuentan con un cumplimiento nulo, mientras que el 36% restante cuenta con un cumplimiento parcial.⁴⁹ Las razones para este nivel de incumplimiento son varias. La debilidad del sistema judicial, así como la falta de capacidad del minis-

⁴⁶ Hawkins, Darren y Jacoby, Wade, "Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American American Courts for Human Rights", Paper prepared for delivery at the 2008 Annual Meeting of the American Political Association, Boston, MA, August 28-31, 2008, p. 4.

⁴⁷ Corte IDH. Caso *Abrill Alosilla y otros vs. Perú*. Supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de 22 de mayo de 2013.

⁴⁸ Corte IDH. Caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de 20 de junio de 2012.

⁴⁹ IDEHPUCP, Boletín de seguimiento del cumplimiento de medidas de reparación. PERÚ, actualizado al 15 de agosto de 2015.

terio público y la falta de voluntad de determinados gobiernos se conjugan para lograr este bajo nivel de cumplimiento.⁵⁰ Además, los jueces y fiscales parecen percibir que la Corte Interamericana está irrumpiendo en su terreno, sobre todo aquellos que se encuentran más empoderados.⁵¹

Aunque la mayoría de las medidas de reparación tienen un nivel de cumplimiento nulo, podemos rescatar el caso *La Cantuta* como uno de los más importantes y en el cual existe un nivel parcial de cumplimiento de la orden de investigar y sancionar a los responsables. En este caso, el Estado llevó a cabo algunas investigaciones, determinando la responsabilidad penal de varios causantes de las violaciones cometidas, como el juicio y condena del expresidente Alberto Fujimori.⁵² Sin embargo, la Corte solicitó al Estado que siguiera informando sobre el avance de las investigaciones y/o sobre otras que se pudieran iniciar, como así también respecto de los avances de los “Acuerdos de colaboración eficaz”.⁵³

5.2. Pago de indemnizaciones

El pago de indemnizaciones es una de las formas de reparación más comunes en el derecho internacional. Cobra especial importancia en los casos en los cuales no es posible la restitución —volver al estado anterior a la violación—, por ejemplo, en violaciones al derecho a la vida.⁵⁴ La Corte IDH ha ordenado el pago de indemnizaciones en 30 oportunidades. De este número, 46% han sido cumplidas totalmente, 25% de manera parcial y 29% tiene un cumplimiento nulo.⁵⁵

⁵⁰ *Ibidem.*

⁵¹ Huneeus, Alexandra, *op. cit.*, pp. 514 y 516.

⁵² Véase Salmón, Elizabeth, *op. cit.*

⁵³ Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de 20 de noviembre de 2009, párr. 10.

⁵⁴ Corte Permanente de Justicia Internacional, *Chorzów Factory*, sentencia de 13 de septiembre de 1928, Serie A, núm. 17, párr. 47.

⁵⁵ IDEHPUCP, *cit.*

Respecto al fondo de donde se obtenía el dinero para pagar las indemnizaciones, aunque la Ley 27775 establecía que era una obligación del Ministerio de Justicia, en la práctica se retiraba del Fondo Especial de Administración del Dinero Obtenido Ilícitamente en Perjuicio del Estado (FEDADOI).⁵⁶ No obstante, este fondo se ha agotado y, ahora, según lo dispuesto por la normativa vigente, el decreto legislativo 1068 y el decreto supremo 017-2008-JUS, son las entidades señaladas como responsables las que deben incluir en su presupuesto una cantidad para el pago de dichas indemnizaciones.

En ese sentido, debido a que el pago de indemnizaciones es una de las formas de reparación de más fácil ejecución, es una de las que tiene mejor nivel de cumplimiento.⁵⁷ No obstante, cabe destacar el decreto de urgencia 052-2010, publicado el 28 de julio de 2010, en el que se prevé una compensación pecuniaria a favor del Estado en caso de que la Corte IDH ordene el pago de indemnización a víctimas condenadas por terrorismo o con deuda pendiente con el Estado.⁵⁸ De lo que se trata es de que el Estado peruano pueda hacer el cobro de las deudas que a su vez los condenados por delito de terrorismo o sus herederos tienen con aquel.

Sobre esto deben hacerse tres precisiones: la primera es que la Corte IDH ha señalado que las cantidades asignadas por concepto de indemnización y reintegro de costas y gastos no deben

⁵⁶ Ley del Fondo Especial de Administración del Dinero Obtenido Ilícitamente en Perjuicio Del Estado-FEDADOI. Decreto de urgencia 122-2001.

⁵⁷ Basch, Fernando *et al.*, “La efectividad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: un enfoque cuantitativo sobre su funcionamiento y sobre el cumplimiento de sus decisiones”, *Sur. Revista internacional de derechos humanos*, vol. 7, núm. 12, 2010, p. 18.

⁵⁸ Art. 2 del decreto de urgencia 052-2010: “[...] la compensación de las obligaciones de pago de cargo del Estado peruano que por concepto de indemnizaciones por daño material, daño inmaterial y/o costas y gastos dispone la Corte Interamericana de Derechos Humanos — CIDH a favor de víctimas y/o beneficiarios que, a su vez, adeuden al Estado sumas de dinero por reparación civil; ya sea como consecuencia de la emisión de una sentencia condenatoria por delito de terrorismo en su contra, o como consecuencia de su calidad de herederos de una reparación civil impaga a favor del Estado”.

ser afectadas o condicionadas por motivos fiscales. Sin perjuicio de ello, la Corte ha precisado que “las eventuales deudas que en el derecho interno tengan las personas que accedieron al sistema interamericano y las acciones legales que pudieran intentar sus posibles acreedores, sean privados o públicos, son asuntos ajenos al proceso internacional ante este Tribunal que el Estado debe resolver conforme a su derecho interno”.⁵⁹ La segunda es que esta medida no se aplicaría a ningún otro tipo de delito previsto en la legislación peruana. Finalmente que, de acuerdo con esta disposición, deberá pagarse toda cantidad sobrante una vez efectuado el cobro estatal.

No obstante, esta medida llega a los extremos cuando se ha denegado por razones políticas el pago de la una indemnización. De esta forma, resulta esclarecedora la declaración de un antiguo ministro de Justicia, Gustavo Adrianzén, quien señaló (con el beneplácito de gran parte de la opinión pública): “No vamos a admitir alguna sentencia que establezca el pago de reparaciones para los familiares de delincuentes terroristas o para las ONG que los patrocinan. Esa es la posición del Estado”.⁶⁰

Esto se evidencia en relación con el caso *Penal Miguel Castro Castro*, única sentencia en la cual Perú tiene un cumplimiento nulo. En dicho caso, las víctimas son procesadas y acusadas por terrorismo. En mi opinión, esta situación no justifica que el Estado se rehúse a cumplir con el pago de indemnizaciones, así como con las otras medidas de reparación ordenadas.

5.3. Rehabilitación en salud

La Corte IDH ha ordenado medidas de rehabilitación en salud en 19 sentencias contra Perú. De este número, 12% cuenta con un

⁵⁹ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 2 de agosto de 2008. Serie C, núm. 181, párr. 53.

⁶⁰ Nota de prensa en línea, “No pagaremos a terroristas ni a ONGs que los patrocinan”, *Diario Correo*, 28 de junio de 2015, <http://diariocorreo.pe/politica/gustavo-adrianzen-no-pagaremos-a-terroristas-ni-ong-que-los-patrocinan-598046/>

cumplimiento total, 44% con cumplimiento parcial y 44% con un cumplimiento nulo. La forma en que el Estado cumple con esta medida es a través del Sistema Integral de Salud (SIS).⁶¹

En ese sentido, la Corte IDH ha entendido como cumplida de manera total la medida de reparación en rehabilitación en salud cuando los beneficiarios se encuentran afiliados a dicho sistema de salud (o al Seguro Social de Salud, Es Salud). Esto sucedió en el caso *Huilca Tecse*, sin embargo, la Corte indicó que el cumplimiento era total mientras el Estado continuara otorgando la atención que las víctimas requerían por el tiempo que fuera necesario, según lo ordenado.⁶²

5.4. Medidas de reparación simbólicas

Las medidas de reparación simbólicas constituyen un tipo de reparación que ha sido ampliamente desarrollado por parte de la Corte IDH, más que por ningún otro tribunal internacional. Constituyen el segundo tipo de medida de reparación con mayor porcentaje de cumplimiento (52%).⁶³ Ha sido ordenada por la Corte IDH en 23 oportunidades en casos contra Perú. Este tipo de medida de reparación posee varias manifestaciones:

- a) publicación de la sentencia en un diario: este tipo de reparación simbólica cuenta con un cumplimiento total de 52%, un cumplimiento parcial de 19% y un cumplimiento nulo de 29%;⁶⁴
- b) nombramiento y construcción de monumentos: este tipo de medida cuenta con un porcentaje de cumplimiento total de 57% y un porcentaje de cumplimiento parcial del 43%,⁶⁵ y

⁶¹ IDEHPUCP, *cit.*

⁶² Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, resolución de 21 de agosto de 2013, párr. 28.

⁶³ Basch, Fernando, *et al.*, *op. cit.*, p. 18.

⁶⁴ IDEHPUCP, *cit.*

⁶⁵ *Idem.*

- c) acto de reconocimiento de responsabilidad: respecto a este tipo de reparación, el grado de cumplimiento total equivale a 64%, mientras que 36% corresponde a un cumplimiento nulo.⁶⁶

Cabe destacar el caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*, en el cual hay un nivel de cumplimiento total de las medidas de reparación simbólica, pues el Estado:

- i) realizó la ceremonia de reconocimiento de responsabilidad el 15 de julio de 2005;
- ii) publicó las partes pertinentes de la sentencia en el *Diario Oficial* el 22 de diciembre de 2005 y el 30 de diciembre de 2005 en el diario *El Comercio*,⁶⁷ y
- iii) el 30 de mayo de 2006 realizó una ceremonia en la cual bautizó un centro educativo del Callao con los nombres de los hermanos Rafael Samuel Gómez Paquiyauri y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri.⁶⁸

5.5. Medidas de reparación que ordenan volver a juzgar

Las medidas de reparación que ordenan volver a juzgar tienen el mayor porcentaje de cumplimiento total. De las cuatro veces que han sido ordenadas, han sido cumplidas de manera total en tres ocasiones (75%) y de manera parcial una vez (25%). En ese sentido, se puede mencionar el caso *De la Cruz Flores*, en el que la Corte ordenó al Estado observar el principio de legalidad y de irretroactividad, así como las exigencias del debido proceso legal en el nuevo proceso contra María Teresa de la Cruz Flores.⁶⁹ No

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, resolución de 22 de septiembre de 2006, párr. 13.

⁶⁸ Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, resolución de 3 mayo de 2008, párr. 14.

⁶⁹ Corte IDH. *Caso de la Cruz Flores vs. Perú*, *cit.*, párr. 1, parte dispositiva.

obstante, hasta la fecha, la Corte IDH no ha declarado cumplida esta medida.⁷⁰

5.6. Medidas de reparación que ordenan la adecuación de normas

La Corte IDH ha ordenado a Perú la adecuación de sus normas internas en siete oportunidades. El cumplimiento total de estas órdenes equivale a 50%. Por otro lado, el cumplimiento parcial equivale a 17% y 33% tiene un cumplimiento nulo.

De esta manera, en el caso *Osorio Rivera y familiares*, la Corte IDH ordenó que el Estado peruano adecuase a los estándares internacionales el tipo penal de desaparición forzada, con especial atención a lo dispuesto en la Convención Americana y en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.⁷¹ Esto en concordancia con lo ordenado con anterioridad en el caso *Gómez Palomino*.⁷² A la fecha no se ha modificado el artículo 320 del Código Penal, que tipifica la desaparición forzada.

5.7. Medidas de reparación que ordenan la constitución de órganos

Esta medida ha sido ordenada una sola vez, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)*, en el cual la Corte IDH ordenó la constitución de un órgano independiente e imparcial que decidiera en forma vinculante y definitiva si estas personas fueron cesadas regular y justificadamente del Congreso. Esta medida tiene un cumplimiento parcial, tras la creación de la Comisión Especial que entró en funciones en julio de 2010.

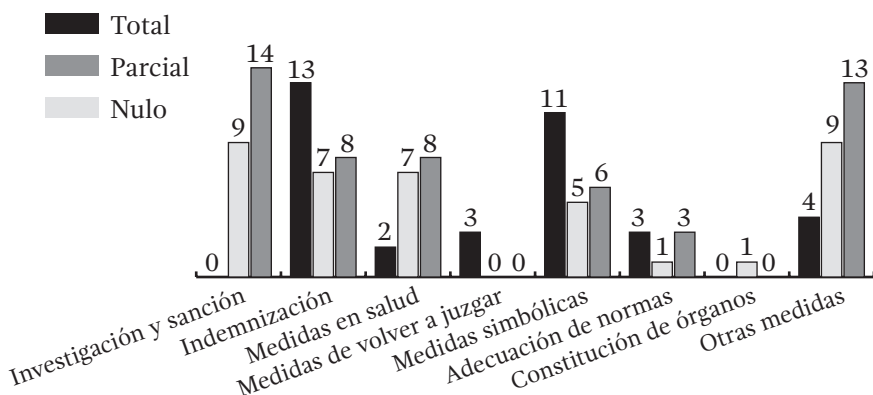
⁷⁰ Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, resolución de 2 de septiembre de 2015, párr. 1, parte resolutive.

⁷¹ Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú*, cit., párr. 271.

⁷² Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*, cit., resolutive 12.

A continuación se muestra una gráfica con el nivel de cumplimiento de las distintas medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH contra Perú:

1. Cumplimiento de las medidas reparación



FUENTE: IDEHPUCP, Boletín de seguimiento del cumplimiento de medidas de reparación — PERÚ, (al 15 de agosto de 2015).

6. A MANERA DE CONCLUSIÓN: RETOS DEL SISTEMA

Ciertamente, el amplio número de sentencias condenatorias que tiene el Estado peruano en el Sistema Interamericano ha exigido que se cree un sistema de cumplimiento de las mismas. El Estado también se ha preocupado por diseñar mecanismos que permitan el seguimiento de resoluciones no vinculantes como los informes de la CIDH.

El sistema que se ha diseñado e implementado en Perú resulta complejo, sobre todo por la promulgación de nuevas normas que derogan tácitamente a las anteriores. Esto ha ocasionado que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos haya adoptado interpretaciones propias que le permitan operativizar dicho sistema. Por otro lado, desde la promulgación del decreto legislativo 1068 y su reglamento, el procurador público especializado supranacional se ha convertido en la persona que, *de facto*, se encarga de coordinar el cumplimiento de las decisiones de tribunales internacionales.

Sin embargo, como se mencionó, existe una laguna respecto a la competencia del Juzgado Especializado y el Consejo de Defensa Jurídica del Estado, en cuanto a que ambos tendrían la competencia de determinar qué entidad debe hacerse cargo del pago de indemnizaciones. Es necesario, por tanto, que haya una coordinación entre estos órganos y que se establezca de manera definitiva quién tiene la competencia sobre el tema, y se armonice de manera expresa la normativa.

A pesar de estos problemas, Perú sí ha logrado cumplir en cierta medida con las reparaciones ordenadas por la Corte IDH. No obstante, como demuestran las cifras, determinadas posiciones políticas, así como problemas en la capacidad de los distintos órganos del Estado, originan que no pueda haber un cumplimiento total de las reparaciones ordenadas. Como resultado, a la fecha solo dos casos cuentan con un cumplimiento total.

BIBLIOGRAFÍA

- BASCH, Fernando *et al.*, “La efectividad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: un enfoque cuantitativo sobre su funcionamiento y sobre el cumplimiento de sus decisiones”, *Sur. Revista internacional de derechos humanos*, vol. 7, núm. 12, 2010.
- BEARD, Charles A., *The Idea of National Interest. An analytical study in American Foreign Policy*, Nueva York, The Macmillan Company, 1934.
- BREGAGLIO, Renata, “El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Proceso y Constitución*, Lima, Palestra, 2014.
- DONAIRES, Sofía, *El Estado peruano y los derechos humanos: defensa jurídica internacional y el cumplimiento de decisiones internacionales*, Memoria para optar por el Título de Abogada, Lima, PUCP, 2013.
- DÖRR, Oliver y SCHMALENBACH, Kirsten (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Londres-Nueva York, Springer, 2012.

- HAWKINS, Darren y JACOBY, Wade, “Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American Courts for Human Rights”, Paper prepared for delivery at the 2008 Annual Meeting of the American Political Association, Boston, MA, August 28-31, 2008.
- HERRERO DE CASTRO, Rubén David, “El concepto de interés Nacional”, *Evolución del concepto de interés Nacional*, Ministerio de Defensa-Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2010.
- HUNEEUS, Alexandra. “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, vol. 44, 2011, pp. 494-533.
- IDEHPUCP, Boletín de seguimiento del cumplimiento de medidas de reparación. PERÚ, actualizado al 15 de agosto de 2015.
- MUÑOZ ALONSO, Alejandro, *Política exterior e interés nacional*. Cuadernos de pensamiento político, 2006.
- ROOT, Rebecca K., “Through the window of opportunity: the transitional justice network in Peru”, *Human Rights Quarterly*, vol. 31, núm. 2, 2009.
- SALMÓN, Elizabeth, *La condena de Fujimori y el derecho internacional de los derechos humanos. Un capítulo fundamental de la lucha contra la impunidad en el Perú*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

Mecanismos de cumplimiento de sentencias y recomendaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Colombia: avances, retos y dificultades

*Juana Inés Acosta López**
*Cindy Espitia***

1. INTRODUCCIÓN

Es reiterada la jurisprudencia de tribunales regionales de protección de los derechos humanos respecto a la necesidad de dotar

* Maestra en Derecho Internacional por la Universidad de Nueva York con beca *Hauser Global Scholar* (primera mujer colombiana en obtenerla). Maestra en Derechos Humanos y Democratización por la Universidad Externado de Colombia y la Universidad Carlos III de Madrid y Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Con trayectoria profesional en el Gobierno Nacional, el Gobierno de Bolivia y Agencias de Cooperación Internacional, fungiendo como Asesora Externa, entre otros, de la Presidencia de la República de Colombia, la Procuraduría Nacional de Bolivia, la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado de Colombia, la Oficina del Alto Comisionado para la Paz, el Ministerio de Relaciones Exteriores, la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, el Fondo de Población de Naciones Unidas y la Oficina de Naciones Unidas para la Mujer. Profesora-investigadora y jefa del área de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho y Ciencia Política en la Universidad de La Sabana, profesora en las Universidades Javeriana, Del Rosario, Militar Nueva Granada, Santo Tomás y Escuela Militar de Cadetes. Es presidenta de la Academia Colombiana de Derecho Internacional (ACCOLDI).

** Comunicadora Social y estudiante de Derecho de la Universidad de La Sabana.

de efectividad a los instrumentos internacionales sobre la materia. Reconocer que su contenido debe ser práctico y no teórico o ilusorio se ha configurado como el eje del trabajo de los órganos que operan en América,¹ Europa² y África³.

Tal vocación de los tribunales no solo implica un papel relevante del derecho internacional para conocer de casos que constituyen violaciones a las Convenciones, atribuir una eventual responsabilidad a los Estados y ordenar una serie de reparaciones. Esta orientación, especialmente, requiere una voluntad política y un compromiso serio de los Estados para implementar los mecanismos adecuados que permitan, en efecto, materializar esa protección a los derechos humanos que se lleva a cabo, en virtud del principio de subsidiariedad,⁴ por las cortes internacionales.

¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Al respecto, véase Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C, núm. 163, párr. 195, y Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, núm. 111, párr. 78.

² Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Al respecto, véase TEDH. *Stanev vs. Bulgaria*, sentencia de 17 de enero del 2012 (Req. núm. 36760/06), párr. 231, y *McKay vs. Reino Unido*, sentencia de 3 de octubre de 2006 (Req. núm. 543/03), párr. 47.

³ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (ACHPR) y Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (ACHRPR). Al respecto, véase ACHRPR. *Alex Thomas vs. República de Tanzania*, sentencia del 20 de noviembre de 2015 (caso No. 005/2013), párr. 135.

⁴ Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C, núm. 260, párr. 228; Corte IDH. *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C, núm. 240, párr. 38; TEDH. *El-Masri vs. Ex República Yugoslava de Macedonia*, sentencia (GS) de 13 de diciembre de 2012 (Req. núm. 39630/09), párr. 141; TEDH. *M.S.S. vs. Bélgica y Grecia*, sentencia (GS) de 21 de enero de 2011 (Req. núm. 30696/09), párr. 286; TEDH. *Varnava y otros vs. Turquía*, sentencia (GS) de 18 de septiembre de 2009 (Req. núms. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90), párr. 53; TEDH. *Cocchiarella vs. Italia*, sentencia (GS) de 29 de marzo de 2006 (Req. núm. 64886/01), párr. 79; TEDH. *Musci vs. Italia*, sentencia (GS) de 29 de marzo de 2006 (Req. núm. 64699/01), párr. 80; ACHRPR. *Lohé*

A su vez, ese compromiso de los Estados debe verse reflejado en la adopción de medidas legislativas, administrativas y sociales que propendan a un cumplimiento eficaz de las recomendaciones y sentencias emitidas por órganos internacionales. Este asunto constituye un gran reto para cada Estado, pues justamente los casos que llegan a tales instancias se caracterizan por revestir gran complejidad, bien sea por la multiplicidad de víctimas, por la existencia de patrones organizados de conducta, por la incidencia de contextos de violencia o por los efectos políticos o sociales que pueden representar.

El caso de Colombia es, en ese sentido, muy interesante, pues además de enfrentar la complejidad que se deriva de la propia tarea de armonizar el derecho internacional y el derecho interno para dar cumplimiento a sentencias y recomendaciones, ha tenido que asumir el reto en medio de un conflicto armado, de más de 50 años de duración, que ha dejado al menos 7 821 641 víctimas registradas.⁵

Así, Colombia ha implementado de forma progresiva diferentes mecanismos para cumplir y materializar las decisiones proferidas por órganos internacionales, especialmente del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) que, tras 37 años de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y 29 años de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH),⁶ ha recibido 2 606 peticiones contra el Estado colombiano a través de la Comisión Interamericana de Derechos

Issa Konaté vs. Burkina Faso. Sentencia de 5 de diciembre de 2014 (App. 004/2013), párr. 78; ACHPR. *Zimbabwe Lawyer for Human Rights and Associated Newspapers vs. Zimbabwe*, Communication No. 284/2003, Sixth Extraordinary Session 30th March – 3rd April, 2009, párr. 99, y ACHPR, *Sir Dawda K. Jawara vs. Gambia*, Communication Nos. 147/95 and 149/96, decisión de 11 de mayo de 2000, párr. 31.

⁵ De acuerdo con el Registro Único de Víctimas. Red Nacional de Información. Unidad para la atención y reparación integral a las víctimas, al 1 de diciembre de 2015, <http://rni.unidadvictimas.gov.co/?q=node/107>

⁶ Colombia firmó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) el 22 de noviembre de 1969, la ratificó el 28 de mayo de 1973 y aceptó la competencia contenciosa de la Corte IDH el 21 de junio de 1985. La CADH entró en vigor el 18 de julio de 1978.

Humanos (CIDH)⁷, y ha conocido de 19 casos contenciosos en su órgano jurisdiccional; 15 de los cuales se encuentran en etapa de supervisión de cumplimiento⁸ y los cuatro restantes⁹ en etapa de fondo.

Por ende, en el presente texto se enunciarán los mecanismos creados por Colombia para la implementación de sentencias y recomendaciones de órganos internacionales; se analizará el estado de cumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte IDH y las recomendaciones de la CIDH, y se abordará el control de convencionalidad como herramienta para materializar la CADH y el desarrollo de su contenido, realizado por su intérprete autorizado.

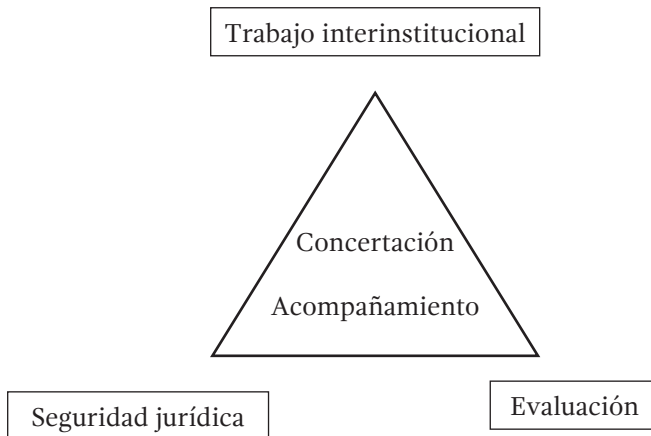
⁷ CIDH. Estadísticas. <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/estadisticas/estadisticas.html> consultado el 21 de febrero de 2016.

⁸ Véase Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C, núm. 287; *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 270; *Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C, núm. 248; *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C, núm. 213; *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C, núm. 192; *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C, núm. 165; *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*, cit.; *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C, núm. 148; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, núm. 140; *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 134; *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 132; *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C, núm. 109; *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 Noviembre de 2002. Serie C, núm. 96, y *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C, núm. 31.

⁹ *Caso Nelson Carvajal Carvajal y Familia vs. Colombia*; *Caso Vereda la Esperanza vs. Colombia*; *Caso Ángel Alberto Duque vs. Colombia*; *Caso Yarce y otros vs. Colombia*.

2. LOS MECANISMOS ADOPTADOS
POR COLOMBIA: ANTECEDENTES,
DESARROLLO Y RETOS PRINCIPALES

Con el paso del tiempo y la retroalimentación de los órganos del sistema internacional de protección de los derechos humanos, el Estado colombiano ha ido fortaleciendo los mecanismos para implementar sentencias y recomendaciones. Su estrategia se ha fundamentado en la creación de espacios de concertación y acompañamiento a las víctimas, que se despliega en tres frentes centrales: *a)* el trabajo interinstitucional; *b)* la seguridad jurídica para las víctimas, y *c)* la evaluación y monitoreo.



2.1. Un trabajo interinstitucional

En el derecho internacional han sido desarrollados una serie de estándares en materia de reparación que no solo abarcan un reconocimiento patrimonial a la víctima, sino que también, y especialmente, se orientan a garantizar la justicia, el acceso a atención psicológica y médica, el restablecimiento o restitución del derecho violado, en la medida que sea posible, la satisfacción de la víctima mediante el reconocimiento de responsabilidad inter-

nacional del Estado y otras medidas similares, así como las garantías de no repetición.

Esta diversidad de materias sobre las que versan las recomendaciones y sentencias de órganos internacionales requiere que exista necesariamente una verdadera coordinación y comunicación entre las ramas, entidades y funcionarios del Estado para su cumplimiento.¹⁰

En Colombia, el Ministerio de Relaciones Exteriores es el encargado de dirigir y coordinar, en principio, el trabajo de las diferentes entidades. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido en reiteradas ocasiones que

[1]a labor de coordinación se traduce en la facultad con que cuenta el Ministerio para *conminar a las diversas autoridades al cumplimiento inmediato de lo ordenado* y correlativamente el deber que le asiste a esta de colaborar efectivamente con aquel, poniendo a su disposición los recursos logísticos y operativos que sean necesarios para la consecución del fin.

Al mismo tiempo, la Cancillería tiene la obligación de buscar, por todos los medios disponibles, que en el mundo de lo fáctico, la medida cautelar despliegue todos sus efectos, *lo cual no significa nada distinto a asumir el asunto como propio*, orientando, por ejemplo, a la víctima sobre la existencia de los diversos programas estatales a los cuales puede recurrir para proteger sus derechos fundamentales.¹¹ (cursivas añadidas)

En tal sentido,

- i) es el Ministerio de Relaciones Exteriores, quien cumple el rol de coordinador en el proceso;
- ii) se entiende cumplida la obligación del Ministerio una vez que la decisión del Tribunal u órgano internacional pueda materializarse plenamente;

¹⁰ Corte IDH. *Caso Luna López vs. Honduras*. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 127.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-558/13, de 22 de agosto de 2013; sentencia T-653/12, de 23 de agosto de 2012; sentencia T-387/10, de 21 de mayo de 2010; sentencia T-585A/11, de 28 de julio de 2011, y sentencia T-524/05, de 20 de mayo de 2005.

- iii) las autoridades requeridas por el Ministerio tienen, a su vez, el deber de poner a disposición los recursos necesarios;
- iv) debe darse un acompañamiento a la víctima para que conozca los mecanismos con los que cuenta el Estado para proteger sus derechos, y
- v) debe asumirse el asunto con la mayor diligencia y compromiso, “como si fuera propio”.

Para el cumplimiento de este deber, el Estado ha creado grupos de trabajo, bajo la dirección del Ministerio de Relaciones Exteriores, dedicados exclusivamente a dar, de manera articulada con las demás entidades del Estado, seguimiento al cumplimiento de las órdenes contenidas en las sentencias emitidas por la Corte IDH, acuerdos concertados en el marco de soluciones amistosas homologadas ante el Sistema Interamericano, recomendaciones formuladas por la CIDH en virtud de los artículos 50 y 51 de la CADH, e informes del Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (Comité de Derechos Humanos).

Actualmente, el Grupo Interno de Trabajo de Seguimiento a las Órdenes y Recomendaciones de Órganos Internacionales en materia de Derechos Humanos (GSORO)¹² es el encargado de desarrollar dichas labores y para esto, en compañía de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE), diseña un plan de trabajo, remite oficios solicitando información, delega el cumplimiento de las medidas a las entidades competentes y realiza reuniones de acompañamiento y concertación con los peticionarios y víctimas.

El trabajo con las instituciones públicas del orden nacional, departamental y municipal opera bajo los principios de concurrencia, complementariedad y corresponsabilidad. El principio de concurrencia es fundamental para lograr un trabajo mancomunado de las diferentes entidades estatales. En palabras de la Corte Constitucional:

¹² Creada mediante resolución 5674 de 2015 del Ministerio de Relaciones Exteriores, https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_minrelaciones_5674_2015.htm

En determinadas materias, la actividad del Estado debe cumplirse con la participación de los distintos niveles de la Administración. Ello implica, en primer lugar, un criterio de distribución de competencias conforme al cual las mismas deben atribuirse a distintos órganos, de manera que se garantice el objeto propio de la acción estatal, sin que sea posible la exclusión de entidades que, en razón de la materia estén llamadas a participar. De este principio, por otra parte, se deriva también un mandato conforme al cual las distintas instancias del Estado deben actuar allí donde su presencia sea necesaria para la adecuada satisfacción de sus fines, sin que puedan sustraerse de esa responsabilidad.¹³

De esta manera, el Estado colombiano ha ido creando una estructura institucional coordinada y orientada a las víctimas, en la que las diferentes entidades están llamadas a actuar con la mayor diligencia para cumplir y materializar, con todos sus efectos, las reparaciones ordenadas en las sentencias y las recomendaciones de órganos internacionales.

2.2. Seguridad jurídica para las víctimas

Colombia también ha buscado crear un marco legal para garantizar el pago de las indemnizaciones ordenadas a las víctimas, tanto por la Corte IDH como por la CIDH. Este marco, además de establecer un procedimiento para el pago de indemnizaciones, asigna un presupuesto para su cumplimiento, con el fin de que las víctimas, después de haber enfrentado un litigio internacional, no tengan que iniciar engorrosos procesos para reclamar lo otorgado, sino que, por el contrario, cuenten con seguridad jurídica para exigirlo.

Así, el Estado ha desarrollado dos procedimientos diferentes, según el órgano que haya ordenado el pago de las indemnizaciones. Si fue la CIDH o el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se realiza el cumplimiento mediante la Ley 288 de 1996, y si se trata de una orden de reparación de la Corte IDH, se lleva a cabo por medio del “Rubro 3613”.

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-149/10, de 4 de marzo de 2010.

2.2.1. *La ley 288 de 1996:
antecedentes, desarrollo y retos*

El proyecto de ley que dio origen a la ley 288 de 1996 fue presentado en un momento en el que Colombia estaba siendo cuestionado por la falta de cumplimiento de las recomendaciones de la CIDH. En el Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia (1993), la CIDH hizo mención de algunos informes de casos individuales y señaló que veía “con honda preocupación que el Gobierno de Colombia haya hecho caso omiso de tales recomendaciones y por tal motivo lo exhorta, nuevamente, para que les dé cumplimiento”.¹⁴ Igualmente afirmó que

[p]ese del tiempo transcurrido, hasta el momento no se percibe solución al pago de la indemnización [...] el Gobierno de Colombia tampoco parece haber efectuado gestiones tendientes a lograr una adecuación de su legislación interna a las normas de la Convención Americana, como lo establece el artículo 2º de dicha norma, si estima que realmente existe tal incompatibilidad.

Si el Gobierno de Colombia está en desacuerdo con algunas de las proposiciones o recomendaciones contenidas en un determinado informe, emitido por la Comisión en un caso tramitado de conformidad con la Convención Americana, dicho instrumento le franquea el camino para expresar tal disconformidad, sometiendo el caso en cuestión, como es su derecho, a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que no ha hecho, limitándose a no dar cumplimiento a las recomendaciones de la Comisión.¹⁵

En la exposición de motivos del proyecto de la ley 288 de 1996 se describe que el Estado colombiano, en una reunión que sostuvo con la Comisión Interamericana en febrero de 1994, asumió el compromiso de presentar a consideración del Congreso de la República un proyecto de ley referente al pago de las indemnizaciones a que hagan referencia los informes de la Comisión

¹⁴ CIDH. Segundo Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Colombia. 1993. Conclusiones, párr. 20.

¹⁵ *Ibidem*, el régimen de excepción en el ordenamiento jurídico vigente, párrs. 1 y 2.

Interamericana sobre casos concretos de violaciones a derechos humanos con cargo al Presupuesto Nacional.

Una vez aprobado el proyecto y promulgada la ley, se estableció un procedimiento en el que se destacaran especialmente los siguientes tres pasos, una vez que el Comité del Pacto o la CIDH hayan emitido sus informes, recomendando el pago de una indemnización:

1. *Concepto previo*: en virtud del artículo 2 de la Ley, un comité compuesto por el Ministro del Interior, el Ministro de Relaciones Exteriores, el Ministro de Justicia y el Ministro de Defensa Nacional; debe emitir un concepto favorable para la realización del pago, en un plazo de 45 días contados a partir de la notificación del pronunciamiento internacional. Este está supeditado al cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley y en la Constitución.¹⁶ Si el Comité, al revisar las pruebas recaudadas y las providencias, tanto internas como internacionales, considera que no se cumplen los presupuestos, deberá comunicarle al Gobierno Nacional para que presente los recursos pertinentes ante el órgano internacional.

Sin embargo, la Ley es clara en establecer que, cuando no es posible recurrir la decisión del órgano internacional, el Comité deberá rendir concepto favorable.¹⁷ Esta última disposición ha causado enorme controversia, dado que ni la CIDH ni el Comité del Pacto tienen propiamente una instancia ante la cual puedan recurrirse sus decisiones, por lo que algunos han interpretado que el Comité, en virtud de esta norma, queda obligado en todas las circunstancias a cumplir las recomendaciones y que el papel del Comité es simplemente formal.

2. *Audiencia de conciliación*: de acuerdo al artículo 3, el Gobierno Nacional procede a solicitar una audiencia de conciliación ante el agente del Ministerio Público adscrito al Tribunal Contencioso Administrativo o juzgado competente para dirimir la controversia objeto de conciliación, en un término que no puede exceder los 30 días.

El agente del Ministerio Público deberá citar a los interesados para que presenten los medios de prueba que acrediten su legítimo interés y la cuantía de los perjuicios.¹⁸

¹⁶ Ley 288, art. 2, párrafo 2.

¹⁷ *Ibidem*, art. 2, párrafo 3.

¹⁸ *Ibidem*, art. 3.

Si se logra un acuerdo, las partes deben suscribir un acta que se envía al Tribunal Contencioso Administrativo o juzgado. En el caso de que no se llegue a un acuerdo en este trámite, los interesados podrán acudir ante el Tribunal Contencioso Administrativo, para el trámite de liquidación de perjuicios por la vía incidental.¹⁹

3. *Ante el Tribunal Contencioso Administrativo*: el Magistrado o Juez decidirá si aprueba la conciliación o si ésta es lesiva de los intereses patrimoniales del Estado o si está viciada de nulidad. La providencia tendrá efectos de cosa juzgada.²⁰

Si el Tribunal Contencioso Administrativo o Juzgado determina que el acuerdo de conciliación es lesivo para los intereses patrimoniales del Estado o adolece de nulidad, los interesados pueden:

- i) reformular los términos de la conciliación, o
- ii) si la nulidad no fuere absoluta, subsanarla y someter nuevamente a consideración del Magistrado el acuerdo conciliatorio.²¹

En el marco de este desarrollo, la CIDH ha reconocido el esfuerzo del Estado por cumplir sus recomendaciones así:

La Comisión considera un antecedente destacable la Ley 288 de 1996, por medio de la cual el Estado colombiano estableció instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de derechos humanos. Este mecanismo legislativo ha sido utilizado con resultados positivos en el cumplimiento de los acuerdos de solución amistosa suscritos con el Estado de Colombia. De tal suerte que el informe de solución amistosa publicado por la CIDH opera como una especie de “título ejecutivo” a partir del cual el Gobierno Nacional debe pagar la indemnización, previo el trámite que establece la ley.

Si bien es innegable que la implementación de esta ley ha constituido un paso fundamental de Colombia para garantizar el pago de indemnizaciones ordenadas por la CIDH y el Comité del Pacto, aún existen importantes obstáculos que deben ser superados por el Estado, para darle pleno alcance a la iniciativa.

¹⁹ *Ibidem*, art. 11.

²⁰ *Ibidem*, art. 7.

²¹ *Ibidem*, art. 10.

En primer lugar, sigue existiendo demora en el cumplimiento por parte del Estado bajo este procedimiento, en algunos casos por discusiones sobre responsabilidades institucionales.

En segundo lugar, la ley hace referencia únicamente al cumplimiento de las decisiones de la CIDH y del Comité de Derechos Humanos, por lo que los demás comités de las Naciones Unidas no se encuentran incluidos.

En tercer lugar, preocupa también que el ámbito de aplicación de la ley es solo el cumplimiento de recomendaciones relativas a indemnizaciones, sin contemplar el cumplimiento de acuerdos de soluciones amistosas y de otras medidas de reparación que no tienen carácter indemnizatorio.

Por último, como ya se anticipó, a causa de lo establecido en el artículo 2 de la ley han surgido discusiones frente al verdadero carácter vinculante de las recomendaciones internacionales; especialmente en los parágrafos primero y segundo:

PARÁGRAFO 1o. El Comité proferirá concepto favorable al cumplimiento de la decisión del Órgano Internacional de Derechos Humanos en todos los casos en que se reúnan los presupuestos de hecho y de derecho establecidos en la Constitución Política y en los tratados internacionales aplicables. Para ello tendrá en cuenta, entre otros elementos, las pruebas recaudadas y las providencias recaídas en los procesos judiciales, administrativos o disciplinarios internos y en la actuación surtida ante el respectivo órgano internacional.

PARÁGRAFO 2o. Cuando el Comité considere que se no se reúnen los presupuestos a que hace referencia el parágrafo anterior, deberá comunicarlo así al Gobierno Nacional para que presente la demanda o interponga los recursos del caso contra la aludida decisión ante órgano internacional competente, si lo hubiere. En todo caso, *si no existiere segunda instancia prevista en el tratado internacional aplicable o se hubiere agotado el término para impugnar la decisión, el Comité deberá rendir concepto favorable al cumplimiento de la decisión del órgano internacional*". (cursivas añadidas)

En efecto, al no existir una segunda instancia de los órganos internacionales objeto de las recomendaciones, pareciera imposible que el Comité de Ministros pudiera dar concepto no favorable al cumplimiento. Esta discusión sigue vigente en Colombia,

aunque las distintas cortes nacionales parecen favorecer la posición según la cual el Comité conserva la posibilidad de emitir concepto desfavorable al cumplimiento de la recomendación internacional.

2.2.2. Cumplimiento de las reparaciones ordenadas por la Corte IDH

Cuando las reparaciones han sido ordenadas por la Corte IDH, no es necesario agotar el procedimiento establecido en la ley 288, ya que se cuenta con un presupuesto asignado y un mecanismo más expedito y ágil para el cumplimiento.

Así, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público cuenta con un rubro especial denominado “Rubro 3613 Fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. De manera tal que, por solicitud de la Cancillería, el Ministerio de Hacienda puede asignar la suma que corresponda a la entidad que se haya comprometido a cumplir con determinada medida de reparación. Este procedimiento tiene además la ventaja de que no se limita al cumplimiento de las medidas de indemnización, sino que el presupuesto puede cubrir el cumplimiento de cualquier otra medida de reparación.

El mayor reto en materia de cumplimiento de las órdenes de reparación de la Corte IDH se encuentra en que las entidades se comprometan a contribuir a la reparación en razón de la naturaleza de la medida, y no por el origen de la responsabilidad. Este reto se ha ido superando con el paso del tiempo. Por ejemplo, aunque el Ministerio de Vivienda nunca se ha visto involucrado en el origen de alguna de las violaciones a los derechos humanos analizada por la Corte IDH, lo cierto es que es el idóneo para contribuir con el cumplimiento de la medida de reparación relacionada con el otorgamiento de vivienda. La independencia del rubro para el cumplimiento ha permitido que, cada vez más, las distintas entidades comprendan que la responsabilidad internacional es del Estado en su conjunto y que, en ese sentido, no se trata de una discusión de responsabilidades institucionales, como la que podría surgir en el marco de un proceso contencioso administrativo.

2.3. Evaluación y monitoreo

Con recursos del crédito del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la ANDJE contrató los servicios de un consultor a fin de robustecer el mecanismo de cumplimiento de recomendaciones y órdenes emanadas de los órganos del Sistema Interamericano en el caso de Colombia.

La consultoría contempla el diagnóstico del país sobre el particular y el estudio de buenas prácticas y experiencia de otros Estados parte de la Organización de los Estados Americanos (OEA), que puedan enriquecer el fortalecimiento institucional del país, atendiendo a sus particularidades.

El proceso de evaluación y diagnóstico se encuentra actualmente en etapa de ejecución.²²

3. EL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS Y RECOMENDACIONES ORDENADAS

En el presente apartado, se estudiará el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH y de las recomendaciones de la CIDH por parte de Colombia. Para abordar el primer punto, se dividirán las reparaciones ordenadas por la Corte en tres grupos, según el grado de dificultad de su cumplimiento. Para desarrollar el segundo punto, se revisará el proceso surtido por el Estado en los nueve informes de fondo, emitidos de conformidad con el artículo 50 de la CADH, emitidos entre el 5 de abril de 2013 y el 21 de agosto de 2015.

3.1. El cumplimiento de Colombia respecto de las sentencias de la Corte IDH

Como se mencionó, la Corte IDH ha declarado la responsabilidad internacional de Colombia en 15 casos²³ y ha evaluado el cumpli-

²² Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Derecho de Petición. Radicado 20158001651102.

²³ Véase Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, cit.; *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Despla-*

miento de las reparaciones ordenadas en 11 de estos, para lo cual ha emitido 44 resoluciones de supervisión, como se aprecia en el siguiente cuadro:

CUADRO 1. *Resoluciones de supervisión del cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH*

Caso	Fecha de la sentencia	Resoluciones
<i>Caballero Delgado y Santana vs. Colombia</i>	29 de enero de 1997	27 de febrero de 2012 17 de noviembre de 2009 6 de febrero de 2008 10 de diciembre de 2007 27 de noviembre de 2003 27 de noviembre de 2002
<i>Las Palmeras vs. Colombia</i>	26 de noviembre de 2002	3 de febrero de 2010 7 de diciembre de 2009 4 de agosto de 2008 17 de noviembre de 2004
<i>19 comerciantes vs. Colombia</i>	5 de julio de 2004	26 de junio de 2012 8 de febrero de 2012 8 de julio de 2009 26 de noviembre de 2008 10 de julio de 2007 2 de febrero de 2006
<i>Gutiérrez Soler vs. Colombia</i>	12 de septiembre de 2005	8 de febrero de 2012 30 de junio de 2009 3 de diciembre de 2008 31 de enero de 2008
<i>Masacre de Mapiripán vs. Colombia</i>	15 de septiembre de 2005	23 de noviembre de 2012 8 de febrero de 2012 8 de julio de 2009 26 de noviembre de 2008

zadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, cit.; Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia, cit.; Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, cit.; Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, cit.; Caso Escué Zapata vs. Colombia, cit.; Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia, cit.; Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, cit.; Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, cit.; Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, cit.; Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia, cit.; Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, cit.; Caso Las Palmeras vs. Colombia, cit.; Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia, cit.

Caso	Fecha de la sentencia	Resoluciones
<i>Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia</i>	31 de enero de 2006	8 de febrero de 2012 9 de julio de 2009 26 de noviembre de 2008
<i>Masacres de Ituango vs. Colombia</i>	1 de julio de 2006	21 de mayo de 2013 8 de febrero de 2012 28 de febrero de 2011 22 de diciembre de 2010 7 de julio de 2009
<i>Masacre de la Rochela vs. Colombia</i>	11 de mayo de 2007	31 de agosto de 2015 8 de febrero de 2012 26 de agosto de 2010
<i>Escué Zapata vs. Colombia</i>	4 de julio de 2007	8 de febrero de 2012 21 de febrero de 2011 18 de mayo de 2010
<i>Valle Jaramillo y otros vs. Colombia</i>	27 de noviembre de 2008	8 de febrero de 2012 15 de mayo de 2011 28 de febrero de 2011 21 de diciembre de 2010
<i>Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia</i>	26 de mayo de 2010	8 de febrero de 2012 30 de noviembre de 2011

La Corte aún no ha evaluado el cumplimiento en los casos *Masacre de Santo Domingo*, *Vélez Restrepo*, *Operación Génesis* y *Rodríguez Vera* y otros.

Así, con el fin de sistematizar las reparaciones ordenadas en estos casos objeto de revisión, se organizarán según el grado de dificultad de su cumplimiento en los siguientes grupos:

- i) *grado de dificultad alto*: principalmente, las relacionadas con políticas públicas y las obligaciones de medio que, por el contexto del Estado, comportan mayores obstáculos para su cumplimiento;
- ii) *grado de dificultad medio*: especialmente aquellas que, para su ejecución e implementación, requieren de concertación y acuerdo entre las partes, y
- iii) *grado de dificultad bajo*: en particular, las que ordenan el pago de indemnizaciones y publicación de sentencias.

3.1.1. *Reparaciones
con un alto grado de dificultad*

En este grupo de reparaciones se incluyeron la obligación de investigar, juzgar y sancionar; las garantías para el regreso de los desplazados; la identificación de víctimas ejecutadas y desaparecidas, y el tratamiento médico y psicológico.

1. *Obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar:* la Corte ha ordenado esta medida de reparación en los 15 casos fallados contra Colombia. En los 11 casos revisados por la Corte IDH, el Tribunal Interamericano ha reconocido los esfuerzos del Estado para cumplir con esta medida, como la condena a agentes estatales, el traslado de la investigación a la jurisdicción ordinaria, la implementación de mecanismos para contrastar información y la designación de más investigadores. Sin embargo, ha decidido mantener abierto el mecanismo de supervisión en todos y ha solicitado más información al respecto.²⁴
2. *Garantías para el regreso de los desplazados:* seguridad y vivienda. La Corte IDH ha revisado el cumplimiento de esta medida de reparación en cuatro casos, en los cuales

²⁴ Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 31 de agosto de 2015; *Caso de Masacres de Ituango vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de mayo de 2013; *Caso de Masacres de Mapiripán vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 23 de noviembre de 2012; *Caso de 19 comerciantes vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 26 de junio de 2012; *Caso de las Palmeras vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 3 de febrero de 2010; *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 27 de febrero de 2012; *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 8 de febrero de 2012; *Caso de Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 8 de febrero de 2012; *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 8 de febrero de 2012; *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 8 de febrero del 2012, y *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 8 de febrero de 2012.

concluye que mantendrá abierto el mecanismo de supervisión. No obstante, ha valorado los esfuerzos del Estado para implementar programas que garanticen la seguridad y la vivienda de las víctimas desplazadas. Especialmente, ha reconocido el trabajo del Estado para difundir estos programas y dar a conocer a las víctimas sus derechos y los programas de apoyo integral a los desplazados.²⁵

3. *Identificación de víctimas ejecutadas y desaparecidas*: la Corte ha verificado el cumplimiento de esta medida en seis casos, decidiendo mantener abierto el mecanismo de supervisión, pues si bien el Estado ha avanzado en la concertación y programación de los programas para tal fin, no se han dado importantes avances en términos generales. No obstante, la Corte ha mostrado especial interés en el Centro Único Virtual de identificación y reconoció que Colombia cumplió con la entrega de los restos del señor Hernán Lizcano a sus familiares (caso de *Las Palmeras vs. Colombia*).²⁶
4. *Tratamiento médico y psicológico*: la Corte ha ordenado esta medida en 13 casos. En los nueve casos revisados por la Corte sobre este tema, el Tribunal, a pesar de hacer referencia a la obligación del Estado de brindar atención médica y psicológica a las víctimas y a sus familiares, consideró que evaluará el cumplimiento de esta medida en un análisis conjunto. Esto, dado que en Colombia se llevó a cabo un proceso de concertación con las víctimas

²⁵ Corte IDH. *Caso de Masacres de Ituango vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso de Masacres de Mapiripán vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso de 19 comerciantes vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*, y *Caso de Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*

²⁶ Corte IDH. *Caso de Masacres de Mapiripán vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso de 19 comerciantes vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso de Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*, y *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*

de los nueve casos, con la participación de consultorías especializadas en el tratamiento especial de víctimas de violaciones de derechos humanos. Por tal razón, mantiene abierto el mecanismo de supervisión en este punto.²⁷

3.1.2. Reparaciones con un grado de dificultad medio

En este grupo de reparaciones se incluyeron los actos conmemorativos y su difusión; el reconocimiento de responsabilidad del Estado; el diplomado de capacitación en derechos humanos en la ESAP; la beca en la especialización en derechos humanos de la ESAP; la gestión de becas para los familiares de las víctimas; la creación de una beca con el nombre de la víctima; la protección de operadores de justicia, víctimas y familiares; el mecanismo de participación de las víctimas; los mecanismos de control en el marco de detenciones, y la creación de un fondo con el nombre de la víctima para la comunidad.

1. *Actos conmemorativos y difusión de estos*: en cinco casos revisados relacionados con esta medida, la Corte IDH concluyó que el Estado cumplió parcialmente en dos, pues a pesar de realizar el acto protocolario, no lo ha difundido,²⁸ y en los tres restantes insta a las partes a que lleguen a un acuerdo,²⁹ tal como se refleja en el siguiente cuadro:

²⁷ Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso de Masacres de Ituango vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso de Masacres de Mapiripán vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso de 19 comerciantes vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso de Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*, y *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*

²⁸ Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*, y *Caso de Masacres de Ituango vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*

²⁹ Corte IDH. *Caso de Masacres de Mapiripán vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso de 19 comerciantes vs. Colombia*. Su-

CUADRO 2. *Grado de cumplimiento de dicha medida*

<i>Caso</i>	<i>Grado de cumplimiento</i>
<i>Masacre de la Rochela vs. Colombia</i>	La Corte concluyó que el Estado cumplió con la ubicación de placas conmemorativas. Sin embargo, señaló que seguía pendiente la difusión de los actos de conmemoración en el Palacio de Justicia por medio de un canal institucional.
<i>Masacres de Ituango vs. Colombia</i>	La Corte concluye que existe un cumplimiento parcial de la medida de reparación, pues falta la difusión.
<i>Masacres de Mapiripán vs. Colombia</i>	La Corte decide mantener abierta la supervisión de cumplimiento a la medida de construcción de monumento para recordar los hechos.
<i>19 comerciantes vs. Colombia</i>	La Corte decide mantener abierta la supervisión de cumplimiento a la medida de construcción de monumento para recordar los hechos.
<i>Valle Jaramillo vs. Colombia</i>	La Corte mantiene abierto el mecanismo de supervisión de cumplimiento e insta a las partes a que lleguen a un acuerdo.

2. *Reconocimiento de responsabilidad*: la Corte ha ordenado esta medida de reparación en 11 casos contra Colombia, evaluando el cumplimiento del Estado en ocho casos, respecto a los cuales concluyó que cumplió a cabalidad en cinco, parcialmente en un caso, pues no lo ha difundido,³⁰ e insta a las partes en los dos casos restantes para que lleguen a un acuerdo.³¹

pervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*, y *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*

³⁰ Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*

³¹ Corte IDH. *Caso de Masacres de Ituango vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*, y *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*

3. *Diplomado de capacitación en derechos humanos en la ESAP*: la Corte IDH ordenó el cumplimiento de esta medida en dos casos, —*Masacre de la Rochela* y *Escué Zapata*— y estimó que el Estado cumplió ambas medidas.³²
4. *Beca en la especialización en derechos humanos de la ESAP con un nombre que evoque la memoria de las víctimas*: la Corte ordenó el cumplimiento de esta medida en el caso de la *Masacre de la Rochela*, concluyendo que Colombia cumplió parcialmente en este punto, pues si bien implementó la beca no se ha llegado a un acuerdo con respecto al nombre de esta.³³
5. *Gestión de becas para los familiares de las víctimas*: la Corte ordenó esta medida en tres casos y concluyó, en dos de ellos, que el Estado había cumplido cabalmente con este punto,³⁴ y en el restante mantuvo abierto el mecanismo de supervisión y solicitó información a las partes.³⁵
6. *Creación de beca con el nombre de la víctima*: ello se ordenó en el caso *Manuel Cepeda Vargas*. En su más reciente resolución de supervisión cumplimiento de esta medida, la Corte valora los esfuerzos del Estado y solicita información de su implementación.³⁶
7. *Protección de operadores de justicia, víctimas y familiares*: la Corte ordenó esta medida en dos casos y en ambos decidió mantener el mecanismo de supervisión. Sin embargo, valoró el Programa de Protección de la Fis-

³² Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*, y *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*

³³ Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*

³⁴ Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*, y *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*

³⁵ Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*

³⁶ Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*

calía, la Unidad Nacional de Protección y el Decreto 1225/12.³⁷

CUADRO 3. *Grado de cumplimiento de dicha medida*

<i>Caso</i>	<i>Grado de cumplimiento</i>
<i>Masacre de la Rochela vs. Colombia</i>	La Corte valora la resolución 0-5101/07 que regula el Programa de Protección de la Fiscalía; el decreto 4065/11 que crea la Unidad Nacional de Protección, y el decreto 1225/12 que establece protección a los servidores públicos. Sin embargo, concluye que no cuenta con la suficiente información y por ende solicita informes de monitoreo de los programas de protección y explicación de la decisión de interrumpir la protección a Wilson Mantilla, sobreviviente del caso.
<i>Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia</i>	La Corte concluye que mantiene abierto el mecanismo de supervisión y solicita mayor información.

8. *Mecanismo de participación de las víctimas*: en el caso *Masacres de Mapiripán*, la Corte ordenó esta medida y en la supervisión resolvió mantener abierto el procedimiento. Sin embargo, valoró la creación del M.O.S. Mapiripán, mecanismo de seguimiento al cumplimiento de las medidas de reparación.³⁸
9. *Mecanismos de control en el marco de detenciones*: esta medida fue ordenada en el caso *Gutiérrez Soler*. La Corte concluyó que el Estado cumplió parcialmente y valoró la promulgación de la ley 906/08.³⁹

³⁷ Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*, y *Caso Manuel Cepeda Vargas V.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*

³⁸ Corte IDH. *Caso de Masacres de Mapiripán vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*

³⁹ Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*

10. *Creación de fondo con nombre de la víctima para la comunidad*: la Corte ordenó esta medida en el caso *Escué Zapata*. En el marco de la supervisión de cumplimiento, llegó a la conclusión de que el Estado cumplió con esta medida.⁴⁰

3.1.3. Reparaciones con un grado de dificultad bajo

En este grupo de reparaciones se incluyeron la publicación de la sentencia, brindar oportunidades laborales a las víctimas y sus familiares en la Fiscalía, la capacitación en derechos humanos y la indemnización.

1. *Publicación de la sentencia*: la Corte IDH ha ordenado esta medida en 13 casos y ha revisado el cumplimiento de 10. En todos ha determinado que el Estado cumplió a cabalidad con esta obligación.⁴¹
2. *Brindar oportunidades laborales a las víctimas y sus familiares en la Fiscalía*: en el caso *Masacre de la Rochela*, la Corte ordenó esta medida y en la supervisión del cumplimiento valoró los esfuerzos del Estado por cumplirla, pero dadas las inquietudes de la CIDH y los representantes respecto a la estabilidad de los empleos, solicitó al Estado dar respuesta a las mismas.⁴²

⁴⁰ Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*

⁴¹ Corte IDH. *Caso de Masacres de Mapiripán vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso de 19 Comerciantes vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso de Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso de Masacres de Ituango vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso de Las Palmeras vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*, y *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*

⁴² Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*

3. *Capacitación en derechos humanos*: la Corte ha ordenado esta medida de reparación en cuatro casos, concluyendo en todos ellos que el Estado cumplió satisfactoriamente.⁴³
4. *Indemnización*: la Corte ha ordenado esta medida de reparación en los 15 casos. De los 11 que ha revisado, ha concluido en nueve que el Estado cumplió cabalmente con la medida,⁴⁴ y en dos que cumplió parcialmente.⁴⁵

En tal sentido, haciendo un balance del estado de cumplimiento de Colombia a las sentencias de la Corte IDH, puede concluirse que:

- i) si bien es cierto que la Corte IDH aún mantiene abierto el mecanismo de supervisión de cumplimiento de sentencias en las medidas que se refieren a investigación, garantías de seguridad para el retorno, políticas de vivienda y atención médica y psicológica, la Corte ha reconocido los esfuerzos del Estado para cumplirlas;
- ii) por lo que se refiere a las reparaciones de grado de dificultad media, de 23 medidas de reparación ordenadas, 10 fueron cumplidas en su totalidad, cinco han sido cum-

⁴³ Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso de Masacres de Ituango vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso de Masacres de Mapiripán vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*, y *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*

⁴⁴ Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso de Masacres de Ituango vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso de Masacres de Mapiripán vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso de Las Palmeras vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*, y *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*

⁴⁵ Corte IDH. *Caso de 19 Comerciantes vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*; *Caso de Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *cit.*

plidas parcialmente y ocho siguen abiertas por falta de consenso, y

- iii) Respecto a las reparaciones de grado de dificultad bajo, de 26 medidas ordenadas, 23 fueron cumplidas en su totalidad, una sigue abierta y dos se han cumplido de forma parcial.

Este análisis evidencia que si bien el Estado colombiano ha avanzado de forma significativa en la aplicación de mecanismos para la implementación de las sentencias de la Corte IDH, permanecen aún varios retos latentes para alcanzar un cumplimiento total de todas las medidas de reparación ordenadas.

En primer lugar, es pertinente tener en cuenta que en algunos casos existen vacíos en la formulación de algunas de las medidas de reparación ordenadas por la Corte, que dificultan la concertación. No obstante, los mecanismos establecidos por el Tribunal Interamericano como la interpretación de la sentencia y las audiencias privadas de supervisión de cumplimiento han ayudado a superar estas dificultades.

En segundo lugar, siguen existiendo problemas de concertación y acuerdo entre las víctimas y el Estado, especialmente en lo que se refiere al reconocimiento de responsabilidad por parte de altas autoridades del Estado, los planes de vivienda, las condiciones para el retorno de las personas desplazadas, el contenido de las placas conmemorativas y los tratamientos médicos y psicológicos.

Además, la falta de individualización de las víctimas constituye un obstáculo para el cumplimiento de algunas medidas de reparación.

Por último, a pesar de los esfuerzos del Ministerio de Relaciones Exteriores y los grupos de trabajo por coordinar y dar seguimiento a la gestión y apoyo de las demás entidades del Estado, siguen existiendo discusiones a la hora de establecer cuál es la entidad responsable y competente para implementar la medida de reparación.⁴⁶

⁴⁶ Acosta López, Juana Inés y Bravo Rubio, Diana, “El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: énfasis en la experiencia colombiana”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 6, núm. 13, 2008.

3.2. El cumplimiento de Colombia a las recomendaciones de la CIDH

Desde el 5 de abril de 2013 hasta el 21 de agosto de 2015 se han emitido nueve informes de fondo, de conformidad con el artículo 50 de la CADH.⁴⁷

Como se mencionó, el procedimiento principal para el cumplimiento de estas recomendaciones se desarrolla en virtud de la ley 288 de 1996. Así, pese a la resolución de los cuatro ministros para dar inicio al proceso, este se ha demorado tras la notificación del informe:

1. De 0 a 6 meses: dos casos.⁴⁸
2. De 6 a 12 meses: tres casos.⁴⁹
3. De 12 a 16 meses: un caso.⁵⁰
4. Pendiente de resolución: tres casos.⁵¹

Tres de estos casos ya cumplieron con el requisito de acudir a una conciliación y en uno de ellos se garantizó el cumplimiento de dos medidas: acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y placa conmemorativa.⁵²

⁴⁷ CIDH. Informe 2/13. *Caso 12.713. José Rusbel Lara y otros*, de 19 de marzo de 2013; CIDH. Informe 85/13. *Caso 12.251. Vereda La Esperanza*, de 4 de noviembre de 2013; Informe 3/14. *Caso 11.656. Martha Lucía Álvarez*, de 31 de marzo de 2014; Informe 4/14. *Caso 10.455. Valentín Basto Calderón*, de 1 de abril de 2014; Informe 89/14. *Caso 12.414. Alcides Torres y Ángel David Quintero*, de 4 de noviembre de 2014; Informe 21/15. *Caso 12.462. Nelson Carvajal Carvajal y familia*, de 26 de marzo de 2015; Informe de fondo. *Caso 11.726. Norberto Javier Restrepo*, de 12 de junio de 2014; Informe 25/15. *Caso 10.737. Víctor Manuel Isaza Uribe*, de 21 de julio de 2015, e Informe 40/15, *Caso 11.482. Noel Emiro Omeara Carrascal y otros*, de 28 de julio de 2015.

⁴⁸ CIDH. *Caso Alcides Torres y Ángel David Quintero*, cit., y *Caso Nelson Carvajal Carvajal y familia*, cit.

⁴⁹ CIDH. *Caso Vereda La Esperanza*, cit.; *Caso Martha Lucía Álvarez*, cit.; *Caso Valentín Basto Calderón*, cit.

⁵⁰ CIDH. *Caso José Rusbel Lara y otros*, cit.

⁵¹ CIDH. *Caso Norberto Javier Restrepo*, cit.; *Caso Víctor Manuel Isaza Uribe*, cit., *Caso Noel Emiro Omeara Carrascal y otros*, cit.

⁵² CIDH. *Caso José Rusbel Lara y otros*, cit.

Tras el informe del artículo 51, Colombia ha realizado un trabajo interinstitucional para cumplir con las medidas de reparación integral solicitadas por la CIDH en el informe de fondo.

La Unidad de Atención y Reparación Integral a Víctimas, el Comité de Ministros, el Ministerio del Interior y la Fiscalía General de la Nación son las instituciones que más intervienen en el proceso de cumplimiento.

En el marco de las recomendaciones de la CIDH, el Estado colombiano ha garantizado, entre otras medidas:

1. Atención psicológica y médica.
2. Entrega de libreta militar.
3. Actos de reconocimiento de responsabilidad.
4. Indemnización.
5. Avances en la investigación y juzgamiento de los responsables.
6. Participación de las víctimas en las investigaciones.

4. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO HERRAMIENTA PARA MATERIALIZAR LA CADH

Con la intención de materializar el contenido de la CADH y, por supuesto, cumplir con la obligación emanada de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, el Estado colombiano también ha orientado sus esfuerzos a aplicar el control de convencionalidad en el nivel interno, en el que no solo se ha tenido en cuenta el texto de la CADH, sino también la jurisprudencia de la Corte IDH y los pronunciamientos de la CIDH.

Las decisiones de la Corte IDH se clasifican en:

1. *Sentencias*: la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia han establecido, en virtud del artículo 68 de la CADH, que las sentencias de la Corte IDH son de cumplimiento obligatorio para el Estado y, por ende, sus órdenes son vinculantes. Los estándares de la Corte IDH establecidos en otros casos, diferentes a los colombianos, han sido utilizados por estos mismos tribunales nacionales para determinar el alcance de determinados derechos y obligaciones del Estado.

2. *Opiniones consultivas*: la Corte Constitucional también ha utilizado en varias ocasiones las opiniones consultivas de la Corte IDH como criterio de interpretación, para determinar el alcance y contenido de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política. No obstante, hasta este momento no ha aclarado la naturaleza jurídica de las opiniones consultivas, para realizar el ejercicio de interpretación.
3. *Medidas provisionales*: la Corte Constitucional afirmó, mediante el Auto 005 de 2009,⁵³ que las medidas provisionales son obligatorias para Colombia.

Por cuanto ve a las decisiones de la CIDH, tenemos las siguientes:

1. *Informes generales*: la Corte Constitucional, igualmente, ha utilizado informes generales de la CIDH para determinar no solo el contenido de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, sino también el alcance de sus obligaciones. Así, ha incluido en sus sentencias los Informes Generales y Especiales sobre países de la CIDH —debido proceso, límites de las Fuerzas Armadas, obligaciones del Estado en el marco de la desaparición forzada, la acción punitiva en cabeza del Estado y justicia transicional—. ⁵⁴
2. *Informes de fondo*: la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia se han remitido a recomendaciones de la CIDH como mecanismo de interpretación. Sin embargo, se evidencian aún decisiones contradictorias en la Corte Constitucional sobre el valor de las recomendaciones de la CIDH.
3. *Medidas cautelares*: la Corte Constitucional ha afirmado que son vinculantes y deben cumplirse en virtud del principio de buena fe. ⁵⁵

⁵³ Corte Constitucional, Auto 005 de 2009, de 26 de enero de 2009.

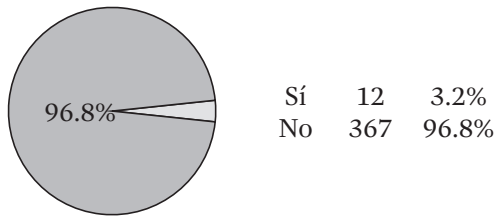
⁵⁴ Véase Corte Constitucional, sentencia C-251/02, de 11 de abril de 2002; sentencia C-473/05, de 10 de mayo de 2005, y sentencia C-370/06, de 18 de mayo de 2006.

⁵⁵ El desarrollo del capítulo de Control de Convencionalidad se basó en el texto: Acosta López, Juana Inés y Amaya, Álvaro Francisco, “Más allá del

En el país, el control de convencionalidad ha ido cobrando gran relevancia, especialmente en la doctrina de la Corte Constitucional. El semillero de investigación de relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno de la Universidad Externado de Colombia y la Universidad de La Sabana da cuenta de dicha importancia.

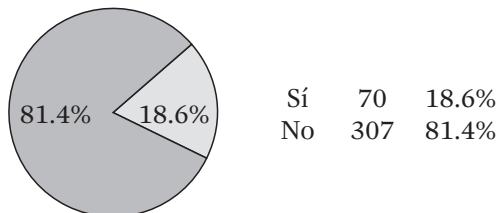
Entre 2009 y 2014, la Corte Constitucional hizo referencia de forma directa al “Control de convencionalidad” en 12 ocasiones, como se muestra en la gráfica:

GRÁFICA 1. *Referencias al control de convencionalidad de 2009 a 2014*



Entre 2009 y 2014, la Corte Constitucional realizó un desarrollo implícito del control de convencionalidad en 70 oportunidades, conforme a la siguiente gráfica:

GRÁFICA 2. *Desarrollo implícito del control de convencionalidad de 2009 a 2014*



bloque de constitucionalidad: la incorporación judicial de la doctrina y la jurisprudencia del Sistema interamericano de derechos humanos en las decisiones de las altas corte en Colombia”, en *20 años de la Constitución Colombiana*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer-KAS-Colombia, 2012.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés y AMAYA, Álvaro Francisco, “Más allá del bloque de constitucionalidad: la incorporación judicial de la doctrina y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en las decisiones de las Altas Cortes en Colombia”, en *20 años de la Constitución Colombiana*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer-KAS-Colombia, 2012.

ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés y BRAVO RUBIO, Diana, “El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: énfasis en la experiencia colombiana”, *International Law: Revista Colombiana De Derecho Internacional*, vol. 6, núm. 13, 2008.

SECCIÓN TERCERA
ESTUDIOS TRANSVERSALES

PARTE 1
Impacto del SIDH

Implementación de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: propuestas y perspectivas

*Flávia Piovesan**

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es analizar las propuestas y desafíos para el cumplimiento de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), particularmente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, Comisión Interamericana), teniendo como caso de estudio la experiencia brasileña.

* Doctora y profesora en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (PUC-SP); profesora de programas de posgrado en la PUC-SP y PUC-PR; *Visiting Fellow* del Programa de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de Harvard (1995 y 2000); investigadora visitante del Centro de Estudios Brasileños de la Universidad de Oxford (2005); investigadora visitante del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público (MPIL), Heidelberg, Alemania (2007, 2008, 2015, 2016 y 2017); becaria de la Fundación Humboldt Georg Forster Research en el MPIL (2009-2014); fue miembro del Equipo de Tareas de Alto Nivel de la ONU para la Implementación del Derecho al Desarrollo; miembro del Grupo de Trabajo OAS para supervisar el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; elegida como comisionada de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018 a 2021). Este texto tiene como base una disertación sobre “Cumplimiento de las Decisiones del Sistema Interamericano”, discutida en el “IV Seminario internacional sobre el cumplimiento de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos: perspectivas comparadas y dialógicas”, en el MPIL, Heidelberg, Alemania, el 13 de julio de 2017.

Bajo una visión retrospectiva, se examina el legado de la Comisión Interamericana en el mandato de promover y proteger los derechos humanos en la región. Se considera el modo mediante el cual la CIDH puede contribuir a fortalecer la protección de los derechos humanos, desde la experiencia brasileña, a través de la tutela de derechos de las víctimas, inclusive, llegando a propiciar cambios normativos en las políticas públicas.

Bajo una visión prospectiva, se evalúa la agenda de desafíos centrales para el futuro de la Comisión Interamericana, esto es, para repensar, replantear y reinventar su rol como actor que contribuye al mejoramiento de los derechos humanos, la democracia, el Estado de derecho y la cultura de paz en la región, mediante una actuación articulada, integrada y coordinada para lograr un mayor equilibrio entre los deberes de promoción, protección y monitoreo de los derechos humanos.

En este contexto, se hace hincapié en el desafío de la implementación de las decisiones de la Comisión, así como en las propuestas para mejorar el grado de su cumplimiento. El futuro de la protección internacional de los derechos humanos está cada vez más condicionado a mecanismos que permitan la plena aplicación de las decisiones internacionales.

2. LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS BAJO LA VISIÓN RETROSPECTIVA: IMPORTANCIA DE SU LEGADO A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA BRASILEÑA

Corresponde a la Comisión Interamericana proteger y promover los derechos humanos en la región. De conformidad con el artículo 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y, en el ejercicio de su mandato, tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos hu-

- manos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;
- c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
 - d) solicitar a los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
 - e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que estos le soliciten;
 - f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención, y
 - g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la OEA.

Promover, monitorear y proteger los derechos humanos en la región constituyen la mayor vocación de la Comisión Interamericana, al conjugar las funciones consistentes en:

- conciliar (p. ej., buscar el alcance de soluciones amistosas entre Estados y víctimas, cuando se trata de la violación de derechos);
- asesorar (p. ej., recomendar a los Estados la adopción de medidas para promover derechos humanos);
- criticar (p. ej., al informar sobre la situación de los derechos humanos en un Estado miembro de la OEA, luego de tener conocimiento de los argumentos del Estado, cuando persistan esas violaciones);
- promover (p. ej., al elaborar estudios sobre temas de derechos humanos, a fin de promover su respeto);
- proteger (p. ej., al actuar en casos de extrema gravedad y urgencia, a fin de evitar daños irreparables a las personas), y
- prevenir (p. ej., al estimular una cultura de derechos humanos en la región, mediante cooperación técnica, con programas de capacitación a los más diversos actores so-

ciales, fortalecimiento de instituciones y políticas públicas con enfoque en los derechos humanos, considerada la diversidad regional).

La Comisión Interamericana ha desempeñado un papel destacado en la difusión de parámetros de protección regionales relacionados con la tutela de la dignidad humana (el denominado *corpus iuris interamericano*), que simbolizan un piso mínimo de protección y no un techo máximo. Tales parámetros de protección han propiciado la compensación de los déficits nacionales, fomentando avances en marcos legislativos y políticas públicas en materia de derechos humanos, así como la prevención de retrocesos y retrocesos en el régimen de protección de derechos.

En la experiencia brasileña, como se demostrará, los casos sometidos a la Comisión Interamericana han tenido un impacto relevante en términos de cambio en la legislación y las políticas públicas en materia de derechos humanos, posibilitando significativos avances internos.

2.1. Casos contra el Estado brasileño ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

En este tema se examinarán 140 casos contra el Estado brasileño que fueron admitidos por la Comisión Interamericana entre 1970 y 2016.¹ De ese total, hay casos que han sido examinados por la Comisión Interamericana y los respectivos informes publicados en su Informe Anual, y hay otros —la mayoría de ellos— que están pendientes ante la CIDH.

Cabe señalar que los casos pendientes son procesados por la Comisión en régimen confidencial lo que, para efectos de este estudio, imposibilita el acceso al desarrollo de cada uno de ellos. Por este motivo, el análisis de los casos pendientes se reducirá a

¹ Algunas peticiones referentes a estos casos fueron gentilmente cedidas por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), Human Rights Watch/Américas, Comisión Teotônio Vilela, Núcleo de Estudios de la Violencia de la Universidad de São Paulo y el Centro Santo Días de Derechos Humanos de la Arquidiócesis de São Paulo.

una breve sinopsis de los hechos contenidos en cada comunicación, teniendo en cuenta el derecho violado y los actores sociales involucrados en la práctica de la abogacía del derecho internacional de los derechos humanos.

Con relación a los casos concluidos, si no se alcanza una solución amistosa, la Comisión puede publicar el informe que contendrá un breve relato de los hechos, conclusiones y recomendaciones.

A la luz de los 140 casos estudiados, se decidió crear una tipología de análisis, orientada por la naturaleza del derecho violado. En este sentido, encontramos 10 categorías, que corresponden a casos de:

1. detención arbitraria, tortura y asesinato cometidos durante el régimen autoritario militar;
2. violación de los derechos de los pueblos indígenas;
3. violencia rural;
4. violencia policial y otras violaciones practicadas por agentes estatales;
5. violación de los derechos de niños y adolescentes;
6. violación de los derechos de las mujeres;
7. discriminación racial;
8. violencia contra defensores de los derechos humanos;
9. violación de derechos de otros grupos vulnerables, y
10. violación de los derechos sociales.

A continuación, un breve informe de los casos, lo cual permitirá el análisis de los límites y posibilidades del ejercicio del derecho internacional de los derechos humanos en Brasil.

2.1.1 Casos de detención arbitraria, tortura y asesinato cometidos durante el régimen autoritario militar

Del universo de casos examinados, 11 implican denuncias de detención arbitraria y tortura cometidas durante el régimen autoritario militar. Estas acciones fueron sometidas a la consideración

de la Comisión Interamericana en el periodo de 1970 a 1974,² con excepción de los casos de la “*Guerrilla del Araguaia*” (caso 1552) y de *Vladimir Herzog y otros* (caso 12.879), que fueron remitidos a la CIDH en 1997 y en 2009, respectivamente.

Considerando que en esa época Brasil no era signatario de la Convención Americana, todas estas acciones se fundamentan en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En particular, se llevó a conocimiento de la Comisión la violación, por parte del Estado brasileño, del derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona; del derecho de protección contra la detención arbitraria, y del derecho a proceso regular, enunciados en los artículos I, XXV y XXVI de la Declaración Americana, respectivamente.

La práctica de la detención arbitraria y la tortura fue denunciada mediante peticiones presentadas por un individuo o grupos de individuos, y no existe ningún caso en el cual la petición fuera presentada por una organización no gubernamental (ONG).

De estos nueve casos podemos ver que las víctimas de las violaciones eran líderes de la Iglesia católica, dirigentes de los trabajadores, estudiantes, profesores universitarios, abogados, economistas y otros profesionales³ que, de alguna manera, mostraron una reacción y resistencia al régimen represivo en Brasil que duró desde 1964 hasta 1985.

Merece destacarse el caso 1684, sobre el cual fueron enviadas tres comunicaciones a la Comisión en 1970, denunciando

² En este sentido véase CIDH. Caso 1684, Inter-Am. C.H.R. 104, OEA/ser.L/V/II.28, doc. 14 (1972); Caso 1769, Inter-Am. C.H.R. 89, OEA/ser.P/AG, doc. 632 (1976); Caso 1788, Inter-Am. C.H.R. 93, OEA/ser.P/AG, doc. 632 (1976); Caso 1789, Inter-Am. C.H.R. 94, OEA/ser.P/AG, doc. 632 (1976); Caso 1835, Inter-Am. C.H.R. 95, OEA/ser.P/AG, doc. 632 (1976); Caso 1841, Inter-Am. C.H.R. 97, OEA/ser.P/AG, doc. 632 (1976); Caso 1844, Inter-Am. C.H.R. 97, OEA/ser.P/AG, doc. 632 (1976); Caso 1846, Inter-Am. C.H.R. 99, OEA/ser.P/AG, doc. 632 (1976); Caso 1897, Inter-Am. C.H.R. 100, OEA/ser.P/AG, doc. 632 (1976).

³ Como afirman Henry Steiner y David Trubek: “Las principales categorías de presos políticos sometidos a tortura incluyen a estudiantes, intelectuales y representantes de la Iglesia católica”. Steiner, Henry J. y Trubek, David M., *Brazil: all power to the generals*, Nueva York, Foreign Affairs, 1971, p. 473.

la práctica de la detención ilegal y de la tortura en 1969 y 1970. La primera comunicación, de 25 de junio de 1970 denunció el asesinato de un sacerdote en Recife. La segunda, en la misma fecha, denunció la detención arbitraria y tortura de siete personas en Belo Horizonte. La tercera comunicación, de 24 de julio de 1970, alegó la existencia de al menos 12 000 presos políticos en el país.⁴ Las comunicaciones pedían a la Comisión una investigación cautelosa de los hechos denunciados, que apuntaban a la práctica autoritaria del régimen represivo militar. Por mayoría de votos, la Comisión Interamericana aprobó una resolución afirmando: “La evidencia reunida en estos casos conduce a la firme presunción de que en Brasil hay casos graves de tortura, abusos y trato cruel a personas de ambos sexos, que fueron privadas de su libertad”.⁵

La Comisión Interamericana recomendó al Gobierno de Brasil que procediera a una investigación seria de los hechos denunciados, a fin de que en su siguiente periodo de sesiones pudiera evaluar si los actos de tortura y malos tratos se cometieron efectivamente contra las personas detenidas y si fueron cometidos por autoridades militares o de policía, cuyos nombres figuran en las mencionadas comunicaciones. La Comisión también solicitó al Estado brasileño información sobre los resultados de la investigación y el castigo, en los términos de la ley, de las personas comprobadamente responsables de las supuestas violaciones de derechos humanos.

En su respuesta, el Gobierno de Brasil se limitó a considerar que las bases de la presunción de la violación de los derechos

⁴ Sobre las tres comunicaciones que integran el caso 1684 véase, CIDH, *Ten Years of Activities, 1971-1981*, Washington, D.C., OEA, 1982, pp. 104-112.

⁵ Resolución OEA/Ser.L/V/II.28, doc. 14, Mayo 3, 1972, citada en CIDH, *Ten Years of Activities: 1971-1981, op. cit.*, p. 121. Sobre el tema, David Weissbrodt subraya: “El informe de Amnistía Internacional de 1972, sobre las denuncias de tortura en Brasil, contiene una lista de más de mil víctimas de tortura y demuestra un cuadro persistente de violaciones de derechos humanos en Brasil (Amnistía Internacional, Informe sobre las alegaciones de la tortura en Brasil, 1972)”. Weissbrodt, David, “La participación de las organizaciones no gubernamentales internacionales a la protección de los derechos humanos”, en Meron, Theodor (ed.), *Human rights in international law: legal and policy issues*, Oxford, Oxford University Press, 1986, p. 415.

humanos en el país eran insuficientes, frágiles y carentes de coherencia. Agregó que la Comisión, de acuerdo con el artículo 50 de la Convención, debería actuar con discreción en el procedimiento de recopilación de información necesaria para el examen de la denuncia presentada, y que la posibilidad de realizar la observación *in situ* de las denuncias por parte de la Comisión debe considerarse una medida excepcional, ya que es más costosa y depende del consentimiento del Gobierno.⁶

Sobre la base de esta respuesta, la Comisión Interamericana decidió publicar en su informe anual recomendaciones dirigidas al Gobierno brasileño, reiterando que “las pruebas recogidas en el caso 1684 llevan a la fuerte presunción de que en Brasil hay casos graves de tortura, abuso y trato cruel de personas de ambos sexos, que fueron privados de su libertad”. Además, añadió que el Gobierno del Brasil se había negado a adoptar las medidas recomendadas por la Comisión para esclarecer si se cometieron actos de tortura y malos tratos contra las personas detenidas y si dichos actos fueron practicados por autoridades militares o policiales que, si son responsables de la violación de los derechos humanos, deberían ser castigados por el Estado brasileño. La resolución fue aprobada durante la 31ª sesión de la Comisión Interamericana y se comunicó a Brasil el 8 de enero de 1974.⁷

Además de este caso, otros ocho fueron presentados a la Comisión Interamericana entre 1973 y 1974.⁸ Todos ellos denunciaban la práctica de la detención arbitraria y tortura cometidas por el régimen militar represivo, siendo los más contundentes: el

⁶ Al respecto, el Estado brasileño afirmó que: “el art. 50 de la Convención Americana exige a la Comisión a actuar discretamente en la forma de recolección de la información necesaria para el examen de las denuncias presentadas ante ella. En este sentido, la medida contenida en el artículo 50, observación sobre el terreno [...] puede considerarse excepcional, ya que no se utiliza con tanta frecuencia como otros métodos, ya que es más costoso y requiere el consentimiento del gobierno interesado”. CIDH, *Ten Years of Activities: 1971-1981*, op. cit., p. 127.

⁷ *Ibidem*, p. 117.

⁸ Sobre los casos 1769, 1788, 1789, 1835, 1841, 1844, 1846 y 1897, consultar, CIDH, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights for the year 1975*, Washington, D.C., 1975, pp. 89-100.

caso 1788 —que denunció el asesinato de 104 personas en 1973 por parte de los aparatos del régimen autoritario— y el caso 1835 —que denunció la detención arbitraria de 53 personas por la policía, en 1974—. ⁹ Sin embargo, aunque la Comisión Interamericana reconoció los ocho casos, optó por no publicar sus conclusiones y recomendaciones en su informe anual, desconociéndose los motivos de esta opción.

Cabe agregar que en 1997 se presentó a la Comisión Interamericana el caso de la “*Guerrilla del Araguaia*”, referente a la desaparición de más de 20 integrantes de la aludida guerrilla en la década de 1970, durante las operaciones militares en la región. Desde 1982, los familiares han estado tratando infructuosamente de obtener información acerca de la desaparición de las víctimas. El 26 de marzo de 2009, la Comisión remitió el caso a la Corte Interamericana, que condenó a Brasil como resultado de los hechos ocurridos, en sentencia dictada el 24 de noviembre 2010. ¹⁰

Además, en 2009, se presentó a la Comisión Interamericana el caso *Vladimir Herzog y otros* (caso 12.879), relativo a la detención arbitraria, tortura y muerte del periodista Vladimir Herzog, ocurrida en una dependencia del Ejército en octubre de 1975, y la continua impunidad en virtud de una ley de amnistía promulgada durante la dictadura militar brasileña. En noviembre de 2012, la Comisión Interamericana declaró la petición admisible en cuanto a la supuesta violación de los artículos I, IV, XVIII y XXV de la Declaración Americana; de los artículos 5.1, 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento; y los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Sin embargo, la CIDH consideró inadmisibles la petición en lo que se refiere al artículo XXVI de la Declaración Americana. ¹¹ El 22 de abril de 2016, el

⁹ Sobre los casos 1788 y 1835 véase CIDH, *Annual Report 1975*, op. cit., pp. 93 y 95, respectivamente.

¹⁰ Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 219.

¹¹ CIDH. Informe 80/12. Petición P-859-09. *Vladimir Herzog y otros*, de 8 de noviembre de 2012.

caso fue remitido a la Corte Interamericana,¹² y esta emitió sentencia el 15 de marzo de 2018.

2.1.2. Casos de violación de los derechos de los pueblos indígenas

En el ámbito internacional tuvo una gran repercusión el caso 7615, relativo a la violación de los derechos de los pueblos indígenas en Brasil,¹³ en particular de la comunidad Yanomami, en 1980.

Considerando el estudio de las acciones internacionales contra el Estado brasileño presentadas a la Comisión Interamericana, el caso 7615 se distingue de las demás porque es el primer caso presentado por ONG de ámbito internacional contra el Gobierno de Brasil.

En el caso 7615, entidades como el *Indian Law Resource Center*, *American Anthropological Association*, *Survival International*, *Anthropology Resource Center*, entre otras, denunciaron la violación de los derechos humanos de las poblaciones yanomamis ante la Comisión Interamericana, alegando que el Estado brasileño había violado de manera reiterada derechos humanos previstos en la Declaración Americana. En resumen, se afirmó que los derechos de esas poblaciones a la vida; a la libertad; a la seguridad e integridad de la persona; de igualdad ante la ley; a la preservación de la salud y al bienestar; a la educación; de reconocimiento de la personalidad jurídica y a la propiedad habían sido afectados por el Gobierno de Brasil. En ese sentido, el Estado brasileño estaba incumpliendo obligaciones internacionales asumidas, derivadas de la Declaración Americana en sus artículos I, II, XI, XII, XVII y XXIII, respectivamente¹⁴.

¹² Corte IDH. *Caso Herzog y otros vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C, núm. 353.

¹³ En cuanto a la violación de los derechos de las poblaciones indígenas en Brasil véase Amnistía Internacional, *Brazil: cases of killing and ill-treatment of indigenous people*, 1988, y Amnistía Internacional, *Brazil: we are the land — indigenous peoples' struggle for human rights*, 1992.

¹⁴ Sobre el caso 7615 véase CIDH, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights, 1984-1985*, Washington, 1985, pp. 24-34.

Según los peticionarios, una población de 10 000 a 12 000 yanomamis vivía en Brasil, en los estados de Amazonas y de Roraima. Conforme a la Constitución vigente en la época, estaban garantizados el derecho al territorio de modo permanente e inalienable, así como el derecho al uso exclusivo de las riquezas minerales que allí existieran.

Sin embargo, añadían los peticionarios, en la década de 1960, el Gobierno de Brasil aprobó un plan para explotar la riqueza natural y el desarrollo de la región amazónica. En 1973 comenzó la construcción de la carretera BR-210, que, por alcanzar gran parte del territorio de los yanomamis, los obligó a abandonar su hábitat y buscar refugio en otras regiones. Según los peticionarios, durante la década de los setenta, para agravar la situación, fueron descubiertas reservas ricas en minerales en los territorios de los yanomamis, lo que atrajo a innumerables mineros y *garimpeiros* a aquella región.

En este contexto, se realizaron esfuerzos para delimitar las fronteras del territorio yanomami entre 1979 y 1984. En 1982, ante presiones internacionales, el Gobierno de Brasil estableció una prohibición en un área de Roraima y Amazonas para los pueblos yanomamis. En 1984, se emitió un decreto que prevé la definición del llamado “Parque de los indios Yanomami”, que correspondería a su territorio. Sin embargo, la propuesta no ha sido implementada.

Estos hechos, en opinión de los peticionarios, suponía una violación de los derechos fundamentales de los yanomamis. La devastación dejó secuelas físicas y psicológicas, enfermedades y muertes, con la desaparición de cientos de personas, lo que conducía a la extinción de esa comunidad.

La comunicación de los peticionarios, transmitida por la Comisión Interamericana al Gobierno brasileño con la solicitud de información, fue respondida por Brasil mediante las notas: n. 127, de 13 de mayo de 1981, n. 316, de 3 de noviembre de 1981, n. 101, de 14 de abril de 1982 y n. 38, de 3 de febrero de 1985. Las observaciones del Gobierno se centraron en la legislación brasileña sobre la situación jurídica de los indígenas en Brasil, sus derechos civiles y políticos y los proyectos del

Gobierno para extender la protección a los yanomanis y sus tierras.¹⁵

A la luz de estas consideraciones, la Comisión Interamericana resolvió declarar que: “Ha[bía] pruebas suficientes para concluir que, ante el fracaso del Gobierno de Brasil en adoptar medidas oportunas y efectivas concernientes a los indios Yanomamis, se caracteriza la violación de los siguientes derechos reconocidos por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad (art. I), el derecho de residencia y tránsito (art. VIII) y el derecho a la preservación de la salud y el bienestar (art. XI)”.¹⁶

La Comisión también decidió recomendar al Gobierno brasileño que:

- a) adoptara las medidas necesarias para proteger la vida y la salud de los yanomami;
- b) procediera a la demarcación del “Parque Yanomami”;
- c) llevara a cabo programas de educación, protección médica e integración social de los yanomami, bajo la asesoría de personal con competencia científica, médica y antropológica, y
- d) informara a la Comisión sobre las medidas adoptadas para cumplir con las recomendaciones.

Además del caso 7615, se sometió a la Comisión Interamericana el caso 11.745, que denuncia la matanza de 16 indígenas yanomamis en junio de 1993 en Haximu, región fronteriza con Venezuela. Según la denuncia, debido a la negligencia y omisión del Gobierno brasileño, el territorio yanomami fue invadido por *garimpeiros*, lo que se tradujo en graves enfrentamientos, implicando una violación de los derechos humanos de ese pueblo indígena.

En 2004, el Consejo Indígena de Roraima (CIR) y la *Rainforest Foundation US* remitieron la petición 250-04, denunciando

¹⁵ Cançado Trindade, Antônio Augusto, *A proteção internacional dos direitos humanos*, São Paulo, Editora Saraiva, 1991, p. 581.

¹⁶ CIDH. Resolución 12/85. Caso 7615. Pueblo Yanomami, de 5 de marzo de 1985. Asimismo, CIDH. *Annual Report 1984-1985*, op. cit., pp. 33 y 34.

violaciones de los derechos de los pueblos indígenas Ingaricó, Macuxi, Patamona, Taurepang y Wapichana de Raposa Serra do Sol y sus miembros, debido a “una demora que data de 1977 a 2009 para hacer efectiva la consumación de la delimitación, demarcación y titulación del territorio indígena de Raposa Serra do Sol, así como los frecuentes incidentes de violencia y grave degradación ambiental que habrían afectado a la vida e integridad personal de las presuntas víctimas”, en este caso, los pueblos indígenas de Raposa Serra do Sol. Tales incidentes violentos y la degradación del medioambiente habrían sido causados por la continua presencia de personas no indígenas dentro del territorio indígena, que también habían restringido el derecho de circulación y residencia, la libertad de religión y el derecho a ejercer su cultura. Según los peticionarios, se produjo un retraso injustificado en resolver el proceso administrativo de demarcación del territorio indígena y no existían disposiciones en la legislación brasileña que garantizaran el debido proceso legal, la protección de los derechos territoriales indígenas y la igualdad ante la ley de estos pueblos. En su informe, la CIDH concluyó la admisibilidad de la petición, sin examinar el mérito de la cuestión, con respecto a las supuestas violaciones a los artículos I, II, III, VIII, IX, XVIII y XXIII de la Declaración Americana, así como a los artículos 4, 5, 8, 12, 21, 22, 24 y 25 de la Convención Americana en conexión con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento internacional.¹⁷

El caso 4355-02 fue presentado a la Comisión Interamericana en 2002 por el Movimiento Nacional de Derechos Humanos / Regional Nordeste, el Gabinete de Asesoría Jurídica a las Organizaciones Populares (GAJOP) y el Consejo Indigenista Misionero (CIMI). En la petición se denuncia la denegación del derecho a la propiedad del pueblo indígena Xucuru, debido a los retrasos en el proceso de delimitación, demarcación y titulación del territorio ancestral indígena y la ineficacia de la protección judicial destinada a garantizar su derecho a la propiedad. En su informe, la Comisión Interamericana declaró el caso admisible en relación con los artículos 8, 21 y 25 de la Convención Americana, en conexión con las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y

¹⁷ CIDH. Informe 125/10. Petición 250-04. Admisibilidad. Pueblos Indígenas de Raposa Serra do Sol, de 23 de octubre de 2010.

2 de la Convención; así como con los artículos XVIII y XXIII de la Declaración Americana.¹⁸ El 16 de marzo de 2016, el caso fue remitido a la Corte Interamericana, quien emitió sentencia el 5 de febrero de 2018.¹⁹

2.1.3 Casos de violencia rural

Del universo de casos recopilados, se comprobó que 19 involucran situaciones de violencia rural.²⁰ Se trata de los casos 11.287, 11.289, 11.405, 11.495, 11.556, 11.820, 11.517, 12.066, 12.200, 12.310, 12.353, 12.478, 12.332, 1290-04, 1236-06, 1330-07, 4643-02, 462-01 y 4-04. La mayoría todavía se encuentra en trámite ante la Comisión Interamericana. Como los casos pendientes se procesan de forma confidencial, este estudio solo proporciona una breve reseña de aquellos que han sido admitidos por la Comisión.

Inicialmente, cabe señalar que los casos fueron remitidos a la Comisión Interamericana por ONG de ámbito internacional²¹ y

¹⁸ CIDH. Informe 98/09. Petición 4355-02. Pueblo Indígena Xucuru, de 29 de octubre de 2009.

¹⁹ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C, núm. 346.

²⁰ Sobre la violencia rural en Brasil véase Amnesty International, *Brazil: authorized violence in rural areas*, Londres, 1988; Rone, Jemera, *The struggle for land in Brazil: rural violence continues*, Nueva York, Human Rights Watch, 1992; y Rone, Jemera, *Rural violence in Brazil*, Nueva York, Human Rights Watch, 1991.

²¹ Por regla general, las ONG de ámbito internacional se sitúan en los países desarrollados, como es el caso de Amnistía Internacional (Londres), *Human Rights Watch* (Nueva York), el Comité de Abogados para los Derechos Humanos (Nueva York), la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra), la Liga Internacional para los Derechos Humanos (Nueva York), la Federación Internacional de los Derechos Humanos (París), Defensa Internacional de los Niños (Ginebra), el Grupo de Derechos Humanos (Washington). Son las denominadas *first world NGOs* (ONG del primer mundo). Para Henry Steiner: “el término ONG de ‘primer mundo’ indica tanto la base geográfica de la organización, como ciertas características que tipifican a la entidad, como su mandato, sus funciones y su orientación ideo-

nacional, entre ellas Human Rights Watch/Américas, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), Justicia Global, Comisión Pastoral de la Tierra y la Red Nacional de Abogados Populares. Como registra el informe anual de *Human Rights Watch* sobre las actividades de 1994, esta organización continúa usando los mecanismos internacionales para llamar la atención sobre las violaciones de los derechos humanos en Brasil. En febrero, en conjunto con CEJIL, presentó peticiones en siete casos ante la Comisión Interamericana. Esos casos se centraron en cuatro áreas de preocupación: las ejecuciones extrajudiciales de menores por la policía; las condiciones penitenciarias abusivas, incluidas dos notorias masacres en el sistema penitenciario de São Paulo; la violencia en las zonas rurales, y el trabajo forzado. En febrero y septiembre, representantes de Human Rights Watch/Américas y de CEJIL comparecieron ante la Comisión Interamericana para informar de los problemas endémicos de derechos humanos que tiene Brasil y la situación de los ocho casos pendientes”.²²

En cuanto a los casos sometidos a la Comisión Interamericana, el caso 11.287 denuncia el asesinato de João Canuto, presidente del Sindicato de los Trabajadores Rurales de Río María, en

lógica. Estas características revelan la importancia de estas entidades en la protección de los derechos civiles y políticos, en el compromiso por un proceso justo, en la orientación individualista más que colectiva o comunitaria para la promoción de los derechos y la creencia en una sociedad plural que adopte normas básicas imparcialmente, aplicables para proteger a las personas contra la interferencia del estado. En resumen, las ONG del ‘primer mundo’ se entienden como aquellas organizaciones comprometidas con los tradicionales valores liberales occidentales, asociadas a los orígenes del movimiento de derechos humanos. [...] la categoría de ‘primer mundo’ también incluye a la mayoría de las poderosas ONG que investigan fundamentalmente eventos del tercer mundo. Su autoimagen es la de monitora, investigadora objetiva, que aplica las normas consensuadas del movimiento de derechos humanos a los hechos a ser constatados. Ellas son defensoras de la legalidad”. Steiner, Henry, *Diverse partners: non-governmental organizations in the human rights movement, the report of a retreat of human rights activists*, co-sponsored por Harvard Law School Human Rights Program and Human Rights Internet, 1991, p. 19. Cabe señalar, sin embargo, que tales organizaciones han ampliado gradualmente su programa para incluir la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

²² Human Rights Watch, *World Report 1995: Events of 1994*, Human Rights Watch, Nueva York, 1995, p. 76.

el estado de Pará, en 1985. Los peticionarios alegaron que, dada la insuficiente respuesta gubernamental en el castigo de los responsables —la investigación policial duró ocho años, y hasta ahora no ha habido ninguna acusación, caracterizado, por tanto, el agotamiento de los recursos internos—, corresponde a la Comisión Interamericana declarar la violación por el Estado brasileño de sus obligaciones internacionales contenidas en la Convención Americana, en particular de la obligación de investigar delitos cometidos y de castigar a los responsables. El 10 de marzo de 1998, la Comisión Interamericana aprobó el Informe 24/98 decidiendo la responsabilidad de Brasil por la violación de los derechos a la vida, la libertad, la seguridad, la integridad y la justicia, previstos en la Declaración Americana y en la Convención Americana, con la recomendación de que el Estado brasileño acelere los procesos penales relacionados con el caso, de manera que los responsables sean debidamente juzgados y sancionados. Además, la Comisión Interamericana recomendó que el Gobierno brasileño efectuara el pago de una indemnización a los familiares de las víctimas.²³ En julio de 1999, el poder ejecutivo del estado de Pará emitió un decreto que establece el pago de una pensión especial a favor de la viuda del líder rural asesinado.

El caso 11.289, por otro lado, denuncia el intento de asesinato de un joven trabajador rural, José Pereira, con ocasión del intento de fuga del régimen de trabajo esclavo a que estaba sometido en una hacienda en Xinguará, en el estado de Pará, en 1989. *Human Rights Watch*/Américas y CEJIL, considerando que hasta 1994 no hubo sanción a los responsables por el Gobierno brasileño, llevaron el caso a la consideración de la Comisión, solicitando que se declarara la violación de la Convención Americana por parte de Brasil. Un acuerdo de solución amistosa fue firmado el 18 de septiembre de 2003. Se pactó el pago de una indemnización a la víctima y el compromiso del Estado brasileño de adoptar medidas para la prevención, combate y erradicación del trabajo esclavo.²⁴ Cabe señalar que el caso 12.066 revela

²³ CIDH. Informe 24/98. Caso 11.287. João Canuto de Oliveira, de 10 de marzo de 1998.

²⁴ CIDH. Informe 95/03. Petición 11.289. Solución Amistosa. José Pereira, de 18 de septiembre de 2003.

también la denuncia de trabajo esclavo en una hacienda ubicada en Pará.²⁵

El caso 11.405 involucra una situación de conflicto en el campo, otra vez en el estado de Pará, desde abril de 1994. Bajo la acusación de ocupación de tierras y la defensa de los derechos de otros trabajadores rurales, cinco trabajadores fueron asesinados (Newton Coutinho Mendes, Moacir Rosa Andrade, José Martins dos Santos, Gilvam Martín dos Santos y Matías de Souza Cavalcante), dos sufrieron lesiones corporales, uno fue secuestrado y al menos cuatro familias fueron obligadas a huir tras recibir amenazas de muerte. En la petición se alega que los asesinatos se cometieron como respuesta a la sospecha de que las víctimas estaban vinculadas a la ocupación de tierras. Una vez más, la respuesta gubernamental fue ineficaz, si no inexistente, lo que para los peticionarios puede sugerir incluso la complicidad de los responsables con las autoridades policiales locales. En noviembre de 1994, *Human Rights Watch*/Américas y el CEJIL pidieron a la Comisión Interamericana que se requiriese al Estado brasileño llevar a cabo una eficiente investigación de los crímenes, sancionar a los responsables y adoptar medidas preventivas para proteger a los demás trabajadores rurales.²⁶

Otros casos de violencia rural en el estado de Pará son los casos 1290/04 y 1236/06, concernientes al asesinato de líderes de trabajadores rurales en aquel Estado.²⁷ En el mismo sentido, el caso 12.200 se refiere al asesinato de un trabajador rural en el estado de Mato Grosso, apuntando a la negligencia del Estado en la investigación de los hechos y en el procesamiento y condena de los responsables.²⁸ Los casos 12.310 y 12.478, de igual modo, revelan el asesinato de trabajadores rurales en el estado de Para-

²⁵ CIDH. Informe 169/11. Caso 12.066. Trabajadores de la Fazenda Brasil Verde, de 3 de noviembre de 2011.

²⁶ CIDH. Informe 59/99. Caso 11.405. Newton Coutinho Mendes y otros, de 13 de abril de 1999.

²⁷ CIDH. Informe 71/80. Petición 1290/04. José Dutra Da Costa, de 16 de octubre de 2010, e Informe 73/08. Petición 1236/06. Gabriel Sales Pimienta, de 17 de octubre de 2008.

²⁸ CIDH. Informe 37/07. Caso 12.200. Henrique Jose Trindade y Juvenal Ferreira Trindade, de 17 de julio de 2007.

ná por parte de milicias privadas, contratadas por propietarios de tierras.²⁹ El caso 12.332 se refiere al asesinato de la presidenta del Sindicato de Trabajadores de Alagoa Grande, en el estado de Paraíba.³⁰

El caso 11.820, por su parte, involucra el asesinato de 19 integrantes del Movimiento de los Trabajadores Rurales Sin Tierra (MST), el 17 de abril de 1996. Las víctimas habían interrumpido un trecho de una carretera en el estado de Pará (PA-150), cuando fueron desalojados de forma violenta por policías militares, dejando como resultado la muerte de 19 personas. Fueron acusados formalmente 156 agentes de la policía militar, que participaron en la operación. El caso, que tuvo am-

²⁹ CIDH. Informe 25/09. Caso 12.310. Sebastião Camargo Filho, de 19 de marzo de 2009, e Informe 13/07. Caso 12.478, Sétimo Garibaldi, de 27 de marzo de 2007. Teniendo en cuenta el contexto de violencia e impunidad en las zonas rurales de Brasil, la CIDH concluyó que el Estado brasileño era responsable por la violación del derecho a la vida, a las garantías judiciales y a la protección judicial, en perjuicio de Sebastião Camargo Filho. Recomendó al Estado: (1) llevar a cabo una investigación completa, imparcial y efectiva de los hechos, con el fin de afirmar la responsabilidad por el asesinato de Sebastião Camargo Filho; (2) reparar plenamente a los familiares de Sebastião Camargo Filho, tanto en el aspecto moral como material; (3) adoptar como cuestión prioritaria una política global para la erradicación de la violencia en las zonas rurales, que incluya medidas destinadas a prevenir y proteger a las comunidades en riesgo y fortalecer las medidas de protección para los líderes de los movimientos que trabajan para la distribución equitativa de la propiedad rural; (4) adoptar medidas eficaces destinadas a dismantlar los grupos armados ilegales que actúan en los conflictos relacionados con la distribución de la tierra; (5) adoptar una política pública de combate a la impunidad de las violaciones de derechos humanos de las personas involucradas en conflictos agrarios, que luchan por una distribución equitativa de la tierra. En 2009, aunque reconociendo que el Estado brasileño ha adoptado medidas para combatir la violencia en las zonas rurales, la Comisión destacó que la violencia rural no disminuyó significativamente en el país, ni tampoco disminuyó la impunidad en relación con esos conflictos. Y, además, transcurridos más de diez años del homicidio de Sebastião Camargo Filho, no hubo juicio de los responsables del crimen, ni reparación a los familiares de la víctima. De esta manera, a través de la publicación del Informe 25/09, la CIDH reiteró la responsabilidad del Estado.

³⁰ CIDH. Informe 9/08. Caso 12.332. Margarida Maria Alves, de 5 de marzo de 2008.

plia repercusión nacional e internacional, se conoció como la “masacre de El dorado de Carajás”.³¹

Por otra parte, el caso 11.517 se refiere a la denuncia de homicidio de un agricultor y también miembro del MST, cometido por miembros de la policía militar del estado de Paraná.³²

La interceptación y monitoreo ilegales de líneas telefónicas de instituciones asociadas con el MST fueron el objeto de la denuncia presentada en el caso 12.353.³³

El caso 11.556, que alcanzó una gran repercusión nacional e internacional, se refiere al caso denominado “Corumbiara”, en el que, debido al conflicto agrario en la hacienda Santa Elina (en Rondônia), diez personas vinculadas al MST fueron asesinadas por la policía militar y más de cien resultaron heridas. La Comisión Interamericana, en el informe de fondo, condenó al Estado brasileño por violación a los derechos previstos en la Convención Americana.³⁴

El caso 1330-07 se refiere a la muerte de dos trabajadores rurales sin tierra y al intento de asesinato de otras seis personas que resultaron heridas, incluidos dos niños, en el episodio conocido como “Masacre de Camarazal”, ocurrido en junio de 1997, en Pernambuco.³⁵

En el caso 4643-02, las propias víctimas remitieron la petición a la Comisión Interamericana, denunciando sucesivas invasiones y ataques, daños e intentos de expropiación de la hacienda de su propiedad, actos de intimidación y amenazas, y falta de di-

³¹ CIDH, Informe 4/03. Petición 11.820. Eldorado dos Carajás, de 20 de febrero de 2003.

³² CIDH, Informe 23/02. Caso 11.517. Diniz Bento da Silva, de 28 de febrero de 2002.

³³ CIDH, Informe 14/07. Caso 12.353. Arley José Escher y otros (intercepción de líneas telefónicas de organizaciones sociales), de 8 de marzo de 2007.

³⁴ CIDH, Informe 32/04. Caso 11.556. Corumbiara, de 11 de marzo de 2004.

³⁵ CIDH, Informe 70/12. Petición P-1330-07. Pedro Augusto da Silva, Inácio José da Silva y otros, de 17 de julio de 2012.

ligencia del Estado en la prevención y respuesta a esos actos, así como en investigar y sancionar a los responsables.³⁶

El caso 462-01 aborda la falta de prevención y la impunidad en el asesinato de un trabajador rural, durante una emboscada en 1991, en el contexto de los conflictos de tierras en el estado de Maranhão.³⁷

La Petición 4-04 denunció una violenta represión a una marcha por la reforma agraria, ocurrida en mayo de 2000 en el estado de Paraná, que culminó con la muerte de un trabajador rural y lesiones corporales sufridas por 185 trabajadores rurales.³⁸

2.1.4 Casos de violencia policial

De los casos examinados, 53 corresponden a situaciones de violencia policial y otras a violaciones cometidas por agentes estatales en Brasil desde 1982.³⁹ Considerando que algunas de estas

³⁶ CIDH. Informe 12/09. Petición 4643-02. Armando Lerco y Alain Roulaud, de 19 de marzo de 2009.

³⁷ CIDH. Informe 94/09. Petición 462-01. Francisco de Assis Ferreira, de 7 de septiembre de 2009.

³⁸ CIDH. Informe 96/09. Petición P-4-04. Antônio Tavares Pereira y otros, de 29 de octubre de 2009.

³⁹ Entre ellos: Caso 10.301, Caso 11.285, Caso 11.286, Caso 11.290, Caso 11.291, Caso 11.406, Caso 11.407, Caso 11.409, Caso 11.412, Caso 11.413, Caso 11.414, Caso 11.415, Caso 11.416, Caso 11.417, Caso 11.516, Caso 11.566, Caso 11.598, Caso 11.599, Caso 11.634, Caso 11.694, Caso 11.793, Caso 11.841, Caso 11.852, Caso 11.994, Caso 12.003, Caso 12.008, Caso 12.019, Caso 12.198, Caso 12.227, Caso 12.293, Caso 12.398, Caso 12.426, Caso 12.440, Caso 12.479, Caso 1113-06, Caso 394-02, Caso 478-07 y Caso 1342-04. Sobre la violencia policial en Brasil, véase Amnistía Internacional, Brasil, *“Death has arrived”: prison massacre at the Casa de Detenção*, Nueva York, 1993; Human Rights Watch/Américas, *Violência policial urbana no Brasil: mortes e tortura pela polícia em São Paulo e no Rio de Janeiro nos últimos cinco anos 1987-1992*, São Paulo, Núcleo de Estudios de Violencia de la USP, 1993; Chevigny, Paul y Chevigny, Bell Gale, *Police abuse in Brazil: summary executions and torture in São Paulo and Rio de Janeiro*, Nueva York, Americas Watch Committee, 1987; Human Rights Watch/Américas, *Brutalidade policial urbana no Brasil*, Río de Janeiro, 1997; Amnistia Internacional, *Brasil: Aqui ninguém dorme sossegado. Violações dos direitos huma-*

acciones se encuentran pendientes ante la Comisión Interamericana, este estudio se enfoca en la denuncia, teniendo en cuenta el régimen de confidencialidad de la CIDH en relación con los casos pendientes.

Cabe señalar que una gran mayoría de los casos fueron presentados a la Comisión Interamericana por ONG de derechos humanos —entre ellas el Centro Santo Días de Derechos Humanos de la Arquidiócesis de São Paulo, el CEJIL, Human Rights Watch/Américas y la Comisión Teotônio Vilela— junto con los presentados por la Defensoría Pública y por familiares.

Los casos se basan en la Convención Americana, ratificada por Brasil en 1992. En consecuencia, estas acciones internacionales conducen a la Comisión a declarar la violación por parte del Estado brasileño de derechos humanos previstos en dicho tratado. Los peticionarios denuncian abusos y violencia policial injustificada, que conlleva el asesinato de víctimas inocentes, así como tortura, desapariciones, lesiones y detenciones arbitrarias por parte de agentes del Estado. Denuncian también la insuficiente respuesta del Estado brasileño, o incluso la ausencia de cualquier respuesta, en vista de la falta de castigo de los responsables de las violaciones cometidas.⁴⁰

nos contra detentos, Londres, 1999; Centro de Justicia Global y Núcleo de Estudios Negros (NEN), *Execuções Sumárias no Brasil 1997-2003*, 2003.

⁴⁰ Con respecto a la impunidad en casos de violencia por parte de la policía militar y la necesidad de transferir el juicio de esos delitos a la justicia común, la petición de 6 de septiembre de 1994, presentada por el Centro Santo Días de Derechos Humanos a la Comisión Interamericana afirma: “Ocurre que, desde 1977, siempre que policías militares cometan crímenes contra civiles, las investigaciones son realizadas por la propia policía militar y los agentes de policías acusados son juzgados, cuando lo son, por sus pares, por un Tribunal que se ha mostrado parcial, dependiente e ineficaz para garantizar la justicia y el castigo de los culpables. [...] A pesar de la previsión constitucional de la Justicia Militar, esa justicia debería juzgar solo crímenes propiamente militares, como sucedía hasta 1977, cuando prevalecía el entendimiento en el sentido de que ‘oficiales y plazas de las milicias de los Estados, en el ejercicio de función policial civil no son considerados militares a efectos penales, siendo competente la justicia común para juzgar los crímenes cometidos por o contra ellos’ (Tribunal Supremo Federal, Súmula 297). En 1977, la Enmienda Constitucional n. 7, bajo un gobierno militar y de excepción cambió el entendimiento sobre el tema,

Como afirma la petición de 6 de septiembre de 1994, presentada a la Comisión Interamericana por el Centro Santo Días, sobre nueve casos de violaciones de derechos humanos:

pasando por el Tribunal Supremo Federal para decidir que la competencia para el juzgamiento de los crímenes cometidos por policías militares en actividades policiales estaría en la competencia de los jueces militares estatales. [...] La certeza de la impunidad y la ineficacia de la justicia militar es una invitación para reiterar la violencia por parte de los agentes del Estado, por lo que es necesario que se condene al Estado de Brasil a enjuiciar y sancionar a sus agentes que violen el derecho a la vida y la integridad física de los ciudadanos, así como indemnizar a las víctimas de las violaciones, en los casos en que todavía no lo haya hecho". Petición presentada por el Centro Santo Días de Derechos Humanos ante la Comisión Interamericana, de 6 de septiembre de 1994 (copia gentilmente proporcionada para este trabajo por Benedito Mariano, entonces representante legal de dicha entidad), pp. 2, 4 y 6. En el mismo sentido el Informe de derechos humanos del Departamento de Estado estadounidense señala: "La Justicia Militar (distinta del Tribunal Militar de las Fuerzas Armadas) está sobrecargada, rara vez se llevan a cabo investigaciones rigurosas concernientes a los compañeros militares y raramente los condenan. El sistema separado de Cortes Militares crea un clima de impunidad frente a policías involucrados en casos de ejecución extrajudicial o abuso de prisioneros, constituyendo el mayor obstáculo para cambiar el comportamiento de los policías y eliminar tales abusos. [...] Una de las violaciones más graves de los derechos humanos continúan siendo ciertas prácticas de ejecuciones extrajudiciales y torturas cometidas por la policía. La justicia es lenta e irrealizable, especialmente en las zonas rurales donde los poderosos terratenientes utilizan la violencia para resolver las controversias sobre tierras, ejerciendo su influencia sobre el poder judicial local. En áreas urbanas, la policía a menudo está involucrada en el asesinato y maltrato de prisioneros; sin embargo, la Justicia Militar Especial rara vez investiga estos casos o somete a juicio a los acusados". Departamento de Estado (US), Informes por País sobre Prácticas de Derechos Humanos 1994: de conformidad con las secciones 116 (d) y 502B (b) de la Ley de Asistencia Extranjera de 1961, enmendada, *Washington, US Government Printing Office*, febrero de 1995, pp. 332-333. En el mismo sentido, Amnistía Internacional recomienda: "Considerando el constante fracaso de los tribunales militares para condenar a los policías militares acusados de violaciones de derechos humanos, el Gobierno debería transferir la jurisdicción de estos crímenes contra derechos humanos fundamentales cometidos por agentes de la policía militar, a las Cortes Civiles". Amnistía Internacional, *Más allá de la desesperanza: Una agenda de derechos humanos en Brasil*, Nueva York, 1994, p. 19. Finalmente, la Ley 9.299, de 7 de agosto de 1996, determinó la transferencia de la justicia militar a la justicia común, para el juzgamiento de crímenes dolosos contra la vida, cometidos por policías militares.

Los casos denunciados se refieren a víctimas civiles muertas o mutiladas por policías militares, agentes del Estado de Brasil, sin motivo justificado, violando así los artículos 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. [...] Todos los casos presentados fueron, en el ámbito interno del Estado, procesados en la justicia militar del estado de São Paulo, sin que hasta la fecha haya habido una solución, transcurridos, en el caso más reciente 5 (cinco) años desde la fecha de los hechos y hasta 12 (doce) años en los casos más antiguos. [...] La negligencia de la justicia del Estado de Brasil en agilizar y juzgar adecuadamente los crímenes cometidos por policías militares contra civiles, viola las disposiciones de los artículos 8, (1) y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los artículos XVIII y XXIV, de la Declaración Americana de los Derechos Humanos. [...] La certeza de la impunidad y la ineficacia de la justicia militar es una invitación para reiterar la violencia por parte de los agentes del Estado, por lo que es necesario que se condene al Estado de Brasil a enjuiciar y sancionar a sus agentes que violen el derecho a la vida y la integridad física de los ciudadanos, así como indemnizar a las víctimas de las violaciones, en los casos en que todavía no lo haya hecho. [...] La entidad peticionaria requiere que los casos denunciados sean admitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con las disposiciones de los artículos 44 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, condenando al final al Estado de Brasil:

- a) por las muertes y agresiones a la integridad física de las víctimas de violación policial, por violación de los artículos 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos;
- b) llevar a cabo ágilmente los procesos de investigación de los crímenes, de forma eficaz y capaz de asegurar rectitud de procedimientos y actuaciones imparciales, a fin de que sean respetados los artículos 8, (1) y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y
- c) a indemnizar a las víctimas de la violencia policial que aún no hayan sido indemnizadas.⁴¹

⁴¹ Petición presentada por el Centro Santo Días de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 1, 2, 5 y 8.

En resumen, en todos los casos que denuncian la violencia cometida por la policía militar el pedido es el mismo: la condena al Estado brasileño para que enjuicie y sancione a los agentes responsables de las violaciones cometidas, así como a indemnizar a las víctimas de las violaciones en los casos en que eso aún no ha ocurrido. Estas peticiones subrayan la obligación del Estado brasileño de respetar, garantizar y remediar las violaciones de derechos consagrados en la Convención Americana, en los términos de su artículo 1. Es decir, como consecuencia del artículo 1 de la Convención y de las obligaciones que establece, corresponde a los Estados parte el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de derecho enunciado por la Convención Americana e intentar restaurar, si es posible, el derecho conculcado, así como resarcir los daños causados por la violación. La impunidad viola el deber de garantizar, por completo, el libre ejercicio del derecho afectado. Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado:

si el aparato estatal actúa de modo que una violación permanezca impune, no restaurando a la víctima la plenitud de sus derechos, se puede afirmar que el Estado está incumpliendo el deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de derechos a las personas sujetas a su jurisdicción. Con respecto a la obligación de investigar, debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que depende de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad [...].⁴²

⁴² Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párr. 50. Sobre el tema, Robert Kogod Goldman afirma: “La cuestión de la existencia o no de la obligación de los Estados-partes en los tratados de derechos humanos para investigar y enjuiciar a los violadores de estos derechos ha sido intensamente estudiada y debatida por los juristas internacionales y expertos en derechos humanos actuales. En la expedición de la primera decisión sobre el tema y abordando de forma puntual, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en un informe reciente, determinó que la ley uruguaya de amnistía violaba las disposiciones fundamentales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Goldman, Robert, “Responsabilidad internacional e impunidad nacional”, *Derecho internacional de los derechos humanos. Curso de actualización y complementación*, Montevideo, Comisión Internacional de Juristas/Colegio de Abogados de Uruguay, 1994, p. 160.

En el mismo sentido, Human Rights Watch subraya:

La cuestión de la justicia ha sido desde hace mucho tiempo un tema central para la causa de los derechos humanos. El objetivo es asegurar que los responsables de serios abusos sean, al menos, alejados de sus cargos, así como procesados y castigados criminalmente. El movimiento de derechos humanos busca justicia y respeto por la víctima y su familia, como un medio de responder a las violaciones que causaron su sufrimiento y busca también disuadir futuros abusos, expresando el mensaje de que un individuo no puede victimizar a otros sin que él mismo sufra severas consecuencias.⁴³

⁴³ Human Rights Watch, *World Report 1994: Events of 1993*, Human Rights Watch, Nueva York, 1994, p. XIII. El informe de Human Rights Watch añade: “En Viena y en otros lugares, también se ha afirmado la interdependencia entre derechos humanos, democracia y desarrollo. Se subrayó que ‘democracia’ presupone no solo elecciones competitivas, sino también instituciones democráticas, como un poder judicial independiente, fiscales y policía. [...] *Accountability* y sociedad civil son las marcas que buscamos para evaluar el *status* de una democracia en el continente. Aunque muchos países de la región son gobernados por regímenes que se formaron a partir de elecciones, América Latina tiene el derecho de esperar más de sus democracias incipientes: mayor participación en los procesos de toma de decisiones, más transparencia en las acciones gubernamentales y más respuestas de las instituciones del estado, especialmente de las que están destinadas a proteger los derechos de los ciudadanos. Para nosotros, un gobierno no puede llamarse a sí mismo democrático a menos que sus agentes sean responsables de sus actos; sus Cortes y promotores sean protectores de los derechos de los ciudadanos y ofrezcan respuestas a las injusticias; el Gobierno promueva y aliente el desarrollo de organizaciones independientes de la sociedad civil; y los conflictos políticos y sociales se resuelvan generalmente de manera pacífica”. Human Rights Watch, *World Report 1994*, *op cit.*, pp. XIII y 69. Aún en la evaluación de Human Rights Watch: “En 1994, la *accountability* por las violaciones de los derechos humanos sigue siendo un objetivo central de los esfuerzos de Human Rights/Américas. La obligación del Estado de prevenir e investigar las violaciones de los derechos humanos, procesar y sancionar a sus autores y proteger el derecho de la víctima a buscar justicia, es la única garantía de que las instituciones democráticas promoverán una sociedad verdaderamente democrática”. Human Rights Watch, *World Report 1995: Events of 1994*, Human Rights Watch, Nueva York, 1995, p. 70. En el mismo sentido, Hurst Hannum señala: “Toda persona tiene derecho a condiciones de vida adecuadas, a no ser sometida a un tratamiento arbitrario por parte del gobierno, a participar en la sociedad sobre una base de igualdad. En muchos aspectos, el derecho internacional de los derechos humanos se refiere principalmente a garan-

Con respecto al derecho a la justicia y la impunidad sistemática en los casos de violencia de la policía militar, asegurada por el hecho de que los agentes militares son juzgados por sus pares, dentro del ámbito de la justicia militar, cabe destacar que, como se verá en este tema, las presiones internacionales resultantes de los casos presentados a la Comisión Interamericana contribuyeron a la adopción, en 1996, de la ley 9299, que transfirió a la justicia común la competencia para juzgar los crímenes dolosos contra la vida cometidos por policías militares.

Considerando el universo de los 38 casos concernientes a violencia policial, siete deben destacarse —los casos 10.301, 11.291, 11.566, 11.694, 12.008, 11.516 y 12.227— debido al gran número de víctimas y las importantes repercusiones nacionales e internacionales que produjeron.

En el caso 10.301 (*Parque San Lucas*), la denuncia se refiere a que, en 1989, en el distrito policial 42º de la capital, 50 reclusos fueron encarcelados en una celda de 1 m x 3 m, en la que lanzaron gases lacrimógenos, provocando la muerte por asfixia de 18 de ellos. La petición solicita que la Comisión declare la violación por parte del Estado brasileño de los derechos a la vida e integridad personal, así como la violación de las normas mínimas sobre las condiciones de detención —derechos garantizados por la Convención Americana en los artículos 4 y 5—. También solicita que se requiera al Estado brasileño el castigo de las autoridades

tizar la justicia, a fin de asegurar que las reglas del juego sean observadas, mas que determinar el ganador. El derecho internacional de los derechos humanos busca hacer que los gobiernos rindan cuentas, de conformidad con las normas que ellos mismos proclamaron tienen valor universal". Hannum, Hurst, "Implementing human rights: an overview of strategies and procedures", en Hannum, Hurst (ed.), *Guide to international human rights practice*, Nueva York, Transnational Pub Inc., 2004, p. 37. Para Adam Przeworski: "Lo que hace sostenibles a las democracias, dado el contexto de las condiciones externas, son sus instituciones y sus prácticas. La democracia es sostenible cuando su estructura institucional promueve objetivos normativos y políticamente deseables, como el rechazo a la violencia arbitraria, la seguridad material, la igualdad, la justicia, y cuando, a su vez, estas instituciones son capaces de responder a las crisis que se producen cuando estos objetivos no se alcanzan". Przeworski, Adam, *Sustainable democracy*, Cambridge, Cambridge University Press. 1995, p. 107.

policiales responsables, teniendo en cuenta que, según afirma la petición, los policías militares involucrados no fueron todavía inculcados, pasados más de seis años de la ocurrencia del hecho, circunstancia que definiría el agotamiento de los recursos internos. La Comisión Interamericana, el 15 de julio de 1996, aprobó el informe del caso.⁴⁴

Considerando la ocurrencia de demora injustificada y la falta de compromiso por parte de las autoridades judiciales y del Ministerio Público para enjuiciar y castigar a los perpetradores, la Comisión declaró al Estado brasileño responsable de la violación de los derechos a la vida y a la integridad personal, así como del derecho a la protección judicial, consagrados en la Convención Americana. Recomendó a Brasil, entre otras medidas, la transferencia a la justicia común del juzgamiento de los crímenes cometidos por policías militares; el castigo de los policías involucrados y el pago de indemnizaciones a los familiares de las víctimas. El Gobierno brasileño, al aceptar el procedimiento de solución amistosa, se propuso cumplir las mencionadas recomendaciones. En ese sentido, se efectuó el pago de indemnización a los familiares de las víctimas, así como la aprobación de la ley 9.299/96, que transfiere a la justicia común la competencia para juzgar los crímenes dolosos contra la vida, cometidos por policías militares.

Otro gravísimo caso de violencia policial es el caso 11.291, denominado caso *Carandiru*.⁴⁵ La petición —presentada por el CEJIL, Human Rights Watch/Américas y la Comisión Teotônio Vilela— denuncia que, en 1992, 111 detenidos fueron masacrados por policías, en la Casa de Detención de São Paulo, denominada “Carandiru”. Según los peticionarios, todas las evidencias indican la ocurrencia de una ejecución sumaria de las víctimas. Agregan que al menos 84 de los prisioneros muertos estaban a la espera de juicio, lo que caracterizaría el hecho como la más seria masacre en prisión de la historia brasileña. En el marco de estas alegaciones, los peticionarios solicitan a la Comisión Interamericana que condene al Estado de Brasil por la violación de obliga-

⁴⁴ CIDH. Informe 16/96. Caso 10.301. 42° Distrito Policial Parque São Lucas, São Paulo, de 15 de julio de 1996.

⁴⁵ CIDH. Informe 34/00. Caso 11.291. Carandirú, de 13 de abril de 2000.

ciones internacionales derivadas de la Convención Americana, específicamente en lo que se refiere a la violación de los derechos a la vida y a la integridad física, mental y moral (arts. 4 y 5), derecho a un juicio justo (art. 8) y a la protección judicial (art. 25), frente a la muerte extrajudicial de 111 presos recluidos en la casa de detención y de serias heridas a decenas de otros detenidos. También exigen al Estado de Brasil realizar una investigación judicial completa e imparcial de los crímenes, con el castigo de los responsables. Solicita, además, que se pague una indemnización a las familias de las víctimas, por los daños sufridos. Finalmente, los peticionarios solicitan a la Comisión que ordene al Estado de Brasil adoptar todas las medidas necesarias para prevenir futuras ocurrencias de esa naturaleza (incluyendo la desactivación del complejo de *Carandiru*), de modo que los derechos de todos los reclusos bajo su responsabilidad sean plenamente respetados.

En cuanto a la indemnización a los familiares de las víctimas, cabe señalar que la Procuradoria de Assistência Judiciária del Estado de São Paulo propuso 59 acciones indemnizatorias. Con respecto a la petición formulada por los peticionarios sobre la desactivación del complejo de Carandiru, fue acogida con la demolición del complejo, en 2003.

Cabe señalar que este caso fue el que más atención recibió de la comunidad internacional, con intensas repercusiones, especialmente en la prensa, en vista de la proporción y el alcance de la violación de derechos internacionalmente garantizados.⁴⁶

Otros que merecen especial mención son los casos 11.694 y 11.566. El caso 11.694, conocido como *Nova Brasília I*, involucra la muerte de 14 personas que vivían en la favela Nova Brasília, en Río de Janeiro, como consecuencia de una operación policial en la zona, el 18 de octubre de 1994.⁴⁷ El caso 11.566 se refiere a la

⁴⁶ Interesante anotar que, según el informe de Human Rights Watch, en 1992 la policía militar del estado de São Paulo mató a 1 470 civiles, mientras que en los primeros 8 meses de 1993, la misma policía mató a 257 civiles. La reducción significativa del número de muertes, en comparación con 1992, sugiere que las presiones internacionales sobre el caso *Carandiru* muy probablemente contribuyeron a ese resultado.

⁴⁷ CIDH. Informe 36/01. Caso 11.694, Evandro de Oliveira y otros, de 22 de febrero de 2001.

violencia de la policía, una vez más, perpetrada a los residentes de la misma favela, el 8 de mayo de 1995. En este último caso, con el fin de arrestar a un traficante, la operación policial provocó la muerte de más de 10 residentes.⁴⁸ Cabe señalar que este caso fue presentado por la Comisión a la Corte Interamericana el 19 de mayo de 2015,⁴⁹ y esta emitió sentencia el 16 de febrero de 2017.⁵⁰

También vale la pena mencionarlo el caso 12.008. Denunció la muerte de 21 personas en la favela de *Vigario Geral*, en Río de Janeiro, en agosto de 1993. Según los peticionarios, los responsables son agentes policiales que habrían cometido el acto criminal como venganza, por la muerte de cuatro policías en las cercanías de la mencionada favela.⁵¹

Por lo que respecta al caso 11.516, que se refiere a las graves lesiones infringidas por policías en la cara del indígena Macuxi, quien finalmente murió en una comisaría situada en Roraima, entonces territorio federal. El Estado brasileño reconoció su responsabilidad al promover la reparación civil resultante de las violaciones cometidas. Cabe señalar que, en la hipótesis, hubo responsabilidad directa de la Unión, teniendo en cuenta que Roraima era territorio federal cuando ocurrió el crimen.⁵²

El caso 12.227 se refiere a la golpiza de aproximadamente ochenta mujeres privadas de libertad en el centro de detención provisional Santa Rosa de Viterbo, el 12 de enero de 1997, por

⁴⁸ CIDH. Informe 78/98. Caso 11.566. Favela Nova Brasília, de 25 de septiembre de 1998.

⁴⁹ Al emitir el Informe de Fondo, la Comisión decidió acumular los dos casos y tramitarlos conjuntamente asignándoles el número de caso 11.566, de conformidad con el artículo 29.1 del Reglamento de la CIDH. Véase CIDH. Informe 141/11. Caso 11.566. Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira y otros — Favela Nova Brasília —, de 31 de octubre de 2011.

⁵⁰ Corte IDH. *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C, núm. 333.

⁵¹ CIDH. Caso 12.008. Favela Vigario Geral, presentado el 20 de mayo de 1998.

⁵² CIDH. Informe 60/99. Caso 11.516. Ovelário Tames, de 13 de abril de 1999.

agentes de la policía civil y militar del estado de São Paulo. Todos los acusados fueron absueltos.⁵³

En el caso 1113-06, la Comisión Interamericana otorgó medidas cautelares en favor de aproximadamente 400 personas privadas de libertad en el 76° Distrito policial de Niterói, en Río de Janeiro. Según la denuncia, esas personas eran mantenidas en celdas con capacidad para 140 personas, durante 24 horas, sin ninguna actividad física, sin seguir ningún criterio de separación por categorías, en violación del principio de individualización de la pena. Se agregan, además, las precarias condiciones de higiene, el alto riesgo de incendio y la falta de atención médica y medicamentos. La Comisión Interamericana solicitó al Estado brasileño que adoptara las medidas necesarias para garantizar la vida e integridad personal de los detenidos.⁵⁴ El caso 394-02 se refiere a los casos de muerte y los malos tratos a los detenidos en la Cárcel Urso Branco en Rondônia,⁵⁵ que dio lugar a la concesión de medidas provisionales de la Corte Interamericana, en consideración de la extrema gravedad y urgencia para evitar daños irreparables a las víctimas, como ya se ha enfocado en este capítulo.⁵⁶

El caso 478-07, involucra la dramática situación de las personas privadas de libertad en la Cárcel Pública de Guarujá, en São Paulo. Los peticionarios denuncian un cuadro de superpoblación carcelaria, condiciones degradantes de detención, malos tratos y violaciones de los derechos humanos de las personas privadas de su libertad. El 26 de octubre de 2007, la Comisión otorgó medi-

⁵³ En 2012, transcurridos más de 12 años desde el inicio del trámite del caso, la Comisión decidió archivarlo por no contar con los elementos necesarios para tomar una decisión con respecto a la petición. CIDH. Informe 34/12. Petición 12.227. Decisión de archivo, de 20 de marzo de 2012.

⁵⁴ CIDH. Informe 36/07. Petición 1113-06. Personas privadas de libertad en las celdas de la 76A jefatura de policía (76A DP) de Niterói, Río de Janeiro, de 17 de julio de 2007.

⁵⁵ CIDH. Informe 81/06. Petición 394-02. Personas privadas de libertad en la cárcel de Urso Branco, rondônia, de 21 de octubre de 2006.

⁵⁶ Las medidas provisionales ordenadas por la Corte Interamericana en 2002, fueron levantadas en 2011. Corte IDH. *Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto de Brasil*. Medidas Provisionales. Resolución de 25 de agosto de 2011.

das cautelares en favor de los adolescentes reclusos en la Cárcel Pública de Guarujá. Se recomendó que el Estado brasileño adopte todas las medidas necesarias para garantizar la vida e integridad personal de los adolescentes, trasladándolos a un centro de detención adecuado, proporcionándoles inmediata atención médica y psicológica, y prohibiendo la entrada y permanencia de los adolescentes en la mencionada cárcel.⁵⁷

Cabe destacar que, en relación con los demás casos admitidos por la Comisión Interamericana, todos implican, al decir de los peticionarios, el asesinato de personas inocentes, a veces adolescentes, debido al abuso y violencia de la policía militar. En esas situaciones se reitera la denuncia de la inexistencia o insuficiencia de medidas adoptadas por Brasil con el fin de juzgar y sancionar a las autoridades policiales responsables.

En el caso 11.286⁵⁸ —sobre dos menores de 16 años que fueron asesinados por policías militares en 1987—, pasados más de ocho años de la ocurrencia de los hechos, no ha habido castigo de los culpables por parte del Estado brasileño.⁵⁹ Al respecto, Be-

⁵⁷ CIDH. Informe 41/08. Petición 478-07. Personas privadas de libertad en el Centro de Detención Provisional de Guarujá, São Paulo, de 23 de julio de 2008.

⁵⁸ Este caso se entregó a la CIDH por el CEJIL, en febrero de 1994. Sin embargo, en febrero del año siguiente, el CEJIL transfirió su acompañamiento al Centro Santo Dias Centro de Derechos Humanos de la Arquidiócesis de São Paulo.

⁵⁹ Entre otros, cabe mencionar los Casos 11.285 y 11.290, que también revelan denuncia del asesinato de individuos inocentes por parte de la Policía Militar y de la falta de castigo de los culpables. En ambos casos, las víctimas vivían en favelas en Recife. En el Caso 11.285 la víctima tenía solo 14 años de edad y en el Caso 11.290, 16 años. También el Caso 11.598 se refiere a la muerte de un adolescente de 16 años, por integrantes de la policía militar del estado de Río de Janeiro, el 8 de marzo de 1992. En el mismo sentido, el Caso 11.634 denuncia la muerte, por violencia policial, de un adolescente de 13 años, el 22 de diciembre de 1992, tras una redada de la policía militar en la favela Ramos de Río de Janeiro. Además, el Caso 11.599, que se refiere al asesinato de un adolescente de 17 años, cometido el 24 de septiembre de 1993, por un individuo identificado por testigos como un miembro de la policía. El Caso 12.198 también se refiere al asesinato de adolescentes por policías militares, en el estado de Río de Janeiro. El Caso 12.398 se refiere a la denuncia de ejecución sumaria de adolescentes por policías militares, en

nedito Mariano, entonces representante del Centro Santo Dias Centro de Derechos Humanos de la Arquidiócesis de São Paulo, dijo: “Hemos recurrido a la OEA porque en Brasil se han agotado todas las esperanzas de que los responsables de esos casos sean sancionados”.⁶⁰ Los peticionarios solicitan la condena del Estado brasileño, debido a la violación de los derechos a la vida, integridad personal y garantías judiciales, consagrados por la Convención Americana en los artículos 4, 5 y 8, con el fin de superar la situación de impunidad, que permita que los responsables sean debidamente investigados, procesados y sancionados.

Se destacan los casos 1448-06, 1452-06, 1458-06 y 65-07.⁶¹ Estos casos denuncian lesiones, desapariciones y/o asesinatos

el estado de Pará, una vez más, los responsables no han sido condenados. El Caso 12.019 denuncia los actos de tortura cometidos por agentes de policía contra un albañil en una comisaría en la ciudad de Fortaleza (Ceará), el 12 de abril de 1993. El Caso 11.406 involucra un episodio en el cual una víctima fue baleada por un policía militar, dejándola cuadripléjica, tras confundirla con un criminal, el 29 de febrero de 1983, en São Paulo. El Caso 11.407 involucra la muerte de un ayudante de albañil por oficiales de la policía militar el 20 de abril de 1982, en São Paulo. En el mismo sentido, el Caso 11.413 denuncia la muerte de un estudiante y auxiliar de oficina por parte de policías militares, el 14 de marzo de 1985, en São Paulo. Además, el Caso 11.793, en el que la víctima fue detenida, golpeada y conducida a un lugar desconocido por policías de la División Antisecuestros de la Policía Civil del Estado de Río de Janeiro, el 10 de agosto de 1993. En el Caso 11.412, un mecánico fue asesinado a culatazos de revólver por un policía, el 26 de agosto de 1983, en São Paulo. El Caso 11.417 involucra la muerte de un estudiante y ayudante de operario por parte de oficiales de la policía militar de São Paulo, en 1988. También el Caso 11.414 involucra la violencia policial contra un obrero metalúrgico, muerto a tiros el 16 de marzo de 1982, en São Paulo.

⁶⁰ Véase nota de prensa en línea, “OEA vai intervir em 9 casos de pessoas mortas por PMs”, *Folha de S. Paulo*, de 27 de mayo de 1995.

⁶¹ Las cuatro peticiones fueron reunidas para trámite en los mismos autos con el núm. 12.778 en la etapa de fondo, teniendo en cuenta que tratan de hechos similares y aparentemente muestran el mismo patrón de conducta. Véase CIDH. Informe 126/10. Peticiones P-1448-06 – Roberto Carlos Pereira de Souza y Cristiano da Silva Souza; P-1452-06 – Fábio Eduardo Soares Santos de Souza y Rodrigo Abilio; P-1458-06 – Leandro Dos Santos Ventura, Fabio Dos Santos Da Silva y Adriano Paulino Martiniano; P-65-07 – Wallace Damião Gonçalves Miranda, Flavio Moraes de Andrade, Eduardo Moraes de Andrade, Julio César Pereira de Jesus, José Manuel da Silva y William Borges dos Reis, de 23 de octubre de 2010.

cometidos por la Policía Militar de Río de Janeiro, entre mayo de 2003 y enero de 2004, en el cumplimiento, según los peticionarios, de una “política de seguridad pública violenta y discriminatoria implementada por el gobierno del estado de Río de Janeiro, que criminaliza a la pobreza y persigue desproporcionadamente a jóvenes afrodescendientes de sexo masculino residentes en las favelas o en barrios pobres”. Efectivamente, las víctimas eran jóvenes afrodescendientes que vivían en barrios pobres (favela o similar) en Río de Janeiro, que habrían sido perseguidos por razón de su edad y características sociales y raciales. Además, cinco de las 13 víctimas eran niños o adolescentes en el momento de los hechos. En su Informe, la CIDH declaró la admisibilidad de estos casos con respecto a las supuestas violaciones de los derechos protegidos en los artículos 3, 4, 5, 7, 8, 19, 24 y 25 de la Convención Americana, de conformidad con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, así como en relación con los derechos protegidos en los artículos 1, 6, 7 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

También amerita especial mención el caso 12.440, en el que un joven negro, de 18 años y soldado del Ejército, fue asesinado por policías militares en 1998. Al analizar el fondo del asunto, la Comisión consideró el contexto de la discriminación racial, la violencia policial y la impunidad. Reconoció que la víctima “perdió su vida como resultado de una acción discriminatoria practicada por agentes del Estado, sin que su condición de ser miembro de un grupo considerado vulnerable (afrodescendiente, pobre, “favelado”) sean respetados”. Para la Comisión:

Incumbe al Estado Federal y al estado de Río de Janeiro haber tomado medidas adecuadas para evitar que Wallace de Almeida fuera objeto de normas, prácticas, acciones u omisiones que directa o indirectamente violasen la prohibición general de la discriminación. Además, era imperativo para esos Estados proporcionar una protección efectiva e igualitaria contra la discriminación, tomando por lo tanto las medidas necesarias en el sentido de que le fuera otorgado el trato diferenciado que su condición de afrodescendiente exigía.

Asimismo, la CIDH destacó que la investigación del asesinato por parte de miembros de la Policía Militar fue llevada a cabo por policías y que el juicio de los responsables correspondería

también a militares, en violación de la obligación del Estado de proporcionar a las víctimas el acceso a un órgano de justicia independiente, autónomo e imparcial.⁶²

La Comisión Interamericana concluyó que hubo violación del derecho a la vida, la integridad personal, las garantías judiciales, la igualdad y a la protección judicial, consagrados en los artículos 4, 5, 8, 24 y 25 de la Convención Americana. Además, declaró el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Convención Americana en el artículo 1.1 (respetar y garantizar los derechos); en el artículo 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno a fin de hacer efectivos los derechos previstos en la CADH); y en el artículo 28 (obligación tanto del Estado Federal y del Estado de Río de Janeiro para cumplir con las disposiciones contenidas en la Convención).⁶³

⁶² CIDH. Informe 26/09. Caso 12.440. Wallace de Almeida, de 20 de marzo de 2009.

⁶³ En este sentido, la CIDH recomendó al Estado brasileño: (1) llevar a cabo una investigación completa, imparcial y efectiva de los hechos por órganos judiciales independientes de la jurisdicción de la policía civil/militar, a fin de establecer la responsabilidad por los actos relacionados con el asesinato de Wallace de Almeida y los impedimentos que hicieron imposible la realización de una investigación y de un juicio efectivos; (2) proporcionar plena reparación a los familiares de la víctima, incluyendo los aspectos morales y materiales; (3) adoptar las medidas necesarias para la implementación efectiva de lo dispuesto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal brasileño; (4) adoptar las medidas adecuadas dirigidas a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, para prevenir los actos de discriminación racial en las operaciones policiales, investigaciones, procesamiento o sentencias penales. CIDH. Caso Wallace de Almeida, *cit.* En este punto, cabe señalar otros casos de 2009 a 2014: sobre violencia policial referentes a ejecuciones extrajudiciales de 4 jóvenes en Río de Janeiro en 1998 (Caso 1454-06); la detención arbitraria, tortura y violación de la integridad personal de un comerciante en Pará (Caso 405-07); la ejecución extrajudicial de un adolescente en Río de Janeiro (Caso 302-07, en que el peticionario es la Unidad de Derechos Humanos de la Defensoría Pública de Río de Janeiro); la muerte de dos niños en operación de la Policía Militar de Río de Janeiro en 1996 y la falta de una investigación adecuada y responsabilización de los perpetradores (Caso 1453-06); la detención arbitraria y tortura seguida por la muerte de un trabajador rural en Pará (Caso 999-06); la denegación de justicia e impunidad en relación al intento de homicidio provocado por un policía (Caso 590-05); las ejecuciones extrajudiciales cometidas por agentes de la policía militar de São Paulo (Caso

2.1.5 Casos de violación de los derechos de niños y adolescentes

En cuanto a las violaciones de derechos de los niños y adolescentes, deben destacarse los casos 11.993, 11.702, 12.328, 12.426 y 12.427.

El caso 11.993 se refiere al denominado caso “*Candelária*”: ocho niños y adolescentes fueron encontrados muertos en los alrededores de la iglesia de la Candelária, en Río de Janeiro, en julio de 1993.⁶⁴ En la petición se alega que los responsables de los asesinatos son oficiales de la policía militar. Los peticionarios solicitan a la Comisión Interamericana que declare la violación por el Estado brasileño del derecho a la vida, el derecho del niño a la protección especial y el derecho a la protección judicial, consagrados en los artículos 4, 19 y 25 de la Convención Americana. La petición también requiere que se recomiende al Gobierno brasileño la adopción de las medidas necesarias para que los responsables sean investigados, juzgados, y se apliquen las sanciones correspondientes, así como que se realice el pago de una indemnización a los familiares de las víctimas.⁶⁵

Por su parte, el caso 11.702 se refiere a la solicitud de medidas cautelares para la protección de los derechos a la vida y a la integridad física de los adolescentes internos en tres establecimientos del estado de Río de Janeiro. Los peticionarios señalaron la situación irregular de estos establecimientos, sobre todo como consecuencia de la violación del Estatuto del Niño y del Adolescente, en cuanto a la separación de los adolescentes por criterios de edad, la integridad física y la gravedad de la infracción, el hacinamiento y las condiciones inhumanas a las que son sometidos los adolescentes, víctimas de palizas, malos tratos

150-06); las torturas practicadas por la policía civil de Río de Janeiro (Caso 262-06, teniendo como peticionario a la defensoría pública); las ejecuciones extrajudiciales practicadas por un grupo de exterminio en Pernambuco (Caso 373-03); y a la detención arbitraria, la tortura y la ejecución en Minas Gerais (Caso 1173-05).

⁶⁴ Sobre el caso “*Candelária*” véase Amnistía Internacional, *Río de Janeiro 2003: Candelária e Vigário Geral, 10 anos depois*, 2003.

⁶⁵ CIDH. Caso 11.993. *Candelária*, presentado el 23 de marzo de 1998.

y violencia sexual por parte de los funcionarios de los establecimientos.⁶⁶ En el mismo sentido, el caso 12.328 se refiere a la denuncia de torturas y malos tratos sufridos por los adolescentes internos en el establecimiento de la *Febem do Complexo do Tatuapé* en São Paulo. La Comisión Interamericana solicitó la adopción de medidas cautelares para proteger la vida e integridad física de los adolescentes.⁶⁷

Los casos 12.426 y 12.427 se refieren a los “Niños castrados de Maranhão”, 19 niños y adolescentes entre los 9 y los 14 años, que fueron víctimas de homicidio en el estado de Maranhão entre 1991 y 2000. Dicho homicidio estuvo marcado por la violencia y el abuso sexual, que culminó con la extracción de los órganos genitales de las víctimas. En estos casos se llegó a una solución amistosa, que incluyó el reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado brasileño, el juicio y el castigo de los responsables, así como la adopción de medidas de reparación simbólica y material, medidas de no repetición y medidas de seguimiento.⁶⁸

Además, el caso 897-04 sobre la supuesta retención ilegal de dos niños, hijos menores del argentino Alejandro Daniel Esteve, en territorio brasileño, con supuestas violaciones al debido proceso ocurridas en el proceso de restitución internacional de los menores.⁶⁹

⁶⁶ CIDH. Caso 11.702. *Crianças Privadas de Liberdade no Rio de Janeiro*. Decisión de archivo.

⁶⁷ CIDH. Informe 39/02. Petición 12.328, de 9 de octubre de 2002. El 21 de diciembre de 2004, la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de los niños privados de la libertad en la “Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor” (FEBEM Tatuapé). Posteriormente, en 2005, la Corte IDH ordenó medidas provisionales. Corte IDH. *Asunto de los niños y adolescentes privados de libertad en el “Complexo do Tatuapé” da FEBEM respecto Brasil*. Medidas Provisionales. Resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 2005, de 30 de noviembre de 2005 y de 4 de julio de 2006.

⁶⁸ CIDH. Informe 43/06. casos 12.426 y 12.427. Solución Amistosa. Niños capados de Maranhão, de 15 de marzo de 2006.

⁶⁹ CIDH. Informe 173/11. Petición P-897-04. Alejandro Daniel Esteve e hijos, de 2 de noviembre de 2011.

2.1.6 Casos de violencia contra la mujer

En el universo de los casos examinados, cinco (11.996, 12.051, 12.263, 1279-04 y 337-03) denuncian violencia contra la mujer, presentando como base fundamental la violación a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), ratificada por Brasil el 27 de noviembre de 1995. Uno de los casos se refiere a una situación de discriminación contra la mujer (caso 12.378).

En el caso 11.996, Márcia Cristina Rigo Leopoldi, una estudiante de Arquitectura, fue asesinada el 10 de marzo de 1984, en Santos. Según la denuncia, la víctima fue estrangulada en su propia casa por su exnovio. Condenado a 15 años de prisión por decisión del Tribunal del Jurado de Santos, el responsable obtuvo la concesión de *habeas corpus*, que fue posteriormente desestimada por el Tribunal de Justicia. Desde la concesión del recurso de *habeas corpus*, el acusado se encuentra prófugo, a pesar de las órdenes sucesivas de arresto que se han emitido. Se trata del primer caso contra el Estado brasileño que se basa en las disposiciones de la Convención Interamericana sobre la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer. Los peticionarios demandaron la condena del Brasil por la violación del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia (tanto en el ámbito público como privado), el derecho a la vida, y el deber del Estado de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, en virtud de los términos de los artículos 3, 4 y 7 de la Convención de Belem do Pará, respectivamente. También exigieron el pago de una indemnización a los familiares de la víctima.⁷⁰

En la misma línea, la petición del caso 12.051 alega serias violencias perpetradas contra Maria da Penha Maia Fernandes por su compañero. Los intentos de homicidio y asalto ocasionaron paraplejía irreversible en la víctima, así como otras lesiones. Aunque condenado por los tribunales locales, después de 15 años,

⁷⁰ CIDH. Informe 9/12. Petición 11.996. Inadmisibilidad. Márcia Cristina Rigo Leopoldi, de 20 de marzo de 2012.

el acusado aún estaba prófugo, utilizando repetidas apelaciones de procedimiento contra la decisión condenatoria del jurado. La impunidad e ineficacia del sistema judicial frente a la violencia doméstica contra las mujeres en Brasil motivó, en 1998, la presentación del caso ante la Comisión Interamericana. En 2001, en una decisión inédita, la Comisión Interamericana condenó al Estado brasileño por negligencia y omisión en relación con la violencia doméstica, y recomendó, entre otras medidas, “continuar e intensificar el proceso de reforma para romper con la tolerancia estatal y el trato discriminatorio con respecto a la violencia doméstica contra la mujer en Brasil”.⁷¹ La decisión se basó en la violación por el Estado de las obligaciones asumidas frente a la ratificación de la Convención de Belém do Pará.⁷² Esta fue la primera vez que un caso de violencia doméstica derivó en la condena de un Estado en el Sistema Interamericano. Cabe señalar que, en cumplimiento de la decisión de la Comisión Interamericana, el Estado brasileño adoptó la ley 11.340/2006, que establece mecanismos para cohibir y prevenir la violencia doméstica y familiar contra las mujeres, así como para determinar el pago de la indemnización a la víctima.⁷³

El caso 12.263 se refiere al asesinato de la estudiante Márcia Barbosa de Souza, en las afueras de João Pessoa, en el estado de Paraíba, el 18 de junio de 1998. Según la investigación policial, el principal acusado del crimen es un diputado de estado. En virtud de la inmunidad parlamentaria de entonces, solo podía ser procesado penalmente con el permiso previo de la Asamblea Legislativa del Estado. Sin embargo, en dos ocasiones se rechazó la solicitud de licencia, lo que justificó el envío del caso a la Comisión

⁷¹ CIDH, Informe 54/01, Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes, de 16 de abril de 2001.

⁷² Sobre el Caso *Maria da Penha* véase Piovesan, Flávia y Pimentel, Silvia, “Conspiración contra la impunidad”, *Folha de S. Paulo*, p. A-3, de 25 de noviembre de 2002.

⁷³ En cuanto a la indemnización, el estado de Ceará se comprometió a pagar R\$ 60,000.00 en compensación a Maria da Penha, ante las violaciones de los derechos sufridos. Después de 7 años, María da Penha fue indemnizada. Véase *Folha de S. Paulo*, de 13 de marzo de 2008.

Interamericana, frente a la impunidad.⁷⁴ El caso fue remitido a la Corte el 11 de julio de 2019.

Estos casos se distinguen de los otros al denunciar un patrón específico de violencia que afecta a las mujeres. Es violencia de género, capaz de causar muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a las mujeres, ya sea en el ámbito público o privado. Se reconoce, por tanto, que el dominio de lo privado ya no es inviable cuando existe una violación de los derechos humanos. Aunque este patrón específico de violencia es distinto de los otros estándares previamente examinados —donde los propios agentes estatales actúan como perpetradores en la esfera pública—, los casos son similares a otros en los que también se requiere la lucha contra la impunidad, acentuando el deber del Estado de investigar, enjuiciar y, en su caso, sancionar a los responsables.

El caso 1279-04 se refiere a la falta de debida diligencia del poder judicial brasileño para sancionar los repetidos actos de violación perpetrados por un sacerdote católico en 1996 y 1997, en Porto Alegre, estado de Río Grande do Sul, en detrimento de las víctimas MVM y PSR, esta última de 16 años. La Comisión Interamericana declaró admisible el caso para analizar la presunta violación de los derechos previstos en los artículos 5, 8.1, 11, 19, 24 y 25 de la Convención Americana, de conformidad con el artículo 1.1 de ese tratado, y del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará.⁷⁵

⁷⁴ CIDH. Informe 38/07. Petición 12.263. Marcia Barbosa de Souza, de 26 de julio de 2007. En el caso de Márcia Barbosa, véase Piovesan, Flávia, “Caso de Márcia Barbosa e inmunidad parlamentaria”, en Benvenuto Lima Jr., Jayme (org.), *Derechos humanos internacionales: avances y desafíos del siglo XXI, Programa DH internacional*, Recife, 2001, pp. 161-168. Véase también Piovesan, Flávia, “Prerrogativa o Privilegio?”, *Folha de S.Paulo*, p. A-3, de 4 de julio de 2001.

⁷⁵ CIDH. Informe 37/13. Petición 1279-04. M.V.M. y P.S.R., de 11 de julio de 2013. La CIDH decidió que la petición era inadmisibile en relación con la presunta violación del art. 7 de la Convención Americana. En relación con los arts. 1, 2, 3 y 4 de la Convención de Belém do Pará, resaltó que los tendría en cuenta, cuando proceda, en su interpretación del art. 7 de dicho tratado, en la etapa de fondo.

El caso 337-03 trata de irregularidades y violaciones del debido proceso, presuntamente cometidas en el marco de la investigación penal de agresión sexual denunciada por Samanta Nunes da Silva, una adolescente de 16 años.⁷⁶

Finalmente, se debe mencionar el caso 12.378, que involucra una denuncia de discriminación contra madres adoptivas y sus respectivos hijos, ante una decisión final dictada por el Supremo Tribunal Federal, que denegó el permiso de maternidad a la madre adoptiva.⁷⁷

2.1.7 Caso de discriminación racial

El caso 12.001, en el universo de casos examinados, se destaca como el único que involucra una denuncia por discriminación racial.

Este caso se refiere a la discriminación racial sufrida por una persona a la que le fue negado un empleo por ser negra. Los peticionarios solicitaron a la Comisión Interamericana que responsabilice al Gobierno brasileño por su violación del deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos establecidos en la Convención Americana, sin discriminación, así como por la violación de los derechos a igualdad ante la ley y la protección judicial, según los artículos 1, 8, 24 y 25 de la Convención. Asimismo, los peticionarios requirieron que se recomiende al Gobierno brasileño que proceda con diligencia a la investigación de los hechos, así como al pago de una indemnización a la víctima por los daños sufridos. Finalmente, solicitaron que las medidas tomadas en el caso se hagan públicas, a fin de evitar futuras discriminaciones por motivos de color o raza en territorio brasileño.

La Comisión Interamericana reconoció la responsabilidad internacional del Estado por un acto practicado a una persona en violación del derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación. Analizó la situación racial en Brasil, la evolución del

⁷⁶ CIDH. Informe 93/09. Petición 337-03. Samanta Nunes da Silva, de 7 de septiembre de 2009.

⁷⁷ CIDH. Informe 7/10. Petición 12.378. Fátima Regina Nascimento de Oliveira y Maura Tatiane Ferreira Alves, de 15 de marzo de 2010.

sistema legal contra el racismo y los problemas de la aplicación de la ley contra el racismo en Brasil, especialmente con respecto a la prueba y el racismo institucional. Finalmente, recomendó al Estado brasileño, entre otras medidas:

- a) reparar integralmente a la víctima, considerando tanto los aspectos morales como materiales, por las violaciones sufridas a sus derechos humanos;
- b) reconocer públicamente la responsabilidad internacional por violar los derechos humanos de la víctima;
- c) establecer un valor pecuniario a pagar a la víctima como compensación por daños morales;
- d) realizar una investigación completa, imparcial y efectiva de los hechos, con el objetivo de determinar y sancionar la responsabilidad con respecto a la discriminación racial sufrida por la víctima;
- e) llevar a cabo las reformas legislativas y administrativas necesarias para hacer que la legislación antirracista sea más efectiva;
- f) solicitar a los gobiernos estatales que establezcan comisarías especializadas para investigar los delitos de racismo y discriminación racial;
- g) solicitar a los ministerios públicos estatales que creen fiscalías estatales especializadas en la lucha contra el racismo y la discriminación racial, y
- h) promover campañas de publicidad contra la discriminación racial y el racismo.⁷⁸

Cabe señalar que hay otros casos relacionados con la discriminación racial, pero que ya están incluidos en la categoría de “violencia policial”, como los casos 1448-06, 1452-06, 1458-06 y 65-07 relacionados con lesiones, desapariciones y/o asesinatos cometidos por la Policía Militar de Río de Janeiro entre mayo de 2003 y enero de 2004, cuyas víctimas eran jóvenes afrodescen-

⁷⁸ CIDH. Informe 66/06. Caso 12.001. Simone André Diniz, de 21 de octubre de 2006. Cabe señalar que el pago de la indemnización fue realizado por el estado de São Paulo por un monto correspondiente a R\$ 36.000,00, según el *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, de fecha 29 de noviembre de 2007. Véase nota de prensa en línea, “Sai ley de São Paulo para indemnización de víctima de prejuízo racial”, *A Tarde*, de 29 de noviembre de 2007.

dientes que vivían en barrios marginales (favelas o similares) en Río de Janeiro.⁷⁹

Mención especial merece el caso 12.440, que también se destacó anteriormente, en el que la Comisión Interamericana señaló el patrón discriminatorio de acción policial en Río de Janeiro, señalando que “el número desproporcionadamente alto de personas con rasgos de raza negra entre las víctimas fatales de las acciones de la policía es una clara indicación de la tendencia racista en el aparato Estatal de represión”.⁸⁰

2.1.8 Casos de violencia contra defensores de derechos humanos

Se adopta en este trabajo la definición de defensores de los derechos humanos según la cual son todos los individuos, grupos y cuerpos de la sociedad que promueven y protegen los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidas universalmente, como se establece en la Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales Universalmente Reconocidas, adoptados por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 9 de diciembre de 1998.⁸¹

En este tema se destaca el caso emblemático de Gilson Nogueira Carvalho (caso 12.058) que se refiere al brutal asesinato

⁷⁹ CIDH. Informe 126/10. Peticiones P-1448-06 – Roberto Carlos Pereira de Souza y Cristiano da Silva Souza; P-1452-06 – Fábio Eduardo Soares Santos de Souza y Rodrigo Abilio; P-1458-06 – Leandro Dos Santos Ventura, Fabio Dos Santos Da Silva y Adriano Paulino Martiniano; P-65-07 – Wallace Damião Gonçalves Miranda, Flavio Moraes de Andrade, Eduardo Moraes de Andrade, Julio César Pereira de Jesus, José Manuel da Silva y William Borges dos Reis, *cit.*

⁸⁰ CIDH. Caso Wallace de Almeida, *cit.*

⁸¹ Al respecto véase Front Line y Justicia Global, *Na linha de frente: defensores de direitos humanos no Brasil, 1997-2001*, Río de Janeiro, Justicia Global, 2002. Véase también, Amnistía Internacional, *Protagonistas essenciais de nosso tempo: defensores de direitos humanos nas Américas*, Londres, 2003.

de este defensor de los derechos humanos, abogado del Centro de Derechos Humanos y Memoria Popular de Natal, por un grupo de exterminio, el 20 de octubre de 1996, en el estado de Río Grande do Norte. Según la denuncia, el abogado tuvo un papel destacado en la defensa de las víctimas de la violencia policial en la región. También fue asistente del ministerio público en los casos que examinaron la posible existencia de un grupo de exterminio dentro de la Secretaría de Seguridad Pública del estado de Río Grande do Norte. Nótese que la Comisión Interamericana, en una nota fechada el 19 de enero de 2005, decidió remitir el caso a la Corte Interamericana. Sin embargo, mediante sentencia de fecha 28 de noviembre de 2006, la Corte Interamericana resolvió cerrar el caso por insuficiencia de pruebas de que el Estado brasileño hubiese violado los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, previstos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana.⁸²

En el mismo sentido, el caso 12.397 involucra una denuncia de amenazas de muerte recibidas por un defensor histórico de los derechos humanos en el estado de São Paulo.⁸³

El caso 265-05 se refiere al asesinato de dos líderes políticos y sindicales en el interior del estado de São Paulo y la falta de diligencia en la investigación y sanción de los hechos, con la probable participación del agente del Estado y la actuación del grupo de exterminio, permaneciendo el crimen sin castigo después de 14 años.⁸⁴

El caso 702-03 trata de la desaparición y el presunto asesinato de un locutor de radio en 1991, en probable represalia por sus denuncias sobre grupos de exterminio que operaban en el sur de

⁸² Corte IDH, *Caso Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil*. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 161.

⁸³ CIDH. Informe 80/05. Caso 12.397. Inadmisibilidad. Hélio Bicudo, de 24 de octubre de 2005. Además de estos casos, hay otros relacionados con el asesinato de periodistas, conocidos por denuncias, en Minas Gerais (Caso 12.212), Río de Janeiro (Caso 12.213) y Bahía (Caso 12.309).

⁸⁴ CIDH. Informe 128/10. Petición P-265-05. Rosa Hernandez Sundermann y José Luis Sundermann, de 23 de octubre de 2010.

Bahía.⁸⁵ El caso 1294-05 denuncia el asesinato de un periodista en Río de Janeiro en 2001, en represalia por denuncias de actos de corrupción, abuso de poder económico y uso indebido de dinero público por parte de políticos locales.⁸⁶

El caso 06-07 se refiere a la desaparición forzada de un líder comunitario en Río de Janeiro en 1995 y a la falta de debida diligencia en la investigación de los hechos. En el mismo sentido, el caso 1170-09 se refiere a la desaparición forzada de un líder de trabajadores rurales en Paraíba en 2002, y también a la falta de la debida diligencia en la investigación de los hechos.⁸⁷

En el caso 12.308, sobre el contexto de impunidad en relación con el asesinato de un periodista en Bahía, luego de publicar varios informes sobre corrupción e irregularidades cometidos por funcionarios del gobierno municipal y autoridades policiales, la Comisión Interamericana concluyó que el Estado brasileño es responsable de violar el derecho a la vida, la libertad de expresión, las garantías judiciales y la protección judicial, consagrados en los artículos 4, 13, 8 y 25 de la Convención Americana, respectivamente, en detrimento de Manoel Leal de Oliveira y sus familiares. En este sentido, la Comisión Interamericana recomendó al Estado brasileño:

1. reconocer públicamente su responsabilidad internacional por violaciones de derechos humanos relacionados con el caso;
2. realizar una investigación completa, imparcial y efectiva de los hechos, para sancionar a los autores materiales e intelectuales del asesinato de Manoel Leal de Oliveira;
3. realizar una investigación completa, imparcial y efectiva sobre las irregularidades ocurridas a lo largo de la investigación policial sobre el homicidio de Manoel Leal de Oliveira, incluso los actos que buscaron dificultar la identificación de sus autores materiales e intelectuales;

⁸⁵ CIDH. Informe 5/11. Petición 702-03. Ivan Rocha, de 22 de marzo de 2011.

⁸⁶ CIDH. Informe 74/141. Petición 1294-05. Mário de Almeida Coelho Filho y Familia, de 15 de agosto de 2014.

⁸⁷ CIDH. Informe 78/161. Petición 1170-09. Almir Muniz da Silva, de 30 de diciembre de 2016.

4. reparar a la familia de la víctima por los daños materiales y morales sufridos;
5. implementar medidas para recuperar la memoria histórica de Manoel Leal de Oliveira y otros periodistas asesinados en el estado de Bahía durante la década de 1990, y
6. adoptar, con carácter prioritario, una política integral para proteger el trabajo de los periodistas y centralizar, como política pública, la lucha contra la impunidad en relación con el asesinato, la agresión y las amenazas contra periodistas mediante investigaciones exhaustivas e independientes sobre tales hechos, con la sanción de sus autores materiales e intelectuales.⁸⁸

2.1.9 Casos de violación de derechos de otros grupos vulnerables

Muchos de los casos analizados por la Comisión Interamericana se refieren a violaciones de los derechos de otros grupos vulnerables, como las personas de la calle, las personas privadas de su libertad y los ancianos.

El caso 1198-05 se refiere a una serie de ataques contra la vida y la integridad personal de 13 personas sin hogar en el centro de São Paulo, los días 19 y 22 de octubre de 2004. En el episodio conocido como “Massacre da Sé”, las víctimas fueron golpeadas en la cabeza —algunos fatalmente— con palos y/o barras de hierro, con fuertes indicios de que entre los perpetradores de los ataques había agentes de la Policía Estatal, lo que ocasionó la muerte de ocho personas y dejó heridas a otras 5 en situación de calle. Además, se informó de la falta de diligencia y parcialidad de las autoridades encargadas de investigar los hechos, señalando que, después de más de cinco años de los ataques, los homicidios y lesiones de las presuntas víctimas permanecían impunes.⁸⁹

⁸⁸ CIDH. Informe 72/06. Caso 12.308. Manoel Leal de Oliveira, de 16 de noviembre de 2006.

⁸⁹ CIDH. Informe 38/10. Petición 1198-05. Ivanildo Amaro da Silva e outros, de 17 de marzo de 2010.

En su informe, la Comisión Interamericana declaró la petición admisible con respecto a la presunta violación de los artículos 4, 5 y 25 de la Convención Americana, en combinación con la obligación general establecida en el artículo 1.1 de la misma. De conformidad con el principio *iura novit curia*, la CIDH también decidió sobre la admisibilidad de posibles violaciones a los artículos 5.1 y 8 de la Convención Americana, con respecto a los miembros de las familias de las presuntas víctimas, así como a los artículos 1, 6, 7 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.⁹⁰

El caso 303-05 incluye una denuncia sobre las condiciones de detención y privación de libertad en virtud del régimen disciplinario diferenciado (DRD) aplicado a la víctima desde febrero de 2002 hasta noviembre de 2006.⁹¹

El caso 342-07, por otro lado, involucra la muerte de una anciana, debido a presunta negligencia y tratamiento médico inadecuado en una clínica privada, así como la falta de una investigación adecuada y efectiva para aclarar los hechos, procesar y sancionar a los responsables.⁹²

A su vez, el caso 362-09 es el primero en involucrar la violación de los derechos de una persona transexual, ante la negativa de realizar una cirugía de cambio de sexo en el sistema público de salud.⁹³

2.1.10 Caso de violación de derechos sociales

En relación con la violación de los derechos sociales, cabe destacar el caso P-1073-05 relativo a la denuncia de la degradación ambiental y el riesgo para la vida humana, la integridad personal

⁹⁰ *Ibidem.*

⁹¹ CIDH. Informe 143/11. Petición 303-05. Mauricio Hernández Norambuena, de 31 de octubre de 2011.

⁹² CIDH. Informe 79/12. Petición 342-07. Ivete Jordani Demeneck y otros, de 8 de noviembre de 2012.

⁹³ CIDH. Informe 11/161. Petición 362-09. Luiza Melinho, de 14 de abril de 2016.

y la salud resultante de la contaminación del suelo y el consiguiente daño ambiental, en detrimento de los residentes del Conjunto Habitacional “Barão de Mauá” (CHBM), de los que trabajaron en los cimientos y la construcción de CHBM, de los antiguos residentes de CHBM y de quien trabaja o ha trabajado en CHBM. Para los fines de la admisibilidad, se identificaron 531 presuntas víctimas.⁹⁴

Según el peticionario, el terreno en el que se construyó el complejo habitacional se utilizó como depósito clandestino de desechos industriales al menos desde 1973. La agencia ambiental estatal a cargo del control, licencia, supervisión y monitoreo de las actividades potencialmente contaminantes del medioambiente (la Compañía de Tecnología de Saneamiento Ambiental CETESB) emitió al menos 17 notificaciones de infracción o inspección contra la empresa privada propietaria del terreno (la compañía fabricante de partes COFAP) por la degradación ambiental causada por el vertido de sustancias tóxicas, emitiendo multas contra la empresa, o notificando que el vertido de sustancias tóxicas había degradado el medioambiente, en particular el suelo y el aire.⁹⁵

Sin embargo, en 1995, COFAP y otras empresas privadas fueron autorizadas a construir viviendas en esa localidad por el municipio de Mauá, también con la aprobación de la agencia estatal Grupo de Análisis y Aprobación de Proyectos Habitacionales (GRAPOHAB) y la opinión de CETESB declarando el terreno apto para el urbanismo y la vivienda. En abril de 2000, cuando ya había residentes en el complejo habitacional, hubo una explosión de un tanque de agua subterráneo debido a la contaminación del suelo, que causó la muerte de uno de los trabajadores de la construcción y lesiones graves y quemaduras a otro trabajador. Solo después de este incidente, las agencias estatales informaron sobre la grave contaminación del suelo y los riesgos para la salud de más de 5 000 residentes del complejo de viviendas.⁹⁶

⁹⁴ CIDH. Informe 71/12. Petición P-1073-05. Habitantes del Conjunto Habitacional “Barão de Mauá”, de 17 de julio de 2012.

⁹⁵ *Idem.*

⁹⁶ *Idem.*

En este caso, la Comisión Interamericana consideró que los alegatos eran admisibles en virtud del artículo 4 de la Convención Americana con respecto a la presunta víctima que falleció a causa de las heridas en la explosión del 20 de abril de 2000. Concluyó que, si se comprobaba, los alegatos del peticionario podrían constituirse en violaciones a los artículos 5.1, 8 y 25 de la Convención Americana, así como al artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las presuntas víctimas que estuvieron expuestas a la degradación ambiental en el CHBM. Finalmente, la Comisión Interamericana encontró que la supuesta falta y/o manipulación de información sobre la degradación ambiental del terreno sobre el cual se construyó el CHBM y sus efectos sobre la salud y vida de las presuntas víctimas podría constituir una violación del artículo 13 de la Convención Americana.⁹⁷

Finalmente, existen casos que involucran la emisión de *precatórios* y el pago efectivo de los montos adeudados por el Estado. El caso 1050-06 se refiere a la falta de pago de reclamaciones judiciales (*precatórios*) derivadas de una demanda ordinaria de indemnización contra el municipio de Santo André, presentada por 1 377 funcionarios públicos en 1994, debido a la falta de pago de un complemento salarial reconocido por ley. Además, la petición denuncia la falta de debida protección judicial y la violación de las garantías judiciales por la ausencia de un recurso efectivo para garantizar sus derechos, ya que en 1999 se emitieron órdenes judiciales (*precatórios*) para la ejecución de los montos adeudados por el Estado, que hasta 2011 no habían sido pagados. En su informe, la Comisión Interamericana ha concluido que la legislación brasileña no prevé recursos judiciales efectivos y adecuados para garantizar el pago de las *precatórios* adeudadas por el Estado, y que la excepción prevista en el artículo 46.2 de la Convención Americana se aplica al caso de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna.⁹⁸

⁹⁷ *Idem.*

⁹⁸ CIDH. Informe 144/11. Petición 1050-06. Pedro Stábile Neto y otros funcionarios del Municipio de Santo André (*precatórios*), de 31 de octubre de 2011.

El caso 1140-04 implica la falta de pago de *precatórios* adeudadas por el estado de Río Grande do Sul a la viuda e hija de funcionarios públicos fallecidos. Después de cuestionar el monto recibido como pensión por muerte en demandas ordinarias por daños y perjuicios contra el estado de Río Grande do Sul y el Instituto de Seguridad Social, las presuntas víctimas obtuvieron sentencias definitivas favorables a sus reclamos en octubre de 1997 y, en marzo de 1998, respectivamente, se emitieron títulos ejecutivos judiciales (*precatórios*) en nombre de cada una de ellas, valores que no se habrían pagado hasta 2011.⁹⁹

En el caso 341-01, Nancy Victor da Silva envió una petición a la Comisión Interamericana sobre el incumplimiento de una decisión judicial en una demanda civil de indemnización por la muerte de su hijo, Márcio Manoel Fraga, el 27 de marzo de 1999, en el Hospital Penitenciario “Fábio Soares Maciel”, en Río de Janeiro. Según el alegato, el pago de la indemnización por parte del estado de Río de Janeiro no se llevó a cabo debido a su conexión con una orden de ejecución judicial (*precatórios*).¹⁰⁰

El caso 1485-07 se refiere a la demora en la disposición legal relacionada con una revisión de las prestaciones de seguridad social contra el Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS), propuesta en 1986, que hasta el 2011 no había resultado en el pago efectivo del monto adeudado por el Estado, después de más de 26 años.¹⁰¹

2.2. Análisis de casos: impacto de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la luz de la experiencia brasileña

Considerando que el universo de estos 140 casos representa el número total formalmente admitido por la Comisión Interame-

⁹⁹ CIDH. Informe 145/11. Petición 1140-04. Clélia de Lourdes Goldenberg y Rita de Cassia da Rosa (*precatórios*), de 31 de octubre de 2011.

¹⁰⁰ CIDH. Informe 10/12. Petición 341-01. Márcio Manoel Fraga y Nancy Victor da Silva (*precatórios*), de 20 de marzo de 2012.

¹⁰¹ CIDH. Informe 78/12. Petición 1485-07. José Laurindo Soares, de 8 de noviembre de 2012.

ricana contra el Estado brasileño hasta 2016,¹⁰² pensamos que su análisis puede revelar conclusiones contundentes sobre la práctica de la defensa de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito brasileño.

Para ello, el análisis del cuadro de las acciones internacionales arriba enfocadas adoptará como criterio la demarcación de dos periodos distintos en la historia política brasileña: el periodo que concierne al régimen represivo militar vigente en Brasil de 1964 a 1985,¹⁰³ y el periodo que concierne al proceso de transición democrática, desencadenado a partir de 1985.¹⁰⁴ Esta clasificación resulta necesaria para reflejar los significativos cambios políticos ocurridos en Brasil a partir de 1985, al inicio del proceso de democratización. Las transformaciones, como se verá, implicaron cambios relativos a la propia defensa del derecho internacional de los derechos humanos, teniendo en cuenta que pasaron a ser otros los derechos violados y otros pasaron a ser los actores sociales involucrados. Es decir, con la democratización del país surgió un nuevo patrón de conflictividad.

Si el objetivo del análisis es evaluar la forma en que la defensa del derecho internacional de los derechos humanos ha sido ejercida en Brasil, el primer enfoque de análisis debe referirse a los

¹⁰² Se reitera que ese número corresponde a los casos formalmente admitidos por la Comisión Interamericana. Además de los 140 casos admitidos, hay peticiones contra el Estado brasileño sometidas a la evaluación de la Comisión Interamericana (en proceso inicial de análisis), y existen todavía peticiones que solicitan medidas cautelares.

¹⁰³ Con respecto al régimen represivo militar, véase Arquidiócesis de São Paulo, *Brasil: Nunca más*, 1985; Steiner, Henry J. y Trubek, David M., *op. cit.*; Pinheiro, Paulo Sérgio, *Escritos indignados: policía, prisiones y política en el Estado autoritario* (en el 20º aniversario del régimen de excepción, 1964-1984), Editora Brasiliense, 1984; Stepan, Alfred (ed.), *Authoritarian Brazil: origins, policies, and future*, New Haven, Yale University Press, 1973; Stepan, Alfred, *The military in politics: changing patterns in Brazil*, Princeton, Princeton University Press, 1974; Skidmore, Thomas E., *The politics of military rule in Brazil: 1964-1985*, Oxford University Press, 1988.

¹⁰⁴ Sobre el proceso de democratización en Brasil, véase Stepan, Alfred *et al.*, *Democratizing Brazil: problems of transition and consolidation*, Oxford, Oxford University Press, 1989, y Wanderley Reis, Fabio *et al.*, *La democracia en Brasil: dilemas y perspectivas*, São Paulo, Vértice, 1988.

actores sociales en ella involucrados. Se responde a la pregunta: ¿quiénes son los proponentes de esas acciones internacionales sometidas a la Comisión Interamericana?

En cuanto a la demarcación de los dos periodos distintos. Se observa que, durante el régimen militar, de 1964 a 1985, el 90% de los casos examinados fueron iniciados por un individuo o grupo de individuos, y que solamente en un caso la comunicación fue enviada por entidades no gubernamentales. En el segundo periodo, relativo al proceso de democratización, casi la totalidad de los casos examinados fueron enviados por entidades no gubernamentales de defensa de los derechos humanos, de ámbito nacional o internacional y, en algunos casos, por la actuación conjunta de esas entidades.¹⁰⁵

Estos datos, por sí solos, ilustran la dinámica de la relación entre el proceso de democratización del país y la mayor articula-

¹⁰⁵ En cuanto a la cooperación entre organizaciones no gubernamentales a nivel nacional e internacional, afirma Henry Steiner: “En muchos aspectos, las ONGs nacionales se benefician ampliamente de la cooperación con las ONGs internacionales. Las organizaciones nacionales a menudo se sienten aisladas, dan la impresión de luchar por batallas locales, ante un mundo apático. Las ONGs internacionales permiten una conexión e incluso el sentido de la solidaridad”. Steiner, Henry, *op. cit.*, p. 65. Para Kathryn Sikkink: “Una red internacional implica una serie de organizaciones conectadas para compartir los mismos valores, lo que permite el intenso intercambio de información y servicios, en la actividad internacional orientada a una cuestión. [...] Las ONGs internacionales y nacionales tienen una contribución central en esta red. Ellas constituyen los más activos miembros de esa red y, usualmente, se empeñan en acciones y presionan a los más poderosos actores a adoptar posiciones. [...] Los valores comunes, a unir a los actores en esa red de derechos humanos, son aquellos incorporados en los instrumentos internacionales de protección de esos derechos, especialmente la Declaración Universal de Derechos Humanos. Este conjunto normativo permite justificar acciones y proveer un lenguaje común que transforme argumentos y procedimientos en avanzadas reivindicaciones. El flujo de información entre los actores de esta red revela un sistema extremadamente denso de interconexiones entre estos grupos. En la mayoría de los casos, este flujo de información se produce de modo informal a través del intercambio de informes, llamadas telefónicas y participación en conferencias y encuentros”. Sikkink, Kathryn, “Derechos humanos, redes temáticas basadas en principios y soberanía en Latinoamérica”, en *International Organizations*, Massachusetts, IO Foundation y Massachusetts Institute of Technology, 1993, p. 416.

ción y organización de la sociedad civil. Si, por un lado, el proceso de liberalización del régimen autoritario permitió el fortalecimiento de la sociedad civil, que pasó a contar con nuevos actores a partir de la creación de innumerables entidades no gubernamentales, a su vez, la reinención de la sociedad civil contribuyó al proceso de democratización y a la gradual formación de un régimen civil. Los datos reflejan esa dinámica, siendo simbólica la inversión de los porcentajes, como se ha indicado, en el primer periodo, el 90% de las comunicaciones fueron presentadas por un individuo o grupo de individuos; en el segundo, casi todos los casos fueron enviados por entidades no gubernamentales de defensa de los derechos humanos. También es sorprendente ver, desde el periodo de democratización, el papel importante y crucial asumido por las ONG,¹⁰⁶ en lo que se refiere a la defensa y

¹⁰⁶ Para Henry Steiner: “Las ONGs se han vuelto indispensables para el movimiento de derechos humanos, en virtud de sus actividades peculiares: monitoreo, investigación e informes referentes a los Estados infractores; *lobby* con respecto a los gobiernos nacionales y las ONGs internacionales; movilización de grupos interesados; educación del público; y representación de clientes ante oficiales nacionales o ante Cortes u organismos internacionales”. Steiner, Henry, *op. cit.*, p. 1. En la visión de Thomas Buergenthal: “Las ONGs de derechos humanos han ejercido una importante contribución, en lo que se refiere a la evolución del sistema internacional de protección de los derechos humanos y su efectivo funcionamiento. [...] las ONGs han invocado procedimientos y sometido innumerables peticiones, particularmente en los casos que involucran denuncias de masivas violaciones de derechos humanos. Aquí las ONGs se encuentran a menudo en una posición más ventajosa que los individuos, para obtener información verdadera y preparar la documentación legal necesaria”. Buergenthal, Thomas, *International human rights*, St. Paul, MN, West Publishing Company, 1988, p. 253. En cuanto a la importante función que desempeñan las organizaciones no gubernamentales, afirma Louis Henkin: “organizaciones no gubernamentales (comúnmente llamadas ONG) han ejercido una activa contribución en el escenario internacional y, en algunos casos, tienen su *status* reconocido por tratados y otros instrumentos internacionales. [...] ONGs han ejercido una contribución de importancia creciente en el campo de los derechos humanos y del derecho ambiental. Por ejemplo, organizaciones como Amnistía Internacional y *Human Rights Watch* han asistido a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su esfuerzo por monitorear la violación de derechos humanos en todo el mundo y organizaciones como Greenpeace y Friends of the Earth han contribuido mucho para la identificación de los infractores del medio ambiente”. Henkin, Louis (ed.), *International law: cases and materials*, West Group, 1993, pp. 345-346.

protección de los derechos humanos, mediante la defensa de los instrumentos internacionales de protección.

Se procede entonces con una segunda cuestión: esas acciones internacionales, ¿de qué categoría de derechos denuncian la violación? ¿Cuál es la naturaleza de los derechos violados?

Considerando el primer periodo, relativo al régimen militar, se constata que, de los 10 casos examinados, nueve se refieren a casos de detención arbitraria y tortura ocurridos durante el régimen autoritario militar, mientras que un caso implica la violación de los derechos de los pueblos indígenas.¹⁰⁷ Ya en el segundo periodo, es decir, a partir del proceso de democratización iniciado en 1985, se observa que, de los casos examinados, 53 involucran violencia policial, además de los casos referentes a violencia rural, violación de derechos de niños y adolescentes, violación de los derechos de las mujeres, violación de los derechos de los pueblos indígenas, discriminación racial, violencia contra defensores de derechos humanos, violación de derechos de otros grupos vulnerables y violación de derechos sociales.

En otras palabras, si en el primer periodo el 90% de los casos denunciaron la práctica de violencia del régimen militar, en el segundo más del 40% de los casos denunciaron la violencia policial. Estos datos demuestran que el proceso de democratización en Brasil fue incapaz de romper en absoluto con las prácticas autoritarias del régimen represivo militar, presentando como reminiscencia un patrón de violencia sistemática practicada por la policía, que no logra ser controlada por el aparato estatal. La transición democrática revela, así, marcas de un continuismo autoritario.¹⁰⁸ La gran distinción entre las prácticas autoritarias verifi-

¹⁰⁷ Los Casos 1684, 1769, 1788, 1789, 1835, 1841, 1844, 1846 y 1897 se refieren a la detención arbitraria y a la tortura, mientras que el Caso 7615 se refiere a la violación de los derechos de las poblaciones indígenas.

¹⁰⁸ Sobre el proceso de transición democrática en Brasil, Frances Hagopian comenta: “En Brasil, la alta participación de las élites políticas de los sistemas oligárquico y militar en el régimen democrático resultó en una fuerte continuidad del régimen militar en los primeros cinco años del régimen civil, mediante la contaminación de la democracia política por las tradicionales prácticas antidemocráticas, notablemente por una versión extrema del clientelismo político”. Hagopian, Frances, “La consolidación compro-

casas en el régimen militar y en el proceso de democratización está en el hecho de que, en el primer caso, la violencia era perpetrada directa y explícitamente por acción del régimen autoritario y sostenía el mantenimiento de su propio aparato ideológico. En el proceso de democratización, la sistemática violencia policial se presenta como resultado no solo de una acción, sino de una omisión del Estado al no ser capaz de detener los abusos perpetrados por sus agentes. Al igual que en el régimen militar, no se produce el castigo de los responsables. La respuesta insuficiente, o incluso, en algunos casos, la falta de respuesta por parte del Estado brasileño es el factor que —al establecer el requisito del previo agotamiento de los recursos internos— conduce a la denuncia de esas violaciones de derechos ante la Comisión Interamericana.

Junto a los 53 casos de violencia policial, se constata que los casos restantes, concernientes al periodo de democratización, reflejan la violencia cometida frente a grupos socialmente vulnerables, como los pueblos indígenas, la población negra, las mujeres, los niños y los adolescentes.

Se debe agregar que todos los casos de violación de derechos humanos sometidos al conocimiento de la Comisión Interamericana, ya sea durante el periodo dictatorial, o durante el periodo de democratización, denunciaron violación a derechos civiles y/o políticos, siendo aún incipiente la presentación de denuncias relativas a la violación a derechos económicos, sociales o culturales.¹⁰⁹ Se verifica así que las denuncias se concentraron funda-

metida: la clase política en la transición brasileña”, en Mainwaring, Scott, O’Donnell, Guillermo, Valenzuela, J. Samuel (orgs.), *Issues in democratic consolidation: the new South American democracies in comparative perspective*, University of Notre Dame Press, 1992, p. 248.

¹⁰⁹ Al respecto, cabe mencionar el Caso 12.242, referente a la muerte de recién nacidos en la UTI de clínica pediátrica de la región de los Lagos, en Río de Janeiro, en virtud de contaminación hospitalaria. Según la denuncia, en el periodo de 10 meses, el 33.1% de los bebés internados murieron. También es digno de mención el Caso 12.461, que se refiere a la queja de incumplimiento del Tesoro Público del Estado de São Paulo sobre el pago de una pensión por daños físicos sufridos por la víctima. Si bien el primer caso señala la violación del derecho a la salud y la vida, el segundo caso señala la violación de los derechos de la seguridad social. Como señala Henry Steiner: “Si bien muchas ONG del Tercer Mundo creen que los

mentalmente en casos de violaciones a derechos civiles y/o políticos.

Se plantea una tercera cuestión: ¿cómo caracterizar a las víctimas de esas violaciones de derechos?

En cuanto a las víctimas de estas violaciones, si en el primer periodo (de 1964 a 1985), en el 90% de los casos examinados, las víctimas eran líderes de la Iglesia católica, estudiantes, líderes de trabajadores, profesores universitarios, abogados, economistas y otros profesionales, todos en general integrantes de la clase media brasileña, en el segundo periodo, relativo al proceso de democratización, en el 87% de los casos examinados las víctimas pueden ser consideradas personas socialmente pobres, sin ningún liderazgo destacado, lo que incluye tanto a aquellos que vivían como albañiles, vendedores, auxiliares de oficina, ayudantes de obras, mecánicos o de otras actividades poco rentables en Brasil, como los que vivían en favelas, en las calles, en las carreteras, en las prisiones o incluso en régimen de trabajo esclavo en

derechos económicos y sociales deberían integrarse en su trabajo, pocos han tenido la experiencia de examinarlos sistemáticamente o protegerlos”. Steiner, Henry, *op. cit.*, p. 41. Para Ian Martin: “El peligro real de esta nueva trilogía de virtudes descansa en la identificación implícita de los derechos humanos con los derechos civiles y políticos solamente, y en la opinión de que los derechos económicos y sociales están garantizados por la economía de libre mercado. Obviamente, muchos de nosotros creemos que la libertad de mercado es el corazón de una economía eficiente y que los controles económicos causan un desastre económico y constituyen un elemento intrínseco de la ausencia de libertades civiles y políticas en las sociedades en las que existen. Sin embargo, una economía de mercado completamente no regulada no es un principio de derechos humanos; los derechos humanos invocan la cuestión de cómo los derechos sociales y económicos fundamentales deben ser garantizados. [...] En segundo lugar, el movimiento de derechos humanos debe otorgar la misma prioridad a los derechos económicos, sociales y culturales, y a los derechos civiles y políticos. Deben encontrarse medios para garantizar la adopción de medidas eficaces en el futuro en relación con el seguimiento y la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales, como en el pasado, en relación con el seguimiento y la aplicación de los derechos civiles y políticos”. Martin, Ian, *The new world order: ¿opportunity or threat for human rights?*, Una conferencia de Edward A. Smith, *Visiting Fellow* presentado por el Programa de Derechos Humanos de *Harvard Law School*, 1993, p. 22.

el campo, teniendo marcado grado de vulnerabilidad.¹¹⁰ La excepción son los casos de violencia contra defensores de derechos humanos y contra líderes rurales.¹¹¹

Estos datos revelan que el patrón de conflictividad presentado en el proceso de democratización ya no se identifica con lo presentado en el régimen represivo militar. Si en el periodo de autoritarismo militar aquellos que eran acusados de ofrecer resistencia al régimen eran torturados o arbitrariamente detenidos por razones de naturaleza política, en el proceso de democratización el patrón de conflictividad se orienta por otro criterio. No se trata más del criterio político, sino del criterio económico, con el que se conjuga un componente sociopolítico. En este sentido, las víctimas, por regla general, no son más de los sectores de la clase media, políticamente comprometidos, sino personas pobres, a veces excluidas socialmente e integrantes de grupos vulnerables.¹¹²

¹¹⁰ En este sentido, la petición de 6 de septiembre de 1994, remitida por el Centro de Derechos Humanos Santo Días a la Comisión Interamericana, señala: “La mayoría de los casos denunciados se refieren a víctimas jóvenes, mujeres trabajadoras sin antecedentes penales y que residen en la periferia de la ciudad de São Paulo, donde viven las clases sociales económicamente desfavorecidas. Esta caracterización de las víctimas también está presente, en su mayoría, en crímenes cometidos por policías militares en general, lo que puede sugerir un esquema institucional informal en la represión de algunos sectores sociales, haciendo inadecuado el juzgamiento de esos crímenes por los Tribunales Militares”.

¹¹¹ Los casos de violencia contra defensores de los derechos humanos (Casos 12.058, 12.397, 12.212, 12.213, 12.308 y 12.309), caso 11.287 (caso de asesinato) son excepciones a estos casos, ya que presentan víctimas de líderes sociales prominentes o miembros de la clase media (caso de asesinato de líder rural), y Caso 11.996 (caso de asesinato de estudiante de Arquitectura).

¹¹² Para Álvaro Ribeiro Costa: “La violencia contra la ciudadanía en Brasil se puede ver en los más variados aspectos. Se hace hincapié en la violencia estructural y la violencia específica. Por lo tanto, es importante destacar algunos datos sobre la realidad económica y social del país, en vista de lo cual las violaciones de los derechos humanos en Brasil se entienden mejor. Por cierto, el profesor Paulo Sérgio Pinheiro recordó que ‘somos campeones mundiales de desigualdad: en 1992 (datos de la ONU), el ingreso del 20% más rico fue 26 veces mayor que el del 20% más pobre’, el profesor dijo que las élites impidieron ‘las reformas que aliviarían el hambre, la pobreza, la enfermedad’ (véase *Folha de S. Paulo*, 14 de agosto de 1993, p. 1-3). El

Es importante señalar que el 97% de los casos que integran el periodo de la democratización se sometieron a la Comisión a partir de 1992,¹¹³ es decir, a partir de la ratificación de la Convención Americana por el Estado brasileño. Se cree que la ratificación, en cierta medida, estimuló la propuesta de acciones internacionales ante la Comisión Interamericana, especialmente porque, en muchos casos examinados, las violaciones de dere-

hambre es una parte inigualable de esta realidad. Los estudios del Instituto de Investigación Económica Aplicada (IPEA) señalan la existencia de unos 37 millones de personas por debajo de la línea de pobreza, en condiciones claras de miseria o indigencia (9.2 millones de familias) (ver *Jornal de Brasilia*, 8 de agosto de 1993). [...] La llamada violencia específica, —cuyas formas más visibles pueden aparecer como homicidios, lesiones personales, tortura, secuestros, etc.,— es la que normalmente puede llamar más la atención. La violencia estructural —que reside en las estructuras económicas, políticas, sociales, culturales y legales— parece ser la más perversa y más perjudicial en detrimento de los derechos humanos y la ciudadanía, ya que se caracteriza por la permanencia, profundidad y extensión de su alcance”. Ribeiro Costa, Álvaro, *Notas sobre la situación actual de los derechos humanos en Brasil*, Archivos do Ministério da Justiça, Brasília, jul./dic. 1993, pp. 152-154. En opinión de Adam Przeworski: “El peligro de la violencia colectiva no se limita a los países que enfrentan el desafío de su integridad territorial. Este peligro también es causado por desigualdades políticas, educativas y sociales que excluyen a grandes segmentos de la población del ejercicio efectivo de los derechos y obligaciones. Si la democracia es el régimen en el que todos los individuos se convierten en ciudadanos, solo un Estado efectivo puede generar las condiciones que aseguren la ciudadanía. La ciudadanía solo puede implementarse cuando el sistema normativo se guía por un criterio universal, cuando el Estado de derecho está plenamente en vigor y cuando las autoridades públicas pueden proteger los derechos y obligaciones. Muchas democracias enfrentan múltiples desafíos para garantizar una ciudadanía efectiva, a la luz de las condiciones económicas e institucionales que enfatizan la necesidad de instituciones estatales. El resultado es que los estados no pueden implementar uniformemente estándares de derechos y obligaciones. De esta forma, enfrentamos la existencia de regímenes políticos democráticos que no aseguran una ciudadanía efectiva para áreas geográficas extensas o para un número significativo de actores sociales”. Przeworski, Adam, *op. cit.*, p. 111.

¹¹³ Cabe señalar que todas las comunicaciones durante el periodo de democratización —con la excepción del Caso 10.301— se basaron en la Convención Americana (hay dos casos de violencia contra las mujeres basados también en la Convención de Belém do Pará), mientras que las comunicaciones del periodo del régimen militar se basaron en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

chos ya habían ocurrido varios años antes. Pero solo después de la ratificación de la Convención dichas acciones se llevaron a la apreciación de la Comisión, bajo la denuncia de que el Estado brasileño no estaba cumpliendo sus obligaciones internacionales. Además, si en el periodo de 1970 a 1992, es decir, en 22 años, fueron archivadas 11 acciones contra Brasil, a partir de la ratificación de la Convención Americana en 1992, y considerando el periodo de 1992 a 2014, en 22 años por tanto, se archivó un total de 127 acciones. Estas cifras sugieren y refuerzan la afirmación de que la ratificación de la Convención Americana fue un factor que, definitivamente, estimuló y propició la interposición de acciones internacionales ante la Comisión Interamericana.

En cuanto al impacto del litigio internacional en el ámbito brasileño, se destaca que los casos sometidos a la Comisión Interamericana han representado un impacto importante para el cambio de legislación y de políticas públicas de derechos humanos, propiciando significativos avances internos.

A título ilustrativo, cabe mencionar seis avances:

- a) los casos de violencia policial, especialmente los que denuncian la impunidad de crímenes cometidos por policías militares, fueron fundamentales para la adopción de la ley 9.299/96, que determinó la transferencia de la Justicia Militar a la Justicia Común para el juzgamiento de crímenes dolosos contra la vida cometidos por policías militares;
- b) el caso 12.263, relativo al asesinato de un estudiante por un diputado estatal, fue esencial para la adopción de la enmienda constitucional 35/2001, que restringe el alcance de la inmunidad parlamentaria en Brasil;
- c) el caso 12.378, que involucra una denuncia de discriminación contra madres adoptivas y sus respectivos hijos, frente a una decisión definitiva dictada por el Supremo Tribunal Federal, que negó el derecho a la licencia de maternidad a la madre adoptiva, fue también fundamental para la aprobación de la ley 10.421/2002, que extendió el derecho a la licencia de maternidad a las madres de hijos adoptivos;
- d) el caso 12.051 (caso *Maria da Penha Maia Fernandes*), que resultó en la condena de Brasil por violencia doméstica

sufrida por la víctima, culminó en la adopción de la ley 11.340/2006 (“Ley Maria da Penha”), que crea mecanismos para cohibir la violencia doméstica y familiar contra la mujer;¹¹⁴

- e) los casos que involucran violencia contra los defensores de derechos humanos contribuyeron a la adopción del Programa Nacional de Protección a los Defensores de Derechos Humanos, y
- f) los casos de violencia rural y mano de obra esclava contribuyeron a la adopción del Programa Nacional para la Erradicación del Trabajo Esclavo y la creación de la Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Esclavo.

Se puede concluir que el Sistema Interamericano ofrece importantes estrategias de acción, potencialmente capaces de contribuir al refuerzo de la promoción de los derechos humanos en Brasil.

Como se examinó, el Sistema Interamericano invoca un parámetro de acción para los Estados, legitimando el direccionamiento de comunicaciones de individuos y entidades no gubernamentales si es que esos estándares internacionales no se cumplen. En este sentido, la sistemática internacional establece la tutela, la supervisión y el monitoreo de modo que los Estados garanticen los derechos humanos internacionalmente asegurados.

Se verificó además que los instrumentos internacionales constituyen una importante estrategia de actuación para las organizaciones no gubernamentales, nacionales e internacionales, al agregar un lenguaje jurídico al discurso de los derechos humanos. Este factor es positivo en la medida en que los Estados son convocados a responder con más seriedad a los casos de violación de derechos.

La experiencia brasileña revela que la acción internacional también ha ayudado a la publicidad de las violaciones de dere-

¹¹⁴ El proyecto de ley fue el resultado del trabajo del Grupo Interministerial creado por el decreto 5.030, de fecha 31 de marzo de 2004. Cabe señalar que, en el memorándum explicativo del referido proyecto de ley se hace una referencia expresa al caso Maria da Penha, en particular a las recomendaciones formuladas por la CIDH.

chos humanos, lo que representa un riesgo de vergüenza política y moral para el Estado infractor y, en ese sentido, surge como hecho significativo para la protección de los derechos humanos. Además, al enfrentar la publicidad de las violaciones de derechos humanos, así como las presiones internacionales, el Estado es prácticamente “obligado” a presentar justificaciones acerca de su práctica. La acción internacional y las presiones internacionales pueden contribuir a transformar una determinada práctica gubernamental en lo que se refiere a los derechos humanos, proporcionando apoyo o estímulo para reformas internas. Como señala James Cavallaro: “estrategias de litigio internacional bien articuladas que diferencien victorias meramente procesales de ganancias sustantivas, mediante la adopción de medidas para movilizar a los medios y la opinión pública, han permitido el avance de la causa de los derechos humanos en Brasil”.¹¹⁵ Como lo explica Kathryn Sikkink,

[e]l trabajo de las ONGs hace que las prácticas represivas de los Estados sean más visibles y públicas, exigiendo de ellos, que de otra forma se mantendrían callados, una respuesta. Al enfrentar presiones crecientes, los Estados represivos buscan presentar justificaciones. [...] Cuando un Estado reconoce la legitimidad de las intervenciones internacionales en la cuestión de los derechos humanos y, en respuesta a las presiones internacionales, altera su práctica con respecto a la materia, queda reconstituida la relación entre Estado, ciudadanos y actores internacionales.¹¹⁶

Añade la autora:

[...] presiones y políticas transnacionales en el campo de los derechos humanos, incluida la red de ONGs han ejercido una significa-

¹¹⁵ Cavallaro, James L., “Toward fair play: a decade of transformation and resistance in international human rights advocacy in Brazil”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 3, núm. 2, Otoño 2002, p. 492. El mismo autor agrega: “[...] en Brasil, el grado de impacto no ha cambiado en relación con la importancia de la acción del sistema interamericano en un caso particular, pero el impacto ha variado de acuerdo con los medios y la opinión pública y el alcance de las presiones sufridas por el gobierno [...]”. *Ibidem*, p. 487.

¹¹⁶ Sikkink, Kathryn, *op. cit.*, pp. 414 y 415.

tiva diferencia en el sentido de permitir avances en las prácticas de los derechos humanos en diversos países del mundo. Sin los regímenes internacionales de protección de los derechos humanos y sus normas, así como sin la operación de las redes transnacionales que operan para se cumplan estas normas, no habrían ocurrido las transformaciones en la esfera de los derechos humanos.¹¹⁷

En fin, considerando la experiencia brasileña, se puede afirmar que, con la intensa participación de las ONG, a partir de estrategias de litigios articuladas y competentes, los instrumentos internacionales constituyen poderosos mecanismos para la promoción del efectivo fortalecimiento de la protección de los derechos humanos en el ámbito nacional.

3. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS BAJO VISIÓN PROSPECTIVA: UN DESAFÍO DE SU FUTURO CON UN ASPECTO DESTACADO EN EL CUMPLIMIENTO DE SUS DECISIONES

Como se analizó, el Sistema Interamericano es capaz de revelar las peculiaridades y particularidades de las luchas emancipatorias por derechos y por justicia en la región latinoamericana. El Sistema presenta una particular institucionalidad marcada por el protagonismo de diversos actores, en un escenario en el que interactúan Estados, víctimas, organizaciones de la sociedad civil nacionales e internacionales, la Comisión y la Corte Interamericanas en el marco de la OEA. En este contexto, gradualmente, el Sistema Interamericano se empodera, mediante diálogos, para permitir el fortalecimiento de los derechos humanos en un sistema multinivel. Es bajo esta perspectiva multinivel que emergen dos vertientes del diálogo judicial, que comprende el diálogo con los sistemas nacionales (para controlar la convencionalidad) y el diálogo con la sociedad civil (para dar creciente legitimación social al Sistema Interamericano).

¹¹⁷ Sikkink, Kathryn y Risse, Thomas, "Conclusions", en Risse, Thomas, Ropp, Stephen C. y Sikkink, Kathryn, *The power of human rights: international norms and domestic change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 275.

La Comisión Interamericana ha ejercido un extraordinario papel en la difusión de parámetros protectores regionales relativos a la salvaguarda de la dignidad humana (el llamado *corpus iuris interamericano*), que simboliza un piso protector mínimo y no un techo máximo de protección. Tales parámetros de protección han propiciado la compensación de déficits nacionales, fomentando avances en marcos legislativos y políticas públicas en materia de derechos humanos, así como previniendo reveses y retrocesos en el régimen de protección de derechos; favoreciendo, también, el empoderamiento de actores sociales en la lucha por derechos y por justicia. La importante actuación de la Comisión Interamericana ha permitido fomentar reformas constitucionales, leyes, y políticas públicas con enfoque a los derechos humanos. Sus decisiones han contribuido a eliminar leyes, políticas y prácticas discriminatorias; reparar íntegramente a las víctimas; prevenir las violaciones de los derechos humanos; y fortalecer la protección de derechos con un impacto trascendente en la región. Por tanto, ha ofrecido una extraordinaria contribución al fortalecimiento de la protección, promoción y defensa de los derechos humanos, contribuyendo, además, a prevenir violaciones.

Cabe señalar que, en 1978, cuando la Convención Americana entró en vigor, muchos de los Estados de América Central y América del Sur estaban gobernados por regímenes autoritarios. De los 11 Estados parte de la Convención en la época, menos de la mitad tenía gobiernos elegidos democráticamente. La agenda de derechos humanos era una agenda contra el Estado, asumida sobre todo por la sociedad civil. En ese contexto histórico, la Comisión Interamericana ejerció un extraordinario papel en la realización de investigaciones *in loco*, denunciando, por medio de informes, graves y masivas violaciones de derechos durante los regímenes dictatoriales en la región, especialmente en la década de los años setenta. Desde entonces, la Comisión ha sido un actor importante en el proceso de democratización en las Américas.

En la actualidad, la emergencia de regímenes democráticos permitió que los derechos humanos también pasaran a constituir política de Estado, a partir de una creciente institucionalidad orientada a la protección y promoción de los derechos humanos, en las esferas de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, en

los diversos países de la región, por medio de la creación de secretarías de derechos humanos en el ámbito del poder ejecutivo; comisiones de derechos humanos en el ámbito del poder legislativo; políticas judiciales destinadas a la promoción de la cultura de derechos humanos en el ámbito del poder judicial; programas nacionales, estatales y municipales de derechos humanos; entre otras iniciativas. Cada vez más se argumenta que los valores de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho son inseparables. El respeto de los derechos humanos es una condición esencial para la sostenibilidad democrática, la extensión del Estado de derecho y la construcción de una cultura de paz en la región.

A la luz de este nuevo contexto, se lanza el desafío de pensar, dar un nuevo significado y reinventar el papel de la Comisión Interamericana, como actor para contribuir al mejoramiento de los derechos humanos, de la democracia, del Estado de derecho y de la cultura de la paz en la región, por medio de una actuación articulada, integrada y coordinada para involucrar un mejor equilibrio entre los deberes de promoción, defensa y monitoreo de los derechos humanos.

Son siete las propuestas destinadas al fortalecimiento de la Comisión Interamericana en el orden contemporáneo:

- 1) *Efectividad*. Intensificar el diálogo regional-local es la condición para garantizar el mayor grado de implementación de las recomendaciones y el cumplimiento de las decisiones del Sistema Interamericano. La efectividad de la protección internacional de los derechos humanos está absolutamente condicionada al perfeccionamiento de las medidas nacionales de implementación.
- 2) *Eficiencia*. Es esencial abordar los retrasos procesales, que contribuyen a una mayor racionalización temporal de procedimientos, prácticas y gestión de los casos, con la identificación de casos prioritarios; la conjugación de casos similares; entre otras medidas. La Convención Americana garantiza el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, con las debidas garantías por un organismo competente, independiente e imparcial de conformidad

con el artículo 8.1, lo que requiere el fortalecimiento de la capacidad de respuesta rápida y adecuada de la Comisión Interamericana.

- 3) *Transparencia.* Es fundamental contribuir a una mayor objetividad, claridad y publicidad de los procedimientos adoptados, con estricto respeto a los principios del debido proceso legal, de la contradicción y de la amplia defensa, con los medios y recursos a ellos inherentes, fortaleciendo la justicia interamericana, con transparencia, acceso a la información, a la participación y responsabilidad.
- 4) *Institucionalidad.* Hay que intensificar la observancia de los parámetros y estándares jurídicos de protección a los derechos humanos, con rigor técnico y solidez, para fortalecer la juridicidad del Sistema Interamericano y reducir el eventual grado político, considerando la diversidad regional, así como la diversidad de regímenes jurídicos basados en el *civil law* y el *common law*, para que la Comisión pueda aplicar bien las diversas tradiciones legales de la región.
- 5) *Independencia.* La legitimidad y la credibilidad de la Comisión Interamericana están condicionadas a la independencia de sus miembros, que deben actuar con imparcialidad, integridad y no selectividad, como establecen los artículos 34 y 36 de la Convención Americana.
- 6) *Universalidad.* Hay que expandir el universo de Estados en el Sistema Interamericano, con enfoque a la deseable ampliación del número de Estados parte de la Convención Americana (22 Estados parte, siendo que 20 reconocen la jurisdicción de la Corte, datos de 2017), y del Protocolo de San Salvador en materia de derechos económicos, sociales y culturales (16 Estados parte, datos de 2017), entre otros relevantes instrumentos que fomenten la mayor incorporación de los parámetros protectores regionales.
- 7) *Sustentabilidad.* Aún más, es fundamental contribuir al adecuado funcionamiento de la Comisión Interamericana con recursos técnicos, administrativos y financieros suficientes para el pleno cumplimiento de su mandato y

de sus funciones, buscando un mayor equilibrio entre los cuatro pilares de la OEA, comprendiendo los derechos humanos; la democracia; el desarrollo; y la seguridad multidimensional.

En lo que se refiere especialmente al desafío de la efectividad de las decisiones de la Comisión Interamericana, cabe mencionar que en la región se verifica, en general, el cumplimiento total de las decisiones referentes al pago de reparaciones pecuniarias; el cumplimiento parcial de las decisiones que impliquen medidas relativas a la obligación de hacer y/o no hacer; y el incumplimiento de las decisiones concernientes a medidas de combate a la impunidad relativas al deber del Estado de investigar, procesar y, en su caso, sancionar a los perpetradores, adoptando *due diligences*.

A partir del análisis del impacto de las decisiones de la Comisión Interamericana en la experiencia brasileña, desde la perspectiva de un sistema multinivel y dialógico que involucra las esferas regional y local, teniendo como fuerza impulsora el activismo transnacional de la sociedad civil, se destacan siete propuestas destinadas al fortalecimiento del grado de cumplimiento de las decisiones de la Comisión:

- 1) Fortalecer la capacidad dialógica de la Comisión Interamericana mediante la expansión de la adopción de las soluciones amistosas. Hay que profundizar la capacidad de diálogo y de cooperación entre la Comisión Interamericana, los Estados, las víctimas, las organizaciones de la sociedad civil y los demás actores, por medio de técnicas de mediación, impulsando la búsqueda de soluciones amistosas, que han presentado elevado índice de cumplimiento de las recomendaciones. La intensificación del diálogo regional-local es una condición para garantizar el más alto grado de implementación de las recomendaciones y cumplimiento de las decisiones del Sistema Interamericano. En este sentido, el Plan Estratégico de la CIDH para el periodo 2017 a 2021 establece un programa de expansión del uso de soluciones amistosas.
- 2) Fortalecer el diálogo con instituciones nacionales y demás actores emergentes fomentando la “coadyuvancia en el

cumplimiento”. Se reitera que el diálogo provechoso del Sistema Interamericano con la sociedad civil, le confiere gradual legitimación social y creciente empoderamiento. El Sistema enfrenta la paradoja de su origen —nació en un ambiente marcado por el albedrío de regímenes autoritarios con la expectativa estatal de poco impacto— y pasa a ganar credibilidad, confiabilidad y mucho impacto. La fuerza motriz del Sistema Interamericano ha sido la sociedad civil organizada a través de una red transnacional, para emprender litigios estratégicos exitosos. En este punto, cabe destacar las consecuencias favorables de contar con la participación de otros actores que no son las partes tradicionales, con el fin de impulsar y potenciar el papel de las víctimas y de la sociedad civil en la incorporación de los logros internacionales en el ámbito doméstico, que implica un proceso complejo marcado por tensiones.

- 3) Fomentar la creación a cargo de los Estados de una plataforma que sistematice todas las recomendaciones de organismos internacionales de derechos humanos. Es esencial elaborar un diagnóstico preciso de las recomendaciones emitidas por los organismos internacionales de derechos humanos de la ONU y de la OEA, creando un sistema de indicadores para medir con mucho rigor metodológico su grado de cumplimiento. En este sentido, cabe destacar la relevante iniciativa de la República de Paraguay en lo que se refiere al Sistema de Monitoreo de Recomendaciones (“SIMORE”), como instrumento eficaz para fortalecer la fiscalización y el monitoreo de la implementación de las decisiones internacionales en derechos humanos; la iniciativa de la República del Ecuador, mediante la creación de un observatorio de recomendaciones internacionales, con énfasis en la situación del cumplimiento; así como la guía adoptada por la ONU en 2016 (“National Mechanisms for Reporting and Follow-up: a study of States engagements with International Human Rights Mechanisms”).
- 4) Estimular la creación de mecanismos nacionales de aplicación y supervisión de las decisiones internacionales en

materia de derechos humanos. Es fundamental crear mecanismos experimentales de coordinación en el ámbito interno de los Estados, generando diálogos positivos en las esferas intergubernamentales; interinstitucional (para involucrar a los diversos poderes); y federativo, para reducir el grado de resistencia al cumplimiento de las decisiones internacionales en materia de derechos humanos. En este sentido, merece destacarse la legislación nacional adoptada por Colombia y Perú concerniente a la implementación de decisiones internacionales en derechos humanos.

- 5) Potencializar los mecanismos internacionales de supervisión. Vale la pena destacar aquí las visitas *in loco* para evaluar el grado de cumplimiento de las decisiones internacionales, así como la creación de la metodología de indicadores para medir su grado de cumplimiento. Además, es fundamental crear una plataforma con la sistematización del impacto de las decisiones de la Comisión, resaltando las experiencias exitosas en la región. Cabe resaltar la reciente creación de la Coordinadora de Supervisión de las decisiones de la CIDH, en 2017 (*Coordinadora de Seguimiento de Recomendaciones*).
- 6) Alentar cláusulas de apertura constitucional y programas de cooperación para la promoción de la cultura de los derechos humanos. Se hace relevante fomentar la cultura de promoción de los derechos humanos mediante la incorporación de parámetros interamericanos de derechos humanos y el fortalecimiento de la institucionalidad en derechos humanos. En la región sobresalen constituciones latinoamericanas con cláusulas constitucionales abiertas, con énfasis en la jerarquía especial de los tratados de derechos humanos, a su incorporación automática y a las reglas interpretativas basadas en el principio pro persona. Sin embargo, interpretaciones reductivas y restrictivas pueden comprometer el avance y la potencialidad de cláusulas abiertas. En este sentido, el Plan Estratégico de la CIDH para el periodo 2017 a 2021 establece un programa ampliado de capacitación y promoción de la cultura en derechos humanos.

- 7) Fomentar una cultura jurídica inspirada en nuevos paradigmas jurídicos. Además, es fundamental la necesidad de fomentar una doctrina y una jurisprudencia emancipatorias en el campo de los derechos humanos inspiradas en la prevalencia de la dignidad humana¹¹⁸ y en la urgencia de un nuevo Derecho Público marcado por la estatalidad abierta en un sistema jurídico multinivel. La formación de una nueva cultura jurídica, basada en una nueva racionalidad e ideología, surge como medida imperativa para la afirmación de un constitucionalismo regional transformador.

Finalmente, considerando el contexto latinoamericano marcado por acentuada desigualdad social y violencia sistémica, es fundamental fortalecer las capacidades de la Comisión Interamericana, de los Estados y de la sociedad civil para la protección y defensa de los derechos humanos en la región. Mejorar el grado de efectividad y cumplimiento de las decisiones de la Comisión Interamericana surge como un desafío central para la plena implementación de los derechos humanos, para la garantía de justicia a las víctimas y para impulsar avances en políticas públicas y marcos normativos en la región.

El Sistema Interamericano salvó y sigue salvando vidas. Permitió la desestabilización de los regímenes dictatoriales; exigió justicia en las transiciones democráticas; y ahora demanda el perfeccionamiento de las instituciones democráticas con el combate a las violaciones de derechos humanos y protección a los grupos más vulnerables. Al asegurar la salvaguarda de derechos, la Comisión Interamericana ha ejercido un papel relevante en la consolidación de parámetros protectores mínimos en defensa de la dignidad humana, impulsando avances internos en relación con marcos legislativos y políticas públicas en la región. El sis-

¹¹⁸ Para Habermas, el principio de la dignidad humana es la fuente moral de la cual los derechos fundamentales derivan su contenido. Habermas adiciona: “La apelación a los derechos humanos se alimenta de la indignación de los humillados ante la violación de su dignidad humana [...] El origen de los derechos humanos siempre ha sido la resistencia al despotismo, la opresión y la humillación [...]”. Habermas, Jürgen, *The Crisis of the European Union: A Response*, Cambridge, Polity Press, 2012, p. 75.

tema regional interamericano simboliza la consolidación de un “constitucionalismo regional”, que pretende proteger y promover derechos humanos en el plano interamericano, con un impacto transformador emancipatorio, teniendo como fuerza motriz el protagonismo articulado, competente y estratégico de la sociedad civil en la lucha por derechos y por justicia.

Es en este contexto que fortalecer la efectividad del Sistema Interamericano y hacer cumplir sus decisiones tiene el potencial para ejercer un impacto extraordinario en la consolidación de un constitucionalismo regional transformador, contribuyendo al fortalecimiento de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho en la región más desigual y violenta del mundo.

BIBLIOGRAFÍA

- BUERGENTHAL, Thomas, *International human rights*, St. Paul, MN, West Publishing Company, 1988.
- CAVALLARO, James L., “Toward fair play: a decade of transformation and resistance in international human rights advocacy in Brazil”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 3, núm. 2, Otoño 2002.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *A proteção internacional dos direitos humanos*, São Paulo, Editora Saraiva, 1991.
- CHEVIGNY, Paul y CHEVIGNY, Bell Gale, *Police abuse in Brazil: summary executions and torture in São Paulo and Rio de Janeiro*, Nueva York, Americas Watch Committee, 1987.
- GOLDMAN, Robert, “Responsabilidad internacional e impunidad nacional”, *Derecho internacional de los derechos humanos. Curso de actualización y complementación*, Montevideo, Comisión Internacional de Juristas/Colegio de Abogados de Uruguay, 1994.
- HABERMAS, Jurgen, *The Crisis of the European Union: A Response*, Cambridge, Polity Press, 2012.
- HAGOPIAN, Frances, “La consolidación comprometida: la clase política en la transición brasileña”, en MAINWARING, Sco-

- tt, O'DONNELL, Guillermo, VALENZUELA, J. Samuel (orgs.), *Issues in democratic consolidation: the new South American democracies in comparative perspective*, University of Notre Dame Press, 1992.
- HANNUM, Hurst, "Implementing human rights: an overview of strategies and procedures", en HANNUM, Hurst (ed.), *Guide to international human rights practice*, Nueva York, Transnational Pub Inc., 2004.
- HENKIN, Louis (ed.), *International law: cases and materials*, West Group, 1993.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio, *Escritos indignados: policía, prisiones y política en el Estado autoritario (en el 20º aniversario del régimen de excepción, 1964-1984)*, São Paulo, Editora Brasiliense, 1984.
- PIOVESAN, Flávia, "Caso de Márcia Barbosa e inmunidad parlamentaria", en Benvenuto Lima Jr., Jayme (org.), *Derechos humanos internacionales: avances y desafíos del siglo XXI*, Programa DH internacional, Recife, 2001.
- , "Prerrogativa o Privilegio?", Folha de S.Paulo, p. A-3, de 4 de julio de 2001.
- y PIMENTEL, Silvia, "Conspiración contra la impunidad", Folha de S. Paulo, p. A-3, de 25 de noviembre de 2002.
- PRZEWORSKI, Adam, *Sustainable democracy*, Cambridge, Cambridge University Press. 1995.
- RIBEIRO COSTA, Álvaro, *Notas sobre la situación actual de los derechos humanos en Brasil*, Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, jul./dic. 1993.
- RONE, Jemera, *The struggle for land in Brazil: rural violence continues*, Nueva York, Human Rights Watch, 1992.
- , *Rural violence in Brazil*, Nueva York, Human Rights Watch, 1991.
- SIKKINK, Kathryn, "Derechos humanos, redes temáticas basadas en principios y soberanía en Latinoamérica", en *International Organizations*, Massachusetts, IO Foundation e Massachusetts Institute of Technology, 1993.

- SIKKINK, Kathryn y RISSE, Thomas, “Conclusions”, en RISSE, Thomas, ROPP, Stephen C. y SIKKINK, Kathryn, *The power of human rights: international norms and domestic change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- SKIDMORE, Thomas E., *The politics of military rule in Brazil: 1964-1985*, Oxford, Oxford University Press, 1988.
- STEINER, Henry, *Diverse partners: non-governmental organizations in the human rights movement, the report of a retreat of human rights activists*, co-sponsored por Harvard Law School Human Rights Program and Human Rights Internet, 1991.
- y TRUBEK, David M, *Brazil: all power to the generals*, Nueva York, Foreign Affairs, 1971.
- STEPAN, Alfred (ed.), *Authoritarian Brazil: origins, policies, and future*, New Haven, Yale University Press, 1973.
- , *The military in politics: changing patterns in Brazil*, Princeton, Princeton University Press, 1974.
- STEPAN, Alfred *et al.*, *Democratizing Brazil: problems of transition and consolidation*, Oxford University Press, 1989.
- Wanderley Reis, Fabio *et al.*, *La democracia en Brasil: dilemas y perspectivas*, São Paulo, Vértice, 1988.
- WEISSBRODT, David, “La participación de las organizaciones no gubernamentales internacionales a la protección de los derechos humanos”, en MERON, Theodor (ed.), *Human rights in international law: legal and policy issues*, Oxford, Oxford University Press, 1986.

El derecho común transformador:
el impacto del diálogo del
Sistema Interamericano de Derechos
Humanos con las víctimas
en la consecución de justicia

Viviana Krsticevic*

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos fundamentales del *ius constitutionale commune* latinoamericano —o constitucionalismo transformador latinoamericano— consiste en su interés en hacer realidad los derechos reconocidos en las constituciones de los países que lo comprenden y de las convenciones interamericanas.¹ Este proyecto asume, de hecho, los desafíos de la propuesta en una región marcada por la violencia, la desigualdad y los déficits democráticos. Por ello, no sorprende que buena parte del accionar de uno de sus actores clave, el sistema interamericano de protección de

* Directora Ejecutiva del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). Graduada en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, cursó el Máster en Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Stanford y el Máster en Leyes de la Universidad de Harvard. Ha representado a múltiples víctimas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

¹ Bogdandy, Armin von, “*Ius constitutionale commune* en América Latina: una mirada al constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, enero-junio 2015, p. 15.

derechos humanos (Sistema Interamericano),² se haya enfocado en garantizar justicia a fin de ampliar los derechos protegidos a quienes habitan el continente y fortalecer el Estado de derecho; ni tampoco, su preocupación y estrategias para promover el cumplimiento de sus decisiones.

Con el afán de contribuir al *ius constitutionale commune*, este documento resume y rescata algunas de las medidas adoptadas por el Sistema Interamericano en el desarrollo de derechos, de procedimientos y de reparaciones en el ámbito de la justicia de gran efecto transformador y explora su vínculo con las estrategias de implementación de sentencias y de impacto en el fortalecimiento de la garantía de derechos. Destaca, adicionalmente, cómo aquellas medidas permitieron al Sistema Interamericano acercarse de manera aguda a las realidades complejas de la región y contribuyeron a desarrollar herramientas útiles para el avance de la protección judicial de los derechos, el fortalecimiento del Estado de derecho y la democracia.

Más aún, este capítulo hace hincapié en el impacto que ha tenido el diálogo de los órganos del Sistema con las víctimas y las organizaciones del movimiento de derechos humanos que las representan para gestar esas medidas vinculadas a la consecución de justicia.³ El análisis ofrecido no tiene como propósito agotar este vasto campo de trabajo sino, por el contrario, proponer el estudio de algunas temáticas que dan cuenta de su potencial hermenéutico en el estudio del derecho internacional y las relaciones internacionales. Pasando de un foco en la institucionalidad de protección de derechos y el Estado a un conjunto más amplio de actores y dinámicas vinculadas a las transformaciones sociales.

El artículo tampoco pretende dar cuenta de todos los factores que explican los desarrollos del Sistema Interamericano, sino rescatar un enfoque dialógico que visibilice la participación de

² Para los efectos de este ensayo utilizaré Sistema Interamericano para referirme primordialmente a sus órganos de protección: la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana.

³ Ello incluye tanto medidas que afectan el desarrollo del Sistema Interamericano como su capacidad de tener mayor impacto.

las víctimas y el movimiento de derechos humanos en las transformaciones tanto institucionales como sociales.⁴ El alcance de un estudio acabado de esta temática requeriría mucho más de lo que podemos ofrecer en este artículo, por ejemplo, estudios adicionales históricos, sociológicos, etnológicos, etc. Sin duda, esta es una de las áreas menos exploradas por la academia sobre el Sistema Interamericano, el derecho internacional y las relaciones internacionales. Por otra parte, es un área en la que mi participación como litigante recurrente ante el Sistema Interamericano desde los años noventa me brinda la posibilidad de aportar —desde la experiencia y el conocimiento del movimiento de derechos humanos— a la rica discusión académica existente sobre la temática.⁵

Más aún, la discusión sobre la búsqueda de justicia a través de las herramientas del Sistema Interamericano es necesaria y oportuna en momentos en los que se generan disputas de alto nivel sobre el alcance de esta agenda. Algunas han sido detonadas por la retracción de varios países de espacios multilaterales, otras, por la relación tensa y en ocasiones antagónica de algunas al-

⁴ El término “víctimas” se refiere a sobrevivientes y familiares reclamantes que se han movilizado para la defensa de sus derechos. Nos referimos al movimiento de derechos humanos como la expresión articulada de las acciones de promoción y defensa de derechos que se identifican como tales y que cuentan con una amplia agenda temática y diversidad de tácticas. Algunos académicos utilizan el concepto de organización no gubernamental (ONG), que es una modalidad de asociación de aquellos que participan del movimiento de derechos humanos y otros. El mismo tiene dos limitaciones principales: una, que no comprende otras modalidades de trabajo no asociativa en forma de ONG, como los movimientos sociales, defensores de derechos humanos que no participan activamente de una asociación (quienes trabajan desde bufetes de abogados, sindicatos, etc.), y dos, que puede comprender asociaciones que no estén inspiradas en una agenda de respeto a los derechos fundamentales y democracia y su garantía, como ocurre con las asociaciones que promueven la impunidad de crímenes contra la humanidad u otras agendas antiderechos. De ahí, la elección de expresiones del movimiento de derechos humanos como objeto de estudio.

⁵ Esto es una ventaja tanto como una información relevante para leer lo que escribo, con la conciencia de que si bien lo hago con el afán de mantener la mayor rigurosidad, también hablo como una participante activa en los procesos.

tas cortes en países de la región con el Sistema Interamericano,⁶ otras por el interés de diversos actores estatales de avanzar en la adecuación de sus obligaciones internacionales y de abonar al cumplimiento efectivo de las decisiones del sistema de protección regional.

A su vez, el insistir en un enfoque dialógico que mire el desarrollo del derecho como parte de un proceso histórico y social, donde se visibilice el accionar de las víctimas y el movimiento de derechos humanos, permite vivir con aliento algunos episodios aciagos de la historia que compartimos, al reconocer el poder de la sociedad civil organizada de influir de manera determinante en el curso de la formación, desarrollo y maximización del impacto del Sistema Interamericano. A su vez, esta propuesta aporta una mirada al desarrollo del derecho internacional y las relaciones internacionales con mayor profundidad y sin ceñirse exclusivamente a la institucionalidad formal.

2. ANTECEDENTES

El Sistema Interamericano rescata la promesa de los Estados de las Américas de respetar y garantizar una serie amplia de derechos a quienes habitamos el continente. Se trata de un sistema de protección internacional que funciona de manera complementaria a los sistemas que operan a nivel nacional, y en el que las víctimas ocupan un papel central como reclamantes y beneficiarias. A su vez, uno de los pilares normativos y procesales del Sistema Interamericano consiste en el derecho a la justicia que se expresa, entre otros, en una promesa de la garantía de la protección judicial de un amplio grupo de derechos a nivel nacional e internacional, y en medidas integrales de reparación de los daños, una vez que se hayan infringido los derechos protegidos en los instrumentos interamericanos.

En tal tenor, las víctimas de graves violaciones de derechos humanos en América Latina y el movimiento de derechos humanos —que es expresión de su trabajo organizado— asumieron

⁶ Entre otras, la Corte Suprema de República Dominicana y la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina.

como bandera fundamental ante el Sistema Interamericano el reclamo de justicia frente a las graves violaciones cometidas en el contexto de dictaduras y guerras civiles en la región, así como en democracia. A su vez, este reclamo se expresó como un pedido de las víctimas de reconocimiento de los derechos, la dignidad y la igualdad ante la ley, así como de reparaciones expresadas primordialmente a través de la actuación independiente de la justicia con el fin de garantizar el esclarecimiento de lo ocurrido, el castigo a los responsables y la no recurrencia de graves violaciones de derechos humanos y crímenes contra la humanidad.

Más aún, diversos sectores del movimiento sumaron, modificaron y matizaron algunos de estos reclamos —desde el movimiento de mujeres o de pueblos indígenas, hasta los reclamos por los derechos sociales—, pero se mantuvo la atención en visibilizar las situaciones denunciadas, garantizar la justicia y enfrentar la discriminación estructural. El diverso y extenso aporte de este movimiento fue un factor determinante de la ampliación de hecho del marco de derechos y sus mecanismos de protección a nivel nacional e internacional.⁷ Ejemplo de ello es que hoy hablamos con claridad de los derechos de las mujeres a vivir libres de violencia como parte integral de la agenda de protección de derechos humanos.⁸

⁷ El movimiento de derechos humanos impulsó la ampliación de los grupos que podían acudir y obtener respuesta de la protección interamericana, así como interpretaciones comprensivas del marco jurídico que ampliaron de hecho la capacidad de protección del Sistema Interamericano. En ese sentido, organizaciones como el CEJIL fueron pioneras en la apertura de espacios temáticos y en el desarrollo de mecanismos de protección interamericanos (incluyendo el inicio de varias relatorías temáticas), en alianza con diversas organizaciones, coaliciones, asociaciones de víctimas o movimientos sociales afines al movimiento de derechos humanos. Numerosas organizaciones asumieron el liderazgo y asociaciones con organizaciones con experticia en el litigio para construir conocimiento, ganar experticia y/o generar mayores aliados para avanzar en áreas geográficas o temáticas. Entre ellas, sectores de trabajo sobre la violencia en el campo en Brasil u organizaciones enfocadas en los derechos de las personas LGTBI, afrodescendientes, etcétera.

⁸ Para una reseña del trabajo del movimiento de derechos humanos en el desarrollo de la búsqueda de justicia en los derechos de las mujeres consulte <http://www.cejiluniversario.org/en/women/>

En un contexto de vasta impunidad en las Américas, no sorprende que numerosas víctimas y el movimiento de derechos humanos hayan acudido y continúen acudiendo al Sistema Interamericano cobrando de los Estados las promesas de dignidad, justicia e igualdad que realizaron al ratificar los tratados interamericanos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), a través del tiempo, han generado diálogos sustanciales con importantes sectores dentro del movimiento de derechos humanos en espacios de confrontación de información con actores estatales. Ello transcurrió por canales múltiples, con una amplia gama de actores y de espacios que variaron según las competencias y las prácticas de ambos órganos. Entre otras, la CIDH recogió información a través del litigio, de audiencias temáticas y de país, de visitas *in loco* y de recepción de información escrita. La Corte Interamericana, por su parte, lo hizo mediante audiencias fuera de sede, espacios académicos y de intercambio con tribunales, el desarrollo de herramientas procesales y la aceptación de intervenciones especializadas en cuestiones técnicas o de contexto en calidad de *amicus curiae*, la recepción de experticias o medidas de prueba excepcionales como audiencias en terreno, etc. De esta manera, ambos órganos pudieron acceder a información de primera mano, así como debatir criterios, estrategias y medidas, a fin de garantizar la eficacia útil de sus decisiones y el impacto de su labor.

En buena medida, los diálogos en torno a temas de justicia, en la estrategia de las diversas organizaciones de derechos humanos y las víctimas, han sido marcados por consideraciones de principios, así como evaluaciones prácticas y estrategias destinadas a maximizar el potencial impacto del Sistema Interamericano para garantizar el avance de las medidas específicas de justicia, atacando las causas y consecuencias de las graves violaciones a los derechos humanos sometidas ante la CIDH y la Corte IDH.

Las medidas consideradas fundamentales para avanzar en la justicia no solo comprenden aquellas relacionadas con las reparaciones e incluidas en el resolutivo de la Corte IDH, sino que van mucho más allá. Estas incluyen medidas de desarrollo de estándares clave para prevenir la impunidad, la ampliación de los marcos

de protección y justiciabilidad de los derechos fundamentales, el desarrollo de procedimientos para garantizar la representación autónoma de las víctimas ante el Tribunal, o medidas destinadas a la protección precautoria de las partes procesales o el resultado del proceso, al impulso de herramientas para el monitoreo de las decisiones, etcétera.

Cada una de ellas refuerza las órdenes dadas por el Sistema y apunta a mejorar la eficacia en su implementación. Por ejemplo, la incorporación de una orden expresa de investigar y castigar a los culpables de graves violaciones de derechos humanos aclara la manera en la que se garantiza la satisfacción y no repetición; la declaración de que las amnistías de graves violaciones carecen de efectos elimina un obstáculo para el avance de las investigaciones penales; el desarrollo de marcos de protección y estándares aclaran el alcance de las obligaciones de los derechos de las mujeres y los pueblos indígenas; la participación autónoma de las víctimas fortalece el debate sobre las medidas necesarias para reparar los daños; el desarrollo de medidas cautelares permite tutelar el resultado del proceso internacional o la capacidad de actuar de las víctimas, sus representantes o la judicatura en los procesos locales o internacionales, entre otros.

3. MEDIDAS PARA IMPULSAR EL AVANCE DE LA JUSTICIA

A continuación, desarrollamos algunas medidas clave de justicia que ha impulsado el Sistema Interamericano con el fin de garantizar su mayor impacto y eficacia en la consecución de la justicia. Cada una, de distinto modo, permite que se avance en el objetivo común de garantizar la protección judicial de los derechos a nivel nacional e internacional y, de esa manera, favorece —*inter alia*— las condiciones para la implementación de las decisiones del Sistema Interamericano y la garantía de justicia. Entre ellas destacamos las medidas que aclaran el alcance de las obligaciones de justicia, eliminan obstáculos para su realización, garantizan el accionar de las personas que defienden derechos y establecen procedimientos para fortalecer el monitoreo y accionar de las investigaciones judiciales.

En su desarrollo, incluimos información sobre algunos de los procesos de construcción y diálogo del Sistema Interamericano con las víctimas y el movimiento de derechos humanos que tuvo un impacto significativo en las determinaciones del Sistema Interamericano en estos temas. La información marca parte de los hitos, pero está lejos de ser acabada o cubrir cada uno de los procesos que se mencionan, ya que utilizamos parte de esta para demostrar el impacto en el desarrollo de la medida o institución y no para explicar acabadamente cada caso reseñado.

Si bien somos conscientes de que el trabajo de las organizaciones de derechos humanos destinado a generar un mayor impacto en la protección internacional excede estas tareas, a los efectos de este trabajo nos restringiremos a aquellas vinculadas al diálogo con los órganos del Sistema Interamericano en ejercicio de su función jurisdiccional o de promoción de derechos. Todo ello exclusivamente en la medida en que uno de los propósitos de este ensayo consiste en visibilizar el impacto de dicho diálogo en el desarrollo jurisprudencial e institucional,⁹ aportando a la literatura especializada una mirada que complementa aquella enfocada en los referentes institucionales de protección a nivel nacional e internacional.

3.1. El desarrollo de la orden de investigar a los culpables y la ampliación de las medidas de reparación decretadas por la Corte IDH

3.1.1. El Amparo

Uno de los hitos del fortalecimiento de la capacidad del Sistema Interamericano de incidir en la búsqueda de justicia se dio en el caso de *El Amparo vs. Venezuela*.¹⁰ En este, la Corte IDH —a

⁹ Por ejemplo, estas incluyen el desarrollo de estrategias de litigio nacional, armonización legislativa, campañas mediáticas, acciones de organización social, promoción de institucionalidad de recepción de órdenes internacionales, etcétera.

¹⁰ Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C, núm. 28.

pedido de la representación de las víctimas y con el apoyo de la CIDH— dio un paso fundamental que distingue su jurisprudencia de modo sustancial de la europea del momento, al ordenar al Estado la investigación y castigo de los responsables de la masacre. En palabras de la Corte en su resolutivo: “Decide que el Estado de Venezuela está obligado a continuar las investigaciones de los hechos a que se refiere este caso y sancionar a quienes resulten responsables.”¹¹

Recordemos que la Corte, hasta mediados de los años noventa, había desarrollado una jurisprudencia avanzada en cuestiones procesales y sustantivas como se evidencia en el paradigmático caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*.¹² Sin embargo, había seguido una línea más conservadora y deferente en el desarrollo de las medidas de reparación otorgadas en sus sentencias.¹³

Así, la emisión por parte del Tribunal de la orden de investigar y castigar a los culpables de graves violaciones de derechos humanos aclara y precisa las obligaciones del Estado para remediar el daño infligido. En esta histórica sentencia, la Corte va más allá de establecer que los hechos en el caso deniegan la protección judicial de los derechos en su análisis del fondo, y emite remedios específicos sobre la actuación debida de la administración de justicia. De esta manera, aclara no solo frente al poder ejecutivo sino frente al poder judicial y la sociedad el alcance de las reparaciones requeridas al Estado en virtud de su responsabilidad internacional.

El caso *El Amparo* evidencia el impacto de la participación de las víctimas en la etapa de reparaciones en el proceso ante la Corte Interamericana, en el desarrollo de los reclamos y de los resolutivos.

En este sentido, el juez Cançado Trindade, en la audiencia pública de reparaciones en el caso referido —efectuada poco

¹¹ *Ibidem*, punto resolutivo 4.

¹² Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4.

¹³ En sus primeros casos, la Corte IDH siguió el modelo de su par europeo, que posee un modelo declarativo y delegativo.

tiempo antes de la entrada en vigor del reglamento que daría a las víctimas *locus standi* en la etapa de reparaciones—¹⁴ reconoció a los representantes de las víctimas como “la verdadera parte demandante” y les realizó preguntas de manera directa, reconociendo su calidad de parte.¹⁵

El diálogo de la representación de las víctimas con la Corte en el caso involucró la argumentación escrita y oral sobre el sentido de la justicia como medida de reparación y la interpretación adecuada al texto del artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) a la luz del derecho internacional. El trasfondo de dicha argumentación fue el interés de la delegación de representantes de ser fieles al pedido de las madres de las víctimas, quienes esperaban que la vida de sus hijos no fuera compensada simplemente con dinero, sino que se hiciera justicia. En palabras de una de ellas en reunión con sus representantes: “mi hijo no era un becerro, quiero justicia”.¹⁶ La elaboración de las solicitudes a la Corte IDH fue realizada luego de un proceso de consulta con los familiares de la masacre en la frontera de Venezuela con Colombia, a fin de actualizar y reafirmar lo requerido al inicio del proceso internacional (ante la CIDH).¹⁷

¹⁴ La audiencia se celebró el 27 de enero de 1996 y el Reglamento entró en vigor el 1 de enero de 1997.

¹⁵ Presentación del juez Antônio Cançado Trindade ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en el marco del diálogo sobre el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, “Hacia la consolidación de la capacidad jurídica internacional de los peticionarios en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, Washington D.C., 19 de abril de 2002. (OEA/Ser.G, CP/CAJP-1933/02, 25 abril 2002).

¹⁶ Así, lo escuchamos de viva voz Pedro Nikken, Ligia Bolívar, Juan Navarrete y yo, en la asamblea de familiares en *El Amparo*. Sobre la búsqueda de justicia de los familiares de desaparecidos véase Audiencia Federación de Familiares de Detenidos Desaparecidos de América Latina (Fedefam)-CEJIL ante la CIDH.

¹⁷ Quienes participaron de las discusiones de estrategia incluían a representantes de algunas de las organizaciones más representativas del tema en Venezuela (Provea, Red de Apoyo), un expresidente de la Corte IDH (Pedro Nikken) y representantes del CEJIL, que poco tiempo atrás había sido

Este clamor de justicia hacía eco del pedido de millares de familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos en Venezuela y en América Latina.¹⁸ Este reclamo había sido oído claramente por la CIDH durante sus décadas de trabajo a lo largo y ancho de la región.

Por su parte, el Estado de Venezuela rechazaba la determinación de esta medida de reparación fundado en que:

[...] la sentencia de la Corte Interamericana no puede ir más allá de las indemnizaciones que correspondan, sin afectar al mismo tiempo los derechos de supuestos implicados. La indemnización a las víctimas y a sus familiares, el reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado venezolano y la misma sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son el medio idóneo para reparar —hasta donde sea posible— los daños causados a las víctimas y a sus familiares.¹⁹

Gracias a la lectura del Tribunal sobre el alcance de la responsabilidad estatal en materia de reparaciones derivado de la normativa interamericana, el derecho internacional público y su propio papel en la protección judicial de los derechos, aquel avanza ordenando de manera inequívoca que se haga justicia.

Conste que las solicitudes efectuadas por las víctimas y la CIDH planteaban asimismo modificaciones a la normativa de la jurisdicción militar, medidas de restablecimiento del honor y el establecimiento de una fundación. Estas también fueron con-

creado como parte de una iniciativa de líderes de varias ONG de derechos humanos (incluidas algunas lideradas por víctimas sobrevivientes) del continente. CEJIL fue creado con el fin de potenciar el trabajo de defensa de derechos local a través del uso de las herramientas del derecho internacional de los derechos humanos y, en particular, las del Sistema Interamericano.

¹⁸ Una de las tantas manifestaciones del reclamo de la mayor parte de las víctimas sobrevivientes y familiares por la justicia fue la audiencia realizada ante la CIDH a finales de los años noventa, para solicitar el establecimiento de un procedimiento de seguimiento de las decisiones de la CIDH (solicitada por Fedefam y CEJIL), el cual contó con un estudio de Fedefam sobre la impunidad de los crímenes y la necesidad de hacer justicia.

¹⁹ Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*, cit., párr. 55.

trovertidas por el Estado, evaluadas y finalmente descartadas por la Corte.²⁰

3.1.2. La cascada de las reparaciones

A su vez, este cambio jurisprudencial es acompañado por modificaciones sustanciales en el proceso ante la Corte para hacer posible la participación independiente de las víctimas. El *locus standi in judicio* se expresaría primero en la representación independiente de las víctimas ante la Corte en la etapa de reparaciones,²¹ y eventualmente se extendería a todas las etapas del proceso.²²

La representación independiente de las víctimas en la etapa de reparaciones permitió un debate más vigoroso y profundo sobre la pertinencia y alcance de las medidas adecuadas para responder a las graves violaciones planteadas en los casos de la época. Esto permitió que los remedios adoptados contaran progresivamente con órdenes más claras y comprensivas para garantizar la tutela de los derechos.²³ Ellas se evidencian en una serie

²⁰ *Ibidem*, párr. 56. Asimismo, vale la pena rever el voto disidente del Juez A. A. Cançado Trindade sobre las reformas legales (párrs. 12-14). El rechazo se ratifica en la decisión de interpretación de la sentencia de abril de 1997.

²¹ Este avance se plasma en el Reglamento de la Corte IDH, de 16 de septiembre de 1996, que prevé la representación en la etapa de reparaciones en su art. 23 (representación de las víctimas o de sus familiares): “En la etapa de reparaciones los representantes de las víctimas o de sus familiares podrán presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma”. Así como otros artículos que aclaran las obligaciones de notificación o participación en el proceso de aquellas. Véase arts. 35.1, 36.3 y 37.1 del Reglamento de la Corte IDH de 1996. Estas reformas fueron impulsadas por Antonio Cançado Trindade, quien se había incorporado recientemente al Tribunal.

²² Reglamento de la Corte IDH, de 24 de noviembre de 2000. Véase art. 23 “participación de las presuntas víctimas”.

²³ Vale la pena mencionar el caso *Aloboetoe y otros vs. Surinam*, de 1991, donde la Corte rechazó la emisión de una orden expresa de investigar y castigar a los responsables, pero incluyó medidas de reapertura de una escuela y un dispensario. Corte IDH. *Caso Aloboetoe y otros vs. Surinam*. Fondo. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C, núm. 11 y *Caso Aloboetoe y*

de casos posteriores al de *El Amparo*, como *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*,²⁴ *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*,²⁵ *Molina Theissen vs. Guatemala*,²⁶ *Loayza Tamayo vs. Perú*,²⁷ *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*,²⁸ *La Cantuta vs. Perú*,²⁹ *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*³⁰ y otros.

Entre las medidas de reparación ordenadas, la Corte incluyó reparaciones simbólicas, actos de reconocimiento de responsabilidad, modificaciones legislativas, capacitaciones, publicación en periódicos y traducciones a lenguas indígenas, elaboración de políticas públicas con procesos participativos, etcétera.³¹

Para ilustrar estos desarrollos y la relación de las víctimas con ellos, destaco el *leading case* de *Villagrán Morales y otros*. Este fue un proceso llevado adelante por Casa Alianza (también conocida por su nombre en inglés, *Covenant House*) y CEJIL. Casa Alianza contaba en ese momento con un gran trabajo social, asistencial —albergues— y jurídico en favor de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en Centro América y, en par-

otros vs. Surinam. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C, núm. 15.

²⁴ Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C, núm. 77.

²⁵ Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C, núm. 91.

²⁶ Corte IDH. *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C, núm. 108.

²⁷ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C, núm. 42.

²⁸ Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 101.

²⁹ Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 162.

³⁰ Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 marzo de 2005. Serie C, núm. 120.

³¹ Tojo, Liliana y Krsticevic, Viviana (coords.), *Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, Buenos Aires, CEJIL, 2007, https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/implementacion_de_las_decisiones_del_sidh_0.pdf.

ticular, en Guatemala y Honduras. Una de sus preocupaciones centrales consistía en llamar la atención sobre las ejecuciones de adolescentes que tenían proporciones alarmantes. CEJIL estaba especialmente interesado en evidenciar el impacto de la violencia en diferentes grupos sociales, uno de ellos eran las niñas, niños y adolescentes, y ampliar las medidas de no repetición que emitiera la Corte IDH a fin de perfeccionar su capacidad de reear y transformar las realidades sobre las que operaba. Más allá de los intereses de las organizaciones representantes, los familiares expresaron con claridad la necesidad de que hubiera verdad y justicia, y que se tomaran medidas para que los hechos no volvieran a ocurrir.

Así, la Corte rescata en su sentencia la justificación de las víctimas de algunas solicitudes complementarias en materia de reparaciones:

a. la satisfacción tiene lugar cuando se llevan a cabo tres actos, generalmente en forma acumulativa: las disculpas (o cualquier otro gesto que demuestre el reconocimiento de la autoría del acto en cuestión), el juzgamiento y castigo de los responsables y la toma de medidas para evitar que se repita el daño (garantía de no repetición); b. la satisfacción y la garantía de no repetición son componentes esenciales del concepto de reparación a las víctimas, más aún cuando se trataba de niños y jóvenes que no contaron nunca con la protección del Estado, desde que este toleró y no remedió que vivieran en las calles, lo que trajo como consecuencia la privación violenta y arbitraria de su vida. Por ello Guatemala debe garantizar que dichas violaciones no vuelvan a ocurrir, y complementarlo con las medidas de satisfacción.³²

En virtud de ello, los representantes solicitaron medidas de justicia y política pública incluyendo reformas de normativas y políticas de protección integral a los niños y jóvenes.³³ Como medida de reconocimiento de la dignidad de las víctimas y de no repetición frente a otras niñas y niños, requirieron asimismo que:

³² Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, cit., párr. 94 (a).

³³ *Ibidem*, párr. 95.

[...] el Estado realice un reconocimiento público de responsabilidad por la gravedad de los hechos sucedidos y que involucre a niños de la calle, mediante gestos y símbolos que le otorguen sentido nacional a la reparación, tales como que erija un centro educativo en memoria de las víctimas, que sea un lugar que ofrezca educación gratuita accesible a esa población marginada, y utilice todos los recursos a su alcance para que esta medida simbólica cuente con el interés y participación de los medios de comunicación social.

Durante el debate de reparaciones, la señora Contreras, madre de Henry Giovanni Contreras, uno de los niños ejecutados, pidió a la Corte que ordenara al Estado que proveyera a los niños de una escuela donde pudieran permanecer seguros durante el día. La perito psicóloga Ana Deutsch explicó al Tribunal la relevancia que podía tener para los familiares afectados y la sociedad la determinación de una medida de reparación simbólica —como una escuela—, que dignificara a las víctimas a juicio de la propia sociedad. En ese mismo sentido declaró el perito Emilio García Méndez.

La señora Margarita Urbina, abuela de Julio Sandoval, contó a la Corte cómo ella vivía en la calle, tapada por un nylon y vendiendo bolsas de arena por unos pocos quetzales; contando como sustento emocional y económico a su nieto en medio de su desventura. La madre de Anstraum contaba en la preparación de la audiencia, que había llamado a su hijo con un nombre similar al de Neil Armstrong, porque quería que él también pudiera llegar hasta la luna; capturando en su nombre la esperanza y la expectativa que fueron quebradas con su muerte temprana.³⁴

Los testimonios de destitución y reproducción de la desigualdad y la pobreza permeadas por la violencia y la desatención estatal fueron en este caso especialmente desgarradores, e influyeron en la convicción de la Corte acerca de la necesidad de reconocer de manera acentuada la dignidad de las víctimas frente a la sociedad. El juez Cançado Trindade lo evidencia ampliamente en su voto razonado, donde habla del caso como un

³⁴ Entrevista con la madre en la preparación de la audiencia en San José, presente Viviana Krsticevic.

ejemplo del sufrimiento humano extremo de las personas más desposeídas.³⁵

El conjunto de la prueba y los razonamientos adelantados derivaron en que la Corte IDH ordenara que se incluyera una placa en una escuela con los nombres de los niños ejecutados:

[...] la Corte ordena al Estado designar un centro educativo con un nombre alusivo con los jóvenes víctimas de este caso, y colocar en dicho centro una placa con el nombre de Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes y Anstraun Aman Villagrán Morales. Ello contribuiría a despertar la conciencia para evitar la repetición de hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso y conservar viva la memoria de las víctimas.³⁶

Esta medida también contó con el apoyo de la CIDH, quien respaldó oportunamente el pedido de las víctimas.

Desde finales de los noventa, la adopción de medidas no pecuniarias que atendieran a las causas últimas de la violencia y promovieran cambios sociales fueron compartidas paulatinamente por la Corte y la propia CIDH, en el marco de casos que develaron patrones de actuación ilegal, de impunidad o discriminación.³⁷

La vasta mayoría de las medidas de reparación fueron impulsadas por las víctimas reclamantes y las organizaciones del movi-

³⁵ Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, cit. Voto concurrente conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli.

³⁶ *Ibidem*, párr. 103.

³⁷ Una importante cantidad de casos de finales de los noventa, revelaba patrones de actuación estatal violatorios de derechos a la época de los hechos que generalmente era anterior. Adicionalmente, algunos tenían evidencias de políticas o prácticas estatales inconvencionales o algún hecho o dato antecedente a ser tomado en cuenta. Crecientemente, la Corte, la CIDH, los Estados, los litigantes y la doctrina han incluido parte de estos términos bajo el paraguas de “contexto”, que a veces es utilizado como sinónimo de patrón. Es importante distinguir bajo ese paraguas del contexto, aquellos elementos diferenciados que pueden tener consecuencias probatorias o reparatorias. Así, un antecedente no tiene el peso probatorio de un patrón para la inversión de la carga de la prueba.

miento de derechos humanos que las representaban, por medio de procesos de construcción de la prueba y la justificación que incluyeron a representantes de grupos afectados, expertos, funcionarios estatales, etc. Así, las solicitudes incluyeron procesos de debate judicial y extrajudicial para el aporte a esa solución.

En la actualidad, una buena parte de los casos paradigmáticos de graves violaciones de derechos humanos decididos por la Corte IDH incluyen medidas que responden a una lógica de reparación individual y atención a las causas y consecuencias de las violaciones mediante diversos tipos de reparaciones.³⁸ Aun así, los debates sobre las reparaciones continúan, impulsados por miradas más restrictivas sobre su alcance, en tensión con aquellas posiciones que pretenden garantizar la satisfacción y la no repetición frente a los patrones de vulneración de derechos y fallas estructurales evidenciadas en los casos.³⁹

Los casos *El Amparo* y *Villagrán Morales* son ejemplos significativos de que la destacada jurisprudencia de la Corte sobre reparaciones no nace de un vacío, sino que se basa en buena medida en los diálogos y debates generados por las propuestas y justificaciones de la representación de las víctimas de medidas amplias de reparación tendientes a la mitigación del daño causado, a la remediación del daño, a la rehabilitación de las víctimas y a la no repetición de los hechos.

A su vez, ambos casos demuestran cómo el acceso directo a la Corte Interamericana y la intermediación con las víctimas y sus representantes tiene la potencialidad de modificar de manera significativa el resultado del proceso. Asimismo, el proceso también transforma a las víctimas y las organizaciones del movimiento de derechos humanos que las acompañan, ampliando su capacidad de actuar y enfrentar las injusticias por medio de las herramientas del derecho, enfrentando al Estado en un foro independiente.

³⁸ Sobre el tiempo, y como consecuencia de los debates dados por los Estados y los cambios de mirada de las diferentes composiciones del Tribunal, la Corte ha adoptado criterios más estrictos de causalidad.

³⁹ Véase, a modo de ejemplo, la carta presentada por cinco Estados a la CIDH en abril de 2019. <https://minrel.gob.cl/comunicado-de-prensa-ministerio-de-relaciones-exteriores-ministerio-de/minrel/2019-04-23/105105.html>.

En ese sentido, en su voto concurrente en el caso *Villagrán Morales y otros*, el juez Cançado Trindade afirma:

Hace mucho tiempo vengo insistiendo en que la gran revolución jurídica del siglo xx ha sido la consolidada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al erigir el ser humano en sujeto del Derecho Internacional, dotado, como verdadera *parte demandante* contra el Estado, de plena capacidad jurídico-procesal a nivel internacional⁴⁰. El presente caso de los “Niños de la Calle”, en que los olvidados de ese mundo logran acudir a un tribunal internacional para hacer valer sus derechos como seres humanos, da elocuente testimonio de esto. En el ámbito de aplicación de ese nuevo *corpus juris*, es indudablemente la víctima que asume la posición central, como le corresponde. El impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en otras áreas del Derecho (tanto público como privado) ocurre en buena hora, en el sentido de humanizarlas. Este desarrollo muéstrase conforme a los propios fines del Derecho, cuyos destinatarios de sus normas son, en última instancia, los seres humanos.⁴¹

El desarrollo de las medidas de reparación sobre el tiempo, con sus luces y sombras, dan ampliamente cuenta del impacto de las víctimas en el desarrollo del Sistema Interamericano.

3.2. La Corte deja sin efecto las amnistías de graves violaciones de derechos humanos

Desde principios de los años noventa, la CIDH tenía una doctrina sostenida sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía que impedían la investigación y castigo de graves violaciones de derechos humanos con las obligaciones que se derivaban de la

⁴⁰ Véase Cançado Trindade, Antônio, “Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: El Acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos”, *Memoria del Seminario - El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI, Tomo I*, 2001, pp. 5-70, <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/Semin1.pdf>.

⁴¹ Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, cit. Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 16.

CADH. Dicha doctrina se plasmaba, entre otros, en los informes 28/92 (sobre Argentina),⁴² 29/92 (relativo a Uruguay)⁴³ y en el caso *Masacre de las Hojas* (de El Salvador).⁴⁴

Pese a lo frecuente que había sido el uso de las amnistías como mecanismo de impunidad en América Latina, hasta finales de los noventa, la Corte no había tratado el tema, en parte porque la CIDH no tenía la práctica de someter al Tribunal todos los casos en los que aquel tenía jurisdicción.⁴⁵ Adicionalmente, varios miembros de la CIDH en aquella época temían que la Corte IDH pudiese revertir la referida doctrina, con consecuencias serias para la legitimidad de las decisiones del Sistema y la garantía de derechos de las víctimas. La evaluación de quienes representábamos a las víctimas hacia finales de dicha década difería de esta aproximación.⁴⁶

Como afirmamos previamente, hasta el 2000, la estructura del proceso interamericano no preveía la participación directa de las víctimas en todas las etapas del proceso ante la Corte. Ello limitaba la participación de sus representantes en la formulación de argumentos de fondo cuando había discrepancias en la estrategia, pese a que sus representantes eran parte de los equipos de trabajo de la CIDH en esa etapa. En consecuencia, frente a las amnistías —hacia fines de los noventa— las víctimas no podían cuestionar su convencionalidad en el fondo del caso aun donde podrían aplicarse.

Entonces, ¿cómo es que el tema llega a la Corte? El cuestionamiento de las amnistías respecto de Perú llega a la Comisión Inte-

⁴² CIDH. Informe Anual 1992-1993. Informe núm. 28-92, Argentina, de 2 de octubre de 1992.

⁴³ CIDH. Informe Anual 1992-1993. Informe núm. 29-92, Uruguay, de 2 de octubre de 1992.

⁴⁴ CIDH. Informe Anual 1992-1993. Informe núm. 26-92, El Salvador, de 24 de septiembre de 1992.

⁴⁵ Ello solo cambia con las reformas reglamentarias del año 2000 que regulan la adopción de esa decisión por parte de la CIDH.

⁴⁶ La evaluación diferenciada se basaba primordialmente en el cambio de composición del Tribunal y el compromiso de los jueces con la responsabilización de graves violaciones de derechos humanos.

americana a través del caso *Barrios Altos*, que estaba representado por la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos del Perú (CNDDHH), que comprende a la mayoría de las organizaciones de derechos humanos de ese país. En junio de 1995, en un gesto de unidad, consistencia y respaldo, el grueso del movimiento de derechos humanos de Perú, decidió llevar el caso de manera conjunta ante el Sistema Interamericano poco después de emitida la ley de amnistía.⁴⁷ Al poco tiempo, la CNDDHH solicitó al CEJIL que se sumara al litigio del caso a fin de brindar asistencia técnica y al rechazo continental a las amnistías. Este caso ponía al centro del litigio los mecanismos de impunidad que estaba implementando el Gobierno del entonces presidente Alberto Fujimori.

Eventualmente, el caso *Barrios Altos* tuvo el efecto procurado, sin embargo, los primeros pasos para el tratamiento de lleno de la temática de las amnistías ante la Corte se da en dos casos anteriores litigados en paralelo: *Castillo Páez y Loayza Tamayo*.⁴⁸ Ello ocurrió aun cuando el tema no se había planteado como un hecho relevante en el debate sobre el fondo, en buena medida porque las víctimas tenían ya representación directa para la etapa de reparaciones. La posición en esa etapa consistió en plantear que para garantizar la investigación y castigo de la desaparición de Ernesto Castillo Páez era necesario remover las amnistías, en la medida en que, de no hacerlo, redundaría en que el caso quedaría en la impunidad.

En su decisión, la Corte Interamericana afirmó que, en 1998:

104. La obligación de investigar es invocada expresamente por los familiares de la víctima al pedir que la Corte “exija al Estado del

⁴⁷ El grueso de las organizaciones de derechos humanos de Perú se asociaban bajo ese paraguas. Sobre la historia de la CNDDHH véase Youngers, Colletta y Peacock, Susan, “La Coordinadora Nacional de Derechos Humanos del Perú: Un estudio de caso de construcción de una coalición, WOLA, 2002, https://www.wola.org/sites/default/files/downloadable/Andes/Peru/past/peru_coordinadora_span.pdf. El patrocinio inicial del caso fue llevado a cabo por APRODEH, IDL y COMISEDH cuyos equipos se mantuvieron activamente vinculados en el litigio nacional e internacional del caso.

⁴⁸ Ambos litigados por CEJIL, el primero junto con la Dra. Carolina Loayza, hermana de la víctima, y el segundo, junto con el Instituto de Defensa Legal (IDL) en representación de la familia.

Perú que remueva cualquier obstáculo legal que le impida llevar a cabo dicha investigación y eventual sanción”.

105. La Corte retoma lo dicho en el transcrito párrafo 90 de la Sentencia de fondo (*supra* 103) y considera que entre las “dificultades del orden interno [que] impid[en] identificar a los individuos responsables por los delitos de esta naturaleza”, se encuentra esa Ley de amnistía expedida por el Perú (*supra* 68.C.e.), debido a que esa ley obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a los familiares de la víctima conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente. [...].

107. En consecuencia, el Estado tiene el deber de investigar las violaciones de los derechos humanos y procesar a los responsables y evitar la impunidad. La Corte ha definido la impunidad como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana” y ha señalado que: “[...] el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares (Caso Paniagua Morales y otros, *supra* 40, párr. 173)”.⁴⁹

Para concluir, en los casos *Loayza Tamayo* y *Castillo Páez*, entre las órdenes de reparación, la Corte determinó que el Estado “debe investigar los hechos del [...] caso, identificar y sancionar a sus responsables y adoptar las disposiciones necesarias en su derecho interno para asegurar el cumplimiento de esta obligación”.⁵⁰ Esto es, reafirma la obligación de investigar y castigar, pero sin brindar una orden clara a fin de remover las amnistías como obstáculo para la investigación y castigo de los responsables.

Por su parte, los votos concurrentes de los jueces A. A. Cançado Trindade y Abreu Burelli, sostienen que

[las autoamnistías] son incompatibles con el deber de los Estados de investigar aquellas violaciones, imposibilitando la vindica-

⁴⁹ Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C, núm. 43, párrs. 104, 105 y 107.

⁵⁰ Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*, *op. cit.*, punto resolutivo 2, y *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C, núm. 42, punto resolutivo 6.

ción de los derechos a la verdad y a la realización de la justicia, así como, en consecuencia, del derecho a obtener reparación. No puede, pues, negarse la estrecha vinculación entre la persistencia de la impunidad y la obstaculización de los propios deberes de investigación y de reparación, así como de la garantía de no-repetición de los hechos lesivos.⁵¹

Por lo cual, prosiguen, estas deben ser eliminadas del ordenamiento interno de los Estados.⁵² A su vez, en otro voto concurrente en ese mismo caso, el juez García Ramírez realizó una serie de interesantes reflexiones sobre el alcance de las amnistías legítimas y prohibidas por el derecho internacional, y sobre la posibilidad de excluir aquellas que riñan con la justicia respecto de graves violaciones en ciertos contextos.⁵³

Estos desarrollos dieron luz verde para que la CIDH planteara el análisis de las amnistías en la demanda del caso *Barrios Altos*, retomando lo planteado por las víctimas y las organizaciones que las acompañaron desde los momentos iniciales del proceso internacional ante la CIDH.⁵⁴ En 2001, mediante sentencia de fondo, la Corte IDH se pronunció sobre este tema.⁵⁵ En dicho caso, la Corte afirmó la incompatibilidad de las normas peruanas de amnistía con las obligaciones plasmadas en la CADH y sostuvo que estas obstaculizan las investigaciones y el acceso a la justicia que garantizan la verdad y la reparación de las víctimas:

41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la inves-

⁵¹ Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*, cit. Voto razonado conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, párr. 2.

⁵² *Ibidem*, párr. 3.

⁵³ Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*, cit., Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párrs. 6 y 7.

⁵⁴ El caso aunó a todas las organizaciones de derechos humanos de Perú reunidas bajo la CNDDHH, asociada con el CEJIL, para expresar el repudio a las ejecuciones extrajudiciales y emisión de amnistías para impedir la verdad y la justicia.

⁵⁵ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, núm. 75.

tigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas [...].

42. La Corte, [...], considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos [...].

43. [...] Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.⁵⁶

La decisión de la Corte en *Barrios Altos* no solo tuvo por objeto aclarar el estándar jurídico aplicable, sino allanar el trabajo del poder judicial peruano en la etapa de cumplimiento.

Por ello, la Corte dispuso de manera clara que las amnistías, la prescripción o cualquier otro eximente de responsabilidad —como la cosa juzgada— no aplican en casos de graves violaciones de derechos humanos, por ser contrarias a la CADH. A partir de ello, la Corte ordenó que las leyes en cuestión fueran consideradas sin efecto:

Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas *leyes carecen de efectos jurídicos* y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.⁵⁷ (cursivas añadidas)

Y, consecuentemente, la Corte resolvió en *Barrios Altos*:

⁵⁶ *Ibidem*, párrs. 41-43.

⁵⁷ *Ibidem*, párr. 44.

Declarar que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, *carecen de efectos jurídicos*.

Declarar que el Estado del Perú debe *investigar los hechos* para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se ha hecho referencia en esta Sentencia, así como *divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables*.⁵⁸ (cursivas añadidas)

Este lenguaje superaba y aclaraba el de las sentencias de reparaciones en *Castillo Páez y Loayza Tamayo*, en la medida en que no solo planteaba la obligación genérica de investigar, castigar y remover obstáculos, sino que le daba consecuencias específicas al órgano de implementación de la decisión.

Ello respondió también a los pedidos expresos de inclusión de una orden manifiesta y de una formulación amplia que no riñera con la doctrina y jurisprudencia local, formulados por la representación de las víctimas, que comprendía a representantes de organizaciones no gubernamentales del movimiento de derechos humanos. Estas solicitudes fueron acogidas por la CIDH en la demanda y en la audiencia; más aún, la fórmula propuesta por la representación de las víctimas contó con la aprobación de la CIDH y el Estado.⁵⁹ En ese sentido, en la audiencia, el Estado sostuvo que era una prioridad suya “encontrar fórmulas eficaces para atacar la validez de los obstáculos procesales que impiden la investigación y castigo de aquellos que resultan responsables”.⁶⁰ Y la CIDH requirió a la Corte Interamericana que se adoptaran “soluciones creativas objeto de emulación en nuestro continente

⁵⁸ *Ibidem*, puntos resolutivos 4 y 5.

⁵⁹ El Gobierno de transición en representación del Estado peruano prefería la búsqueda de un acuerdo amistoso y la remisión de la solución a una serie de compromisos y alternativas para explorar caminos para la superación de la impunidad. Sin embargo, la fórmula propuesta fue rechazada luego de idas y vueltas de una negociación que incluyó a quienes estábamos en Costa Rica y a los colegas en Lima que hacían evaluación política de la viabilidad de dicha propuesta en el contexto peruano.

⁶⁰ Transcripción de lo sostenido por Javier Ciurlizza, agente del Estado peruano en la audiencia. En el mismo sentido, las observaciones del agente alterno, César Azabache.

y más allá” frente a estas leyes que buscan la impunidad, de modo que las víctimas tengan derecho a la verdad y a la justicia. En su presentación, la CIDH solicitó a la Corte superar lo ordenado en los casos *Loayza Tamayo (y Castillo Paez)*, al “pedi[r] que Perú derogue o deje sin efecto las leyes de amnistías.”

Por su parte, los peticionarios sostuvieron que era fundamental que la Corte se refiriera a la ineficacia de las leyes de amnistía, no solo por su impacto en Perú sino en toda América Latina, y que a la vez ordenara al Estado que dejara sin efecto la ley.⁶¹ Reconociendo el papel del Sistema Interamericano durante el Gobierno de Alberto Fujimori, los representantes de las víctimas demandaron al Tribunal que ayudara a garantizar la justicia en democracia. Y aquí, haciendo una solicitud que implicaba otra variación de la práctica de la Corte, ellos requirieron que frente al allanamiento del Estado,

[...] no solo establezca las violaciones en concreto de los artículos violados en la Convención en las que ha incurrido el Estado en virtud de los hechos reconocidos por el honorable gobierno sino que también establezca de manera específica *en el resolutive de la sentencia*: la necesidad de esclarecer los hechos de modo de proteger el derecho a la verdad, la necesidad de investigar y de castigar a los culpables de estos trágicos hechos, la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana y también específicamente —y con el objeto de remover los obstáculos para el efectivo castigo y sanción de los responsables— que la Corte establezca la obligación del Estado de dejar sin efecto las leyes de amnistía.⁶²

Con la redacción que acogió el Tribunal, y que emitió muy pocos días después de la audiencia, la Corte Interamericana dio una guía clave a las autoridades judiciales internas, enfrentadas con la ejecución de la obligación internacional de investigar y sancionar cuando está de por medio una ley de amnistía.⁶³ Poco

⁶¹ Transcripción de lo sostenido por Miguel Jugo en la audiencia de *Barrios Altos*, a nombre de la CNDDHH y CEJIL.

⁶² Transcripción de lo sostenido por Viviana Krsticevic, a nombre de la CNDDHH y CEJIL.

⁶³ Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 12 de septiembre de 2005;

tiempo después, la representación de las víctimas solicitó a la CIDH que promoviera una solicitud de interpretación de la sentencia, teniendo en cuenta que, según el Gobierno, la resolución tendría impacto solamente para el caso concreto. Finalmente, la Corte Interamericana dio efectos *erga omnes* a la falta de efectos de las leyes de amnistía de Perú.⁶⁴

En las discusiones de estrategia hubo consultas con diversos juristas sobre la redacción más afortunada para no catalizar la aplicación de la norma más favorable al reo u otros obstáculos que podrían presentarse en caso de que se solicitara la derogación de la norma. Estas se revelan también en la presentación del agente alterno, penalista, que planteaba la posibilidad de que los perpetradores alegaran la aplicación de derechos adquiridos.

Posteriormente, durante el procedimiento escrito y la audiencia del caso *La Cantuta vs. Perú*, esta discusión volvió a presentarse en medio de un acalorado debate en el que curiosamente el Estado peruano y la representación de las víctimas apoyábamos la posición de no solicitar la derogación de las leyes de amnistía, enfrentando así la posición de la delegación de la CIDH.

El debate sobre esta temática de relevancia mundial para el Sistema Interamericano ilustra el impacto central de las víctimas en el *ius constitutionale commune*. En ese sentido, en las dos décadas que siguieron es posible develar en diferentes momentos la marca fundamental del diálogo de la Corte con las víctimas y organizaciones del movimiento de derechos humanos que las representaron, frente a las muy diversas leyes de amnistía e impunidad en la región.

Estos diálogos son incrementalmente más visibles en los procesos gracias a la presentación no solo de peritajes y testimonios, sino también de numerosos escritos en calidad de *amicus curiae*

Caso Barrios Altos vs. Perú, cit., párr. 41; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, párr. 154; *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 162, párr. 153.

⁶⁴ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C, núm. 83.

que nutren los procesos. Por ejemplo, en la última interacción del debate sobre indultos en el marco de los casos *Barrios Altos* y *La Cantuta* se presentaron 16 pareceres en calidad de amigos de la Corte por parte de organizaciones no gubernamentales y de centros académicos de carácter nacional e internacional.⁶⁵

Los resultados de ese diálogo fueron positivos, aunque no necesariamente lineales. Si bien la interacción no resultó en que la Corte o la Comisión Interamericana asumieran las propuestas de las víctimas, periódicamente les ofreció un cable a tierra, un horizonte y una perspectiva enriquecedora para generar un mayor y mejor impacto del *ius constitutionale commune* en la búsqueda de justicia. Otro ejemplo de ello fue el empedrado y finalmente exitoso camino del reconocimiento del derecho a la verdad por el Tribunal Interamericano.

Por último, este análisis permite evidenciar el interés fundamental de las víctimas y el movimiento de derechos humanos en la capacidad del Sistema Interamericano para actuar de manera que pueda contribuir a las transformaciones necesarias en América Latina.

4. EL SISTEMA INTERAMERICANO FORTALECE LA CAPACIDAD DE ACTUAR DE LAS PERSONAS DEFENSORAS DE DERECHOS HUMANOS

Una de las contribuciones fundamentales del Sistema Interamericano a la consecución de justicia ha sido el fortalecer la capacidad de actuar de actores clave en la administración de justicia a nivel nacional e internacional. Entre los aportes más relevantes destacamos: el desarrollo de medidas interinas de protección (cautelares y provisionales); el establecimiento de órdenes de desarrollo o evaluación de políticas públicas para fortalecer la capacidad de actuar de las personas defensoras de derechos humanos; el establecimiento de una relatoría sobre personas defensoras; el desarrollo del derecho a la representación independiente

⁶⁵ Corte IDH. *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 30 de mayo de 2018, visto 15.

en el ámbito internacional; el reconocimiento de la obligación de garantizar la participación amplia de las víctimas en los procesos penales, y el desarrollo de los mecanismos de supervisión ante la CIDH y la Corte IDH. Detrás del desarrollo de cada una de estas aportaciones hay diálogos densos y profundos en los que las víctimas y el movimiento de derechos humanos tuvo un papel fundamental. Ahora bien, para los efectos de este capítulo, abordaremos algunos ejemplos de la relevancia de estos diálogos en la evolución de las medidas de protección para la garantía de justicia.

En este sentido, señalaremos dos facetas clave de las medidas de protección que las convierten en herramientas fundamentales para la búsqueda de justicia: la primera, ligada a defender a quienes defienden derechos habilitando la labor de abogados y personas defensoras de derechos humanos y, la segunda, mediante el desarrollo de mecanismos de apoyo o coadyuvancia a la investigación penal, como en el caso *Ayotzinapa*.

El primer desarrollo para la protección del derecho a defender derechos que destacamos es la adopción de medidas de protección a personas en riesgo que hacen posible el accionar de la justicia, como ocurre en algunos contextos con las víctimas, abogados, defensores, testigos, fiscales, jueces, etc. En este sentido, la CIDH y la Corte han otorgado numerosas medidas de protección —llamadas cautelares o provisionales, según el órgano que las otorga— a personas cuya labor es clave para la justicia.⁶⁶

La actuación de ambos órganos ha permitido generar una mayor visibilidad de la situación de algunas personas en riesgo

⁶⁶ Véase, por ejemplo, CIDH. MC 128/00, medida cautelar a favor del Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo”, Colombia, de 11 de mayo de 2000; MC 433/14, medida cautelar a favor de la jueza Claudia Escobar y otros, Guatemala, de 10 de noviembre de 2014; y MC-112/16, medida cautelar a favor de los miembros del COPINH, familiares de Berta Cáceres y Gustavo Castro en Honduras, de 23 de marzo de 2016 (este último como testigo clave del asesinato de la ambientalista Berta Cáceres). Igualmente véase Corte IDH. Solicitud de medidas provisionales presentada por la CIDH respecto de Colombia a favor de Danilo Rueda. Resolución del presidente en ejercicio de la Corte IDH de 2 de mayo de 2014; y Corte IDH. Asunto Chumimá respecto de Guatemala. Resolución de 29 de julio de 1991.

e impulsar medidas estatales de respuesta, primordialmente a través del otorgamiento de las llamadas medidas duras de protección (chalecos, teléfonos, etc.). Estas medidas en ocasiones disminuyen los factores de vulnerabilidad, pero no necesariamente desactivan los factores de riesgo.⁶⁷ Una de las acciones clave para avanzar en esa dirección consiste en limitar la capacidad de acción de quienes generan el riesgo a través de la investigación acuciosa de amenazas, hostigamientos o ataques a personas defensoras y sus familias.

Ahora bien, la CIDH —a diferencia de la Corte— exige como parte de las medidas de protección la investigación de los responsables en las medidas cautelares relacionadas con amenazas, agresiones y asesinatos. Ello porque su experiencia indica, y las víctimas insisten— en sostener, que la investigación de las amenazas o agresiones es la medida más efectiva para proteger a quien esté en peligro al desactivar el riesgo. Ello no implica que no sea necesario adoptar otras medidas temporales de limitación de las vulnerabilidades de las personas, como contar con un guardaespaldas, pero no son estas las medidas priorizadas. Por su parte, actualmente la Corte IDH —en contraste con la CIDH— limita la mayor parte de sus órdenes a garantizar medidas de protección física —que son consideradas insuficientes por la mayoría de las víctimas y por la CIDH— y no estima la investigación de los hechos como una medida adecuada para mejorar la protección de las personas en riesgo que acuden al Tribunal.⁶⁸

⁶⁷ Ello en la medida que no intervienen dirigiéndose a los actores de los que se origina la situación de riesgo, sino disminuyen las vulnerabilidades de quien es protegido. En esa lógica se encuentra el proveer de un chaleco antibalas a un defensor amenazado o blindar la puerta de su casa o lugar de trabajo.

⁶⁸ Esta jurisprudencia tiene su origen en una serie de decisiones de la Corte de hace más de una década, en las que esta rechaza las medidas en función de su carácter provisional, sosteniendo que la supervisión de la investigación haría que el Tribunal considerara cuestiones relacionadas con el fondo del asunto. Aquella decisión se reitera en las decisiones recientes de la Corte IDH. Por ejemplo, *Asunto Mery Naranjo y otros respecto de Colombia*. Medidas Provisionales. Resolución de 13 de marzo de 2019, y *Caso Mack Chang y otros vs. Guatemala*. Medidas Provisionales. Resolución de 5 de marzo de 2019.

Otra de las facetas de la garantía de justicia donde es claro el impacto de las víctimas y el movimiento de derechos humanos es en el desarrollo de mecanismos para tener en cuenta las realidades de grupos en peligro y en situaciones donde la interseccionalidad de la discriminación requiere medidas diferenciadas de prevención e investigación. Por ejemplo, el abordaje de medidas de protección de las defensoras de derechos humanos generalmente exige evaluar de manera apropiada los riesgos generados por amenazas de violencia sexual y contar con la capacidad de interpretar amenazas simbólicas, como el ingreso al hogar de la defensora donde roban solo su ropa interior. Otra consideración específica para la protección consiste en tener en cuenta que atacar a sus familias ha sido uno de los modos de intimidarlas, o que para su protección puede ser necesaria la adopción de esquemas de protección colectivos. Uno de los casos más estremecedores de amenazas en ese sentido fue el de una defensora —madre de una niña pequeña— a la que se le envió una muñeca pintada como si estuviera cubierta de sangre.⁶⁹

Ahora bien, algunas de las intervenciones más interesantes de la CIDH a pedido de las víctimas han intentado generar una capacidad de acción directa del mecanismo de supervisión internacional en procesos penales locales. El desarrollo más innovador y efectivo en este sentido fue el del Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI) de Ayotzinapa, que surgió de la negociación de las medidas cautelares que se otorgaron tras la desaparición forzada de 43 estudiantes en Iguala, Guerrero. El grupo se conformó en virtud de un acuerdo entre la CIDH, el Gobierno mexicano y la representación de los familiares (Centro Prodh y Tlachinollan) titulado: “Acuerdo de asistencia técnica internacional desde la perspectiva de los derechos humanos en la investigación de la desaparición forzada de 43 estudiantes de la Escuela Normal Rural Raúl Isidro Burgos de Ayotzinapa, en Guerrero, dentro de las medidas cautelares MC/409/14 y en el marco de las facultades de monitoreo que

⁶⁹ A su vez, sus dinámicas de vida y trabajo en espacios urbanos o rurales, en trabajo social de apoyo a la organización de sectores desfavorecidos, puede exigir respuestas diferenciadas a las de un abogado que litiga en el espacio urbano.

la CIDH ejerce para el monitoreo de la situación de derechos humanos de la región”.⁷⁰

Dicho convenio tripartito preveía el establecimiento de un grupo de expertos independientes de apoyo para el desarrollo de las medidas que contaban con cuatro ejes de trabajo:

1. elaborar planes de búsqueda en vida de las personas desaparecidas;
2. el análisis técnico de las líneas de investigación;
3. el análisis técnico de la atención a víctimas y sus familiares, y
4. la formulación de recomendaciones de políticas públicas frente a la desaparición forzada.

Durante su periodo de funcionamiento de casi un año y medio,⁷¹ el GIEI realizó aportes determinantes para develar parte de los hechos, esclarecer las tramas de poder vinculadas a los hechos y señalar líneas de investigación necesarias para determinar responsabilidades penales directas e indirectas. Lamentablemente, sus acciones fueron insuficientes para lograr la determinación del paradero del conjunto de las víctimas, el cual depende de la actuación diligente de diversos poderes a nivel local y federal.

El estudio del GIEI se nutrió del análisis de las investigaciones llevadas a cabo por la Procuraduría General de Justicia (PGJ) y la Procuraduría General de la República (PGR), así como de documentos, declaraciones y pruebas del expediente. Pero el GIEI fue mucho más allá, al realizar su propia investigación sobre los aspectos considerados clave en la misma y contando con peritajes de expertos en terreno.

Con el establecimiento del GIEI, la CIDH renovó y profundizó su compromiso con estrategias que permitieron tener un impacto en tiempo real en el desarrollo del accionar de la justicia, con el fin de evitar daños irremediables a los derechos de las per-

⁷⁰ Acuerdo para la Incorporación de la Asistencia Técnica Internacional, de 18 de noviembre de 2014, http://centroprodh.org.mx/GIEI/?page_id=19.

⁷¹ El GIEI fue creado en noviembre de 2014 y su mandato culminó el 30 de abril de 2016.

sonas en un proceso en el que las víctimas y las organizaciones que las acompañaron tuvieron un papel determinante.

A su vez, la experiencia del GIEI ha marcado las solicitudes posteriores de las víctimas y el movimiento de derechos humanos, que frente a situaciones de gran relevancia nacional e internacional han impulsado la creación de mecanismos similares. Entre aquellas, el Grupo Asesor Internacional de Personas Expertas (GAIPE), vinculado a la investigación de la muerte de la lideresa Berta Cáceres en Honduras;⁷² el Equipo de Seguimiento Especial (ESE) sobre el secuestro y muerte de los periodistas ecuatorianos en la frontera colombo-ecuatoriana,⁷³ y el Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI) para Nicaragua.⁷⁴

5. CONCLUSIÓN

Este trabajo visibiliza algunos de los aportes de las víctimas y el movimiento de derechos humanos a la construcción del *ius constitutionale commune*, centrada principalmente en su aporte

⁷² Frente a la muerte de Berta Cáceres, quien contaba con medidas cautelares de la CIDH, su familia, su grupo de asociación —el COPINH— y las organizaciones que la representaban en el Movimiento Amplio por la Justicia y CEJIL, solicitaron a la CIDH iniciar un proceso similar al GIEI. El gobierno hondureño negó esta posibilidad en consulta con el gobierno mexicano. El GAIPE fue entonces una iniciativa de sociedad civil de constitución de un equipo de expertos independientes. El resultado de su trabajo fue de gran impacto para la investigación penal de los hechos.

⁷³ El 12 de abril de 2018, la CIDH otorgó medidas cautelares para este asunto (MC-309-18) y solicitó a los Estados que informasen sobre las acciones adoptadas a fin de investigar los hechos. Con posterioridad a conocerse el asesinato de las víctimas, a los efectos de garantizar el cumplimiento efectivo de las medidas cautelares y en atención a una solicitud del Estado ecuatoriano, y tomando en cuenta el pedido de los familiares de las víctimas, la CIDH conformó un equipo de seguimiento con atención especial y diferenciada en el marco de su medida cautelar.

⁷⁴ El Gobierno de Nicaragua, el secretario general de la OEA y la CIDH, mediante un acuerdo suscrito el 30 de mayo de 2018, constituyeron el GIEI, con la finalidad de “coadyuvar y apoyar las acciones iniciadas por el Estado de Nicaragua” en la investigación y el esclarecimiento de los hechos violentos ocurridos entre el 18 de abril y el 30 de mayo de 2018 “para la obtención de justicia para todos y reparación del daño a las víctimas”.

al desarrollo de varias decisiones y medidas clave del Sistema Interamericano para avanzar la agenda de justicia. De la narrativa se desprende el importante papel del Sistema Interamericano en la causa de la justicia a nivel nacional e internacional en América Latina, así como la riqueza y el impacto del aporte del movimiento de derechos humanos a estas transformaciones.

Es importante hacer notar que el sistema regional no adoptó muchas de las medidas sugeridas por el movimiento de derechos humanos. Sin embargo, es claro que la centralidad que asumieron las víctimas en el proceso interamericano, y el papel del movimiento de derechos humanos como expresión de aquellas, permitió al Sistema una mirada más aguda y acertada de los obstáculos de la región para la consecución de justicia que la que se deriva de la lectura de un enfoque que privilegie el análisis meramente formal de las instituciones y las normas.

Al hacer esto posible, y al contar con equipos técnicos con la capacidad de traducir y crear derecho a la medida de las necesidades reales de América Latina, el movimiento de derechos humanos proveyó un puente y vías técnicas a la institucionalidad interamericana para que su trabajo atendiese las realidades de grupos en situación de vulnerabilidad y desventaja en los espacios nacionales. Ello contribuyó a romper la inercia de exclusión e impunidad que muchos de aquellos sufrieron en sus espacios de protección a nivel local.

En este sentido, las contribuciones del movimiento de derechos humanos y de las víctimas al Sistema Interamericano han sobresalido por su potencial transformador de las realidades y del propio sistema de protección. Sin duda, el diálogo con aquellas ha permitido algunos de los desarrollos de estándares e institucionales de mayor relevancia del Sistema Interamericano y han tenido impacto a nivel mundial, como el caso del cuestionamiento a las amnistías que dejan impunes graves violaciones de los derechos humanos y crímenes contra la humanidad, o el desarrollo del derecho a la verdad. A su vez, el visibilizar los aportes del movimiento de derechos humanos posibilitará un análisis que tome en cuenta no solo la capacidad movilizadora de la sociedad civil socialmente, sino también en el ámbito legal e institucional.

Con ello, el ensayo propone un enfoque dialógico en el estudio, que evidencie en mayor medida el sentido y la riqueza de los desarrollos claves del Sistema Interamericano en cuestiones vinculadas a la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- BOGDANDY, Armin von, “*Ius constitutionale commune* en América Latina: una mirada al constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, enero-junio 2015.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio, “Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: El Acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos”, *Memoria del Seminario - El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, t. I. 2001.
- TOJO, Liliana y KRSTICEVIC, Viviana (coords.), *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, Buenos Aires, CEJIL, 2007.
- YOUNGERS, Coletta y PEACOCK, Susan, *La Coordinadora Nacional de Derechos Humanos del Perú: Un estudio de caso de construcción de una coalición*, WOLA, 2002.

Impactos estructurales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una mirada a propósito de sus 40 años*

María Carmelina Londoño Lázaro**

1. INTRODUCCIÓN

La importancia e interés sostenido en el tiempo que ha demostrado tener la jurisprudencia de la Corte Interamericana

* El presente estudio fue realizado en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público (MPIL), en la ciudad de Heidelberg, durante una estancia de investigación en el verano de 2018, y corresponde a un resultado del proyecto sobre el *ius constitutionale commune* en América Latina (ICCAL), en particular, en materia de cumplimiento e impacto del SIDH, en el marco de la red ICCAL, en la que participa el grupo de investigación en Derecho Internacional de la Universidad de La Sabana. La autora agradece sinceramente al director del MPIL, profesor Armin von Bogdandy y a la profesora Mariela Morales Antoniazzi por el maravilloso espacio de diálogo propiciado durante la estancia de investigación. Agradecimientos muy especiales también a Sebastián Correa Cruz, estudiante de la Maestría en Derecho Internacional de la Universidad de La Sabana, por su acompañamiento y apoyo en este trabajo en calidad de investigador auxiliar.

** Directora de la Maestría en Derecho Internacional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, así como profesora asociada e investigadora del Grupo en Derecho Internacional y de la Escuela de Ciencias Económicas y Administrativas (EICEA) de la Universidad de La Sabana, Colombia. Abogada por la misma Universidad, Master of Laws (LL.M) por la Universidad de Queensland, Australia y doctora en Derecho (*summa cum laude*) por la Universidad Austral de Argentina.

de Derechos Humanos (Corte IDH) ya no solo en ámbitos especializados del derecho (internacional y constitucional tradicionalmente, ampliado a muchos otros hoy en día), sino también para investigadores de otras disciplinas como la ciencia política,¹ la sociología,² la antropología,³ la historia,⁴ entre otros, ha evidenciado un terreno de intersección académica de altísima relevancia teórica y práctica: los estudios de impacto de las decisiones interamericanas en materia de derechos humanos.⁵

El presente trabajo constituye una pieza que se suma a los muchos esfuerzos que coinciden con dicha orientación, aportando nuevas reflexiones que surgen del análisis jurídico pormenorizado de todas las sentencias de la Corte IDH en las que se han decretado “garantías de no repetición” (GnR), esto es, medidas ordenadas por el juez internacional encaminadas a obtener transformaciones que apuntan a la superación de alegadas fallas estructurales en los Estados de la región.

¹ Véase, por ejemplo, Urcuyo, Constantino, “Los derechos humanos como objeto de reflexión de la ciencia política”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 2, 1985, pp. 41-65.

² Véase, por ejemplo, Abalos, Marpia Gabriela, “La Sociología frente a los nuevos paradigmas en la construcción social y política. Mendoza, Argentina y América Latina en el despunte del siglo XXI, interrogantes y desafíos: el control de convencionalidad en la jurisprudencia interamericana y su recepción en el derecho argentino”, *Jornadas de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales*, Universidad Nacional de Cuyo, 2010.

³ Véase, por ejemplo, Iturralde, Diego, “Utilidades de la antropología jurídica en el campo de los derechos humanos: experiencias recientes”, *Revista Pueblos y Fronteras digital, Estudios, aportes y retos actuales de la antropología jurídica en México*, núm. 5. Asimismo, Larrea, Cristina, *Antropología Social, Desarrollo y Cooperación Internacional*, Editorial UOC, 2010.

⁴ Véase, por ejemplo, Dulitzky, Ariel, “50 años del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: una propuesta de reflexión sobre cambios estratégicos necesarios”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 46, 2009, pp. 33-42.

⁵ Véase, por ejemplo, Engstrom, Par (ed.), *The Inter-American Human Rights System: Impact Beyond Compliance: Studies of the Americas*, Palgrave Macmillan, 2019.

En estudios anteriores se había optado por categorizar todas aquellas medidas ordenadas por la Corte IDH bajo la denominación explícita o implícita de “garantías de no repetición” privilegiando el criterio de “contenido” expresado por el Tribunal.⁶ Así, se han planteado cuatro categorías de GnR —denominadas también medidas estructurales en función de su fin—:

- i) derogación de normas jurídicas;
- ii) creación y adopción de normas, mecanismos, políticas y prácticas institucionales;
- iii) modificación del sistema interno, y
- iv) programas educativos y de capacitación.

En este nuevo estudio se actualiza todo el panorama de las órdenes de la Corte IDH orientadas a generar cambios estructurales al interior de los Estados de la región mediante de sentencias de casos individuales, con el fin de ofrecer una mirada sistemática y de conjunto del trabajo del Tribunal al cumplirse su 40 aniversario. Asimismo, se introducen nuevas categorías de análisis que contribuyen, por un lado, a comprender los derroteros sobre reformas estructurales que requiere la región latinoamericana para favorecer los derechos humanos —sumándose a los elementos que apuntan hacia un *ius commune* regional— y, por otro, a aportar nuevos resultados útiles para las investigaciones de impacto sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) que actualmente se adelantan.

El presente estudio parte de la premisa —confirmada por la amplia bibliografía en la materia— de que el trabajo que ha adelantado la Corte IDH en la región en estos últimos 40 años merece especial atención, pues no solo se ha concentrado en proponer soluciones de justicia internacional para las víctimas de los 234 casos contenciosos que se reportan en toda la historia del Tribunal hasta marzo de 2018,⁷ sino que —como pretende

⁶ Londoño Lázaro, María Carmelina, *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana derecho internacional y cambios estructurales del Estado*, México, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 104 y ss.

⁷ Corte IDH. “Casos Contenciosos”, http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es, La última sentencia re-

evidenciar este nuevo escrito que continúa una línea de trabajo de ya varios años— la jurisprudencia interamericana deliberadamente ha buscado impactar en el ámbito regional, más allá de los casos individuales, especialmente en temas ligados a deficiencias estructurales que minan la vigencia y goce real de los derechos humanos de los habitantes del continente. Esta tarea de la Corte Interamericana ha derivado en el planteamiento de un *ius commune* latinoamericano.⁸

La pregunta central a la que responde este nuevo aporte investigativo engloba varias cuestiones que parten de la sistematización y análisis de todas las transformaciones estructurales que ha ordenado el Tribunal regional en su historia jurisprudencial, a través de medidas tipo GnR. En concreto, se busca identificar cuáles son las líneas temáticas que surgen del conjunto de medidas a la luz de coordenadas de análisis de contenido, temporales y espaciales —Estados—, como un insumo para determinar qué tipos de víctimas actuales y potenciales han ocupado la atención de la Corte, en qué contextos y con qué frecuencia.

gistrada para nuestro estudio es: Corte IDH. *Caso Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C, núm. 352.

⁸ Entre muchas otras referencias, puede verse la más reciente, con estudios actualizados en la materia en: Bogdandy, Armin von *et al.*, *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017. Véase específicamente, Bogdandy, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune* in Latin America: A Conceptual Clarification, Chapter 2”, en Bogdandy, Armin von *et al.*, *op. cit.*; Piovesan, Flávia, “*Ius Constitutionale Commune* in Latin America: Context, Challenges, and Perspectives. *Ius Constitutionale Commune* in Latin America: A Conceptual Clarification, Chapter 3”, en Bogdandy, Armin von *et al.*, *op. cit.*; Antoniazzi, Mariela y Saavedra, Pablo, “Inter-Americanization: Its Legal Bases and Political Impact, Chapter 13”, en Bogdandy, Armin von *et al.*, *op. cit.*; García, Sergio, “The American Human Rights Navigation: Toward a *Ius Commune*, Chapter 15”, en Bogdandy, Armin von *et al.*, *op. cit.*; Soley, Ximena, “The Transformative Dimension of Inter-American Jurisprudence, Chapter 17”, en Bogdandy, Armin von *et al.*, *op. cit.*, y Parra, Oscar, “The Impact of Inter-American Judgments by Institutional Empowerment, Chapter 18”, en Bogdandy, Armin von *et al.*, *op. cit.*

Este análisis sistemático de carácter cualitativo y cuantitativo, que se ilustrará con gráficas a lo largo del texto, apunta a demostrar la hipótesis principal de trabajo: a partir de los estudios sobre medidas estructurales ordenadas por la Corte IDH en su historia se pueden evidenciar líneas temáticas axiales que responden al propósito del Tribunal de configurar un *ius commune* para la región y su consolidación es, por sí mismo, un impacto del Sistema Interamericano.

Dados los objetivos generales y extensión del texto, no se elaborarán juicios particulares sobre la pertinencia y legitimidad de tales medidas⁹ ni se precisarán los estándares internacionales que corresponderían a cada gran línea temática; en ese sentido, no hay una intención de profundizar en el contenido y alcance preciso de tal *ius commune*. La visión que se propone, más bien, se orienta a demostrar que el mecanismo de peticiones individuales, con todo y sus limitaciones, permite a los órganos del Sistema Interamericano, en particular a su Corte, promover medidas generales para superar problemas estructurales que aquejan a los países de la región. De ese conjunto de medidas es posible extraer un sustrato de derecho común que virtualmente aplicaría para toda la región. En este punto, el presente texto coincide con quienes han abogado por ese *ius commune* de los

⁹ Este análisis ya ha sido realizado, limitado al tiempo o contexto en que fue producido. Si bien las GnR son medidas que aspiran a erigirse como soluciones a largo plazo, como herramientas valiosas que, entre otras cosas, sirven como elemento de presión a las fuerzas políticas locales en la búsqueda de soluciones jurídicas más profundas y duraderas ante los problemas sociales de gran trascendencia, la potencialidad de redescubrir en las GnR un derecho preventivo que contrarreste la tendencia al inmediatez requiere también de la prudencia y responsabilidad de un tribunal que se esmere en presentar decisiones sólidamente fundamentadas, no meramente mecánicas ni caprichosas, unido a la capacidad de reconocer la complejidad de las realidades sociales. De lo contrario, sus propias medidas serán resoluciones coyunturales o parcializadas que no solo no contribuirán a la prevención de nuevas víctimas similares a las reconocidas en la instancia internacional, sino que además acrecentarán las tensiones internas de los Estados. Véase Londoño Lázaro, María Carmelina, *op. cit.*, pp. 254-256. Véase también Londoño Lázaro, María Carmelina y Hurtado, Mónica, “Las garantías de no repetición en la práctica judicial interamericana y su potencial impacto en la creación del derecho nacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 149, mayo-agosto 2017, pp. 725-775.

derechos humanos en Latinoamérica y, en esa medida, propone un aporte para los proyectos de estudio de impacto del Sistema, aunque no se hace una evaluación crítica del fenómeno. Por ahora se trata de sistematizarlo, describirlo y analizarlo según diversas categorías.

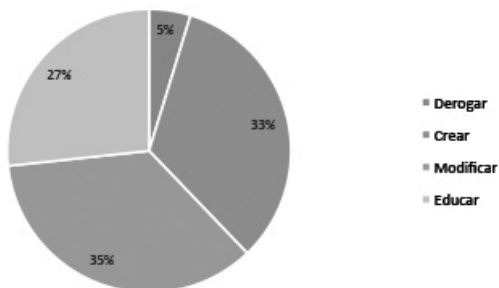
En virtud de los fines descritos, el texto se desarrolla en dos partes. La primera ofrece una sistematización actualizada de las GnR según su tipología, a partir de la cual se precisan las líneas temáticas en derechos humanos que ha direccionado la Corte Interamericana con sus resoluciones de alcance general. La segunda, plantea un análisis de estas medidas con base en una caracterización de las víctimas y los contextos históricos a los que están ligadas algunas de esas GnR, lo cual constituye en sí mismo el marco de las reflexiones finales sobre la vigencia de las medidas estructurales en Latinoamérica.

2. SISTEMATIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN SEGÚN SU TIPOLOGÍA

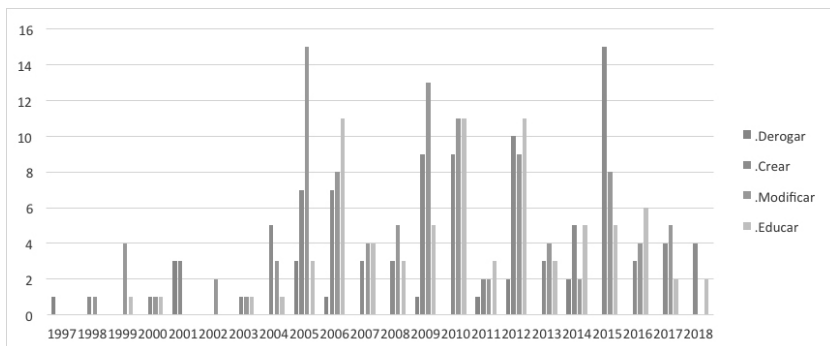
Como fuera justificado y expuesto en estudios previos, las GnR resueltas por la Corte Interamericana se pueden clasificar en función del contenido literal ordenado,¹⁰ una perspectiva de análisis de alta relevancia para los juristas. En esta sección, se expondrán ampliamente las tres categorías principales (cada una de ellas con un cuadro resumen al inicio) y, más brevemente, la cuarta categoría referente a las medidas orientadas a la adopción de programas educativos y de capacitación. Las siguientes gráficas ofrecen una visión de conjunto sobre esta práctica jurisprudencial interamericana que tiene su inicio en 1998, a 20 años de la instalación del Tribunal, y se mantiene vigente hasta nuestros días. Significativamente, en 134 de 234 casos resueltos, es decir, en más de la mitad de las causas juzgadas, la Corte IDH ha decidido ordenar medidas transformadoras generales, alcanzando un número total de 256 resoluciones tipo GnR, algunas de ellas con múltiples propósitos, lo cual explica las cifras presentadas.

¹⁰ Véase Londoño Lázaro, María Carmelina, *op. cit.*, pp. 104 y ss.

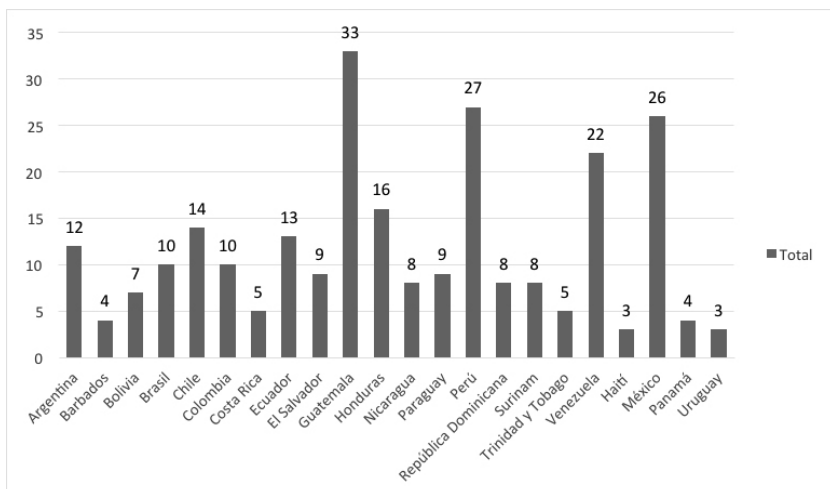
GRÁFICA 1: Distribución de las GnR según tipología



GRÁFICA 2: Análisis cronológico de las GnR



GRÁFICA 3: Distribución de las GnR por Estados



2.1. Derogación de normas jurídicas

CUADRO 1. *Derogación de normas jurídicas por materias*

a) Supresión de la censura previa y otras formas de limitar el derecho a la libertad de expresión	
b) La invalidez de las leyes de amnistía	
c) Eliminación de obstáculos legales para garantizar un adecuado acceso a la justicia:	Participación política de grupos indígenas
	Límites a la jurisdicción penal militar
d) Remoción de leyes y condiciones incompatibles con el derecho a la integridad personal	
e) Eliminación de barreras para la práctica de la <i>fecundación in vitro</i>	
f) Invalidez de las normas discriminatorias en materia migratoria y reconocimiento del derecho a la nacionalidad	

Esta categoría corresponde a las resoluciones en las que la Corte Interamericana ordena directamente la derogación o extinción de los efectos jurídicos de una norma de origen constitucional, legal, administrativo o judicial, con el alegado fin de implementar estándares internacionales de derechos humanos a nivel local. Dado el objeto de discusión en los distintos casos, las medidas tipo GnR que han ordenado directa y literalmente a los Estados derogación de normas jurídicas se pueden clasificar en seis materias:

- a) La supresión de la censura previa y otras formas de limitar el derecho a la libertad de expresión.¹¹
- b) La invalidez de las leyes de amnistía, por constituirse en obstáculos para la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves a los derechos humanos.¹²

¹¹ Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73, y *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 135.

¹² Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C, núm. 87; *Caso Almonacid Arellano y otros*

- c) La eliminación de obstáculos legales para garantizar un adecuado acceso a la justicia; en un caso, con el fin de salvaguardar el derecho a la participación política de grupos indígenas,¹³ en otro, con el fin de refrendar el estándar internacional según el cual la jurisdicción militar solo tiene competencia para el juzgamiento de militares en ejercicio y por delitos de función.¹⁴
- d) Remoción de leyes y condiciones incompatibles con el derecho a la integridad personal.¹⁵
- e) Eliminación de barreras para la práctica de la fecundación *in vitro*.¹⁶
- f) Invalidez de las normas discriminatorias en materia migratoria y reconocimiento del derecho a la nacionalidad.¹⁷

En total se identificaron 14 medidas en esta categoría, lo que corresponde al 5% de las GnR. Si bien no son tan recurrentes las GnR que ordenan directamente una derogación normativa, su importancia y potencial impacto reside en el tipo de resolución emitida por el Tribunal, según la cual el Estado solo tiene una única posibilidad para cumplir con la sentencia internacional, esto es, eliminando del sistema jurídico nacional la norma que ha sido declarada como inconvencional por la Corte IDH.

vs. *Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154; *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C, núm. 252.

¹³ Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, núm. 127.

¹⁴ Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 207.

¹⁵ Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C, núm. 123.

¹⁶ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 257.

¹⁷ Corte IDH. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C, núm. 282.

2.2. Creación y adopción de normas, mecanismos, políticas y prácticas institucionales

CUADRO 2. *Creación y adopción de normas, mecanismos, políticas y prácticas institucionales*

a) Creación de leyes	Leyes para tipificar delitos que atentan gravemente contra los derechos humanos	
	Leyes para la regulación o gestión de funciones públicas	
b) Adopción de mecanismos que facilitan el respeto y garantía de los derechos humanos por parte de agentes públicos en favor de:	<ul style="list-style-type: none"> i) personas privadas de la libertad o procesados penalmente ii) personas condenadas a muerte iii) tratamiento e investigación del delito de desaparición forzada iv) grupos indígenas y tribales v) tratamiento e investigación de delitos contra mujeres vi) tratamiento de niños y delitos en su contra vii) sociedad civil como un todo y miembros que trabajan en su favor 	
c) Creación o adopción de políticas públicas, protocolos y/o prácticas institucionales	Materia penal y penitenciaria	<ul style="list-style-type: none"> i) justicia penal juvenil ii) acondicionamiento de las cárceles y tratamiento de reclusos iii) adopción de protocolos de investigación iv) servicios de atención a víctimas v) programas de fortalecimiento de una cultura de derechos humanos para combatir criminalidad
	Políticas públicas sobre nuevas temáticas	<ul style="list-style-type: none"> i) creación de programas de infertilidad, en particular, fecundación <i>in vitro</i> ii) divulgación de los derechos de las mujeres en cuanto a salud sexual y reproductiva, específicamente, consentimiento previo, libre, pleno e informado iii) divulgación de los derechos de las personas mayores, especialmente, en materia de salud iv) promover la tarea de los defensores de derechos humanos v) integración multicultural

En esta categoría, el texto de las GnR está orientado directamente a exigir la creación o adopción de normas jurídicas, mecanismos, políticas públicas y/o prácticas institucionales en el nivel nacional, condiciones que presuntamente serían necesarias para salvaguardar los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), no solo a favor de las víctimas del caso concreto, sino generalmente en beneficio de un grupo social más extenso. Por la materia y finalidad que persiguen, estas GnR se pueden clasificar en tres grandes categorías: creación de leyes; adopción de mecanismos que facilitan el respeto y garantía de los derechos humanos, y creación o adopción de políticas públicas, protocolos y/o prácticas institucionales.

2.2.1. Creación de leyes

Si bien es cierto que muchas de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana requerirían para su implementación, según las directrices y prácticas en el sistema jurídico interno, leyes formales, en esta categoría solo se reseñan aquellas medidas en las que directamente la Corte IDH ordena la adopción de una medida legislativa específica. En aquellos casos en los que el lenguaje de la resolución puede ser más abierto o ambiguo, por ejemplo, cuando se establece “que el Estado adopte las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para [...]”, sin identificar una medida legislativa específica, estas órdenes se clasifican dentro de las siguientes categorías, según se adecue más fielmente al lenguaje de la orden: “creación o adopción de mecanismos” o “creación o adopción de políticas, protocolos o prácticas institucionales”.

Hecha esta aclaración, las GnR que corresponden a esta categoría se pueden dividir en dos. En un primer grupo, órdenes de adopción de leyes especialmente destinadas a tipificar delitos que atentan gravemente contra los derechos humanos: tipificación del delito de desaparición forzada de personas¹⁸ y tipificación del

¹⁸ Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C, núm. 92, y *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 219.

delito de venta de niñas y niños.¹⁹ En un segundo grupo se encuentran leyes que implican la regulación o gestión de funciones públicas: un código de ética judicial,²⁰ una ley de regulación del sistema carcelario,²¹ una ley para adquirir nacionalidad,²² leyes que establezcan recurso judiciales para controlar decisiones de organismos del Estado,²³ y ley para la creación de una Comisión de búsqueda de personas desaparecidas.²⁴

*2.2.2. Adopción de mecanismos que facilitan
el respeto y garantía de los derechos humanos
por parte de agentes públicos*

Estos mecanismos, sistemas o estrategias están planteados para corregir las funciones y prácticas de agentes estatales encargados de actividades que frecuentemente comprometen los derechos humanos, frente a grupos especiales, como se describe a continuación:

- i) en el caso de personas privadas de la libertad o procesados penalmente: registro público de detenidos;²⁵ proce-

¹⁹ Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C, núm. 242.

²⁰ Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, núm. 182, y *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C, núm. 197.

²¹ Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C, núm. 241. (medida homologada por la Corte IDH, sobre la base del acuerdo entre las partes).

²² Corte IDH. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, cit.

²³ Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*, op. cit., y *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Serie C, núm. 311.

²⁴ Corte IDH. *Caso García y familiares vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C, núm. 258.

²⁵ Corte IDH. *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C, núm. 76; *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar,

- dimientos y programas para el control e investigación de quejas sobre torturas, malos tratos o abusos a derechos humanos en cárceles y centros de detención;²⁶ mecanismos internos para eliminar de oficio los antecedentes penales de las personas absueltas o sobreseídas definitivamente; mecanismos para revisar y anular condenas emitidas por Consejos de Guerra en tiempo de dictadura;²⁷ regulación de la medida de reserva de identidad de testigos en procesos penales;²⁸
- ii) en caso de personas condenadas a muerte: mecanismos o procedimientos para solicitar indulto o conmutación de pena,²⁹ evaluación psiquiátrica obligatoria a las personas acusadas de delitos cuya sanción pudiera consistir en la pena capital;³⁰
 - iii) para el tratamiento e investigación del delito de desaparición forzada: sistemas de información genética para iden-

Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C, núm. 99, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 220.

- ²⁶ Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 114; *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 132; *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C, núm. 150; *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 218, y *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*, *cit.*
- ²⁷ Corte IDH. *Caso Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 300.
- ²⁸ Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C, núm. 279.
- ²⁹ Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C, núm. 126, y *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 133.
- ³⁰ Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Serie C, núm. 204.

tificación de desaparecidos;³¹ procedimientos para obtener la declaración de ausencia y presunción de muerte por desaparición forzada;³² programas de acción, planificación e implementación del organismo para adelantar estas investigaciones;³³

- iv) para el caso de grupos indígenas y tribales: mecanismos para delimitación, demarcación, titulación y reclamación de tierras;³⁴ mecanismos para la regulación del sistema de registro de propiedad;³⁵ programas de registro y documentación de individuos;³⁶ consulta previa a comunidades indígenas;³⁷ procesos completos y efectivos que

³¹ Corte IDH. *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C, núm. 108; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C, núm. 120; *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C, núm. 202, y *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205.

³² Corte IDH. *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*, *op. cit.*

³³ Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C, núm. 191.

³⁴ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79; *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C, núm. 124; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125; *Caso Comunidad Indígena Sawhoymaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 214; *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 309, y *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C, núm. 304.

³⁵ Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*, *cit.*

³⁶ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, *cit.*

³⁷ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245; *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, *cit.*, y *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*, *cit.*

- garanticen, durante la implementación de proyectos de inversión o desarrollo, la participación de las comunidades, la realización de estudios de impacto ambiental y social, y repartición de beneficios;³⁸ mecanismos para el reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades y la garantía de acceso efectivo a la justicia;³⁹
- v) para el tratamiento e investigación de delitos contra mujeres: creación y actualización de un sitio web de mujeres desaparecidas;⁴⁰ implementación de una estrategia o mecanismo para lograr la búsqueda eficaz e inmediata de mujeres desaparecidas;⁴¹
- vi) para el tratamiento de niños y delitos en su contra: procedimiento para adquirir nacionalidad por declaración tardía de nacimiento;⁴² creación de una base de datos unificada entre todas las instituciones involucradas en la investigación, identificación y sanción de los responsables por las muertes violentas de niños y jóvenes en situación de riesgo;⁴³ sitio web de búsqueda de niños sustraídos y retenidos ilegalmente;⁴⁴ creación e implementación de una figura especializada que brinde asistencia jurídica gratuita a las niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos, especialmente de violencia sexual,⁴⁵ y

³⁸ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172, y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, *cit.*

³⁹ Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, *cit.*

⁴⁰ Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, *op. cit.*

⁴¹ Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 307.

⁴² Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 130.

⁴³ Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 152.

⁴⁴ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 211.

⁴⁵ Corte IDH. *Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 350.

vii) para la sociedad civil como un todo y miembros que trabajan en su favor: mecanismos de acceso a la información de interés público;⁴⁶ sistemas de seguridad y protección para jueces y operadores judiciales,⁴⁷ defensores de derechos humanos,⁴⁸ periodistas.⁴⁹

2.2.3. Creación o adopción de políticas públicas, protocolos y/o prácticas institucionales

Se puede observar que el mayor número de GnR en este nivel se concentra en las políticas criminales del Estado. Si bien la Corte Interamericana ha expresado que los Estados tienen amplia libertad en la elección de sus sistemas penales, esto no ha sido óbice para que la Corte IDH estableciera criterios vinculantes para la planeación y ejecución de la política criminal nacional. El análisis de estos últimos permite advertir la dificultad de separar las órdenes dirigidas a derogar, adoptar y modificar legislación penal y prácticas de autoridades públicas de otras resoluciones más enfocadas en la adopción de lineamientos para el diseño de políticas generales, puesto que existe una estrecha sinergia entre unas y otras, de tal modo que la eficacia de todas ellas dependerá en buena parte de la acción coordinada de los distintos actores involucrados. Así las cosas, se han categorizado estas medidas

⁴⁶ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 151; *Caso Gelman vs. Uruguay*, *op. cit.*, y *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C, núm. 232.

⁴⁷ Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C, núm. 163

⁴⁸ Corte IDH. *Caso Luna López vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C, núm. 269, y *Caso Acosta y otros vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de marzo de 2017. Serie C, núm. 334.

⁴⁹ Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, núm. 194; *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, núm. 195, y *Caso Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia*, *cit.*

en dos grandes grupos: en el primero se analizan todas aquellas referidas a la materia penal y penitenciaria, y en el segundo se organizan temáticamente las medidas que corresponden a otros ámbitos públicos.

En primer lugar, en materia penal y penitenciaria, se pueden señalar los siguientes frentes prioritarios:

- i) justicia penal juvenil;⁵⁰
- ii) acondicionamiento de las cárceles y tratamiento de reclusos;⁵¹
- iii) adopción de protocolos de investigación frente a delitos: desapariciones forzadas,⁵² ejecuciones extrajudiciales,⁵³

⁵⁰ Sobre estas medidas, la Corte IDH ha ordenado el diseño e implementación de políticas públicas con metas claras y calendarizadas para el ajuste a los estándares internacionales y la asignación de recursos presupuestales para la prevención de la delincuencia juvenil a través de programas y servicios eficaces que favorezcan el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. Véase Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C, núm. 260.

⁵¹ Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 112; *Caso Tibi vs. Ecuador*, cit.; *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C, núm. 119; *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*, cit.; *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C, núm. 141; *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 160; *Caso Yvon Neptune vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C, núm. 180; y *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*, cit.

⁵² Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C, núm. 43; *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*, cit.; *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, cit.; *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, cit.; *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 299, y *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 328.

⁵³ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*, cit.; *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre

- torturas,⁵⁴ violencia contra la mujer,⁵⁵ violencia sexual de menores;⁵⁶ violencia policial contra civiles;⁵⁷
- iv) servicios de atención a víctimas: mujeres y menores víctimas de violencia sexual,⁵⁸ y
- v) programas de fortalecimiento de una cultura de derechos humanos para combatir criminalidad: violencia de género; violencia contra niños y jóvenes en situación de riesgo y/o en conflicto con la ley; crímenes contra defensores de derechos humanos; mecanismos de visita a instalaciones de servicio militar para prevenir violaciones internas a derechos humanos.⁵⁹

de 2004. Serie C, núm. 117, y *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, cit.

⁵⁴ Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*, cit.; *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 138; *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 153; *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, núm. 186; *Caso Espinoza González vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, núm. 289; *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C, núm. 303; *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 308, y *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C, núm. 333.

⁵⁵ Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, cit.; *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216; *Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C, núm. 277; *Caso Espinoza González vs. Perú*, cit., y *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, cit.

⁵⁶ Corte IDH. *Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, cit.

⁵⁷ Corte IDH. *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, cit.

⁵⁸ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, cit., y *Caso Espinoza González vs. Perú*, cit.

⁵⁹ Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*, cit.; *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril

El segundo grupo de medidas en esta categoría se refiere a políticas públicas relacionadas con nuevas temáticas:

- i) creación de programas de infertilidad, en particular la fecundación *in vitro*;⁶⁰
- ii) divulgación de los derechos de las mujeres relacionados con su salud sexual y reproductiva, específicamente respecto del consentimiento previo, libre, pleno e informado;⁶¹
- iii) divulgación de los derechos de las personas mayores, especialmente en materia de salud;⁶²
- iv) promover la tarea de los defensores de derechos humanos,⁶³ y
- v) implementación de políticas públicas para promover la integración multicultural.⁶⁴

En total, en esta categoría se identificaron 98 medidas cuyo contenido está encaminado expresamente a crear normas jurídicas, mecanismos, políticas y prácticas al interior del Estado. Esta cifra corresponde a 33% de las GnR ordenadas entre 1998 y 2018. Como puede observarse, estas GnR persiguen que el Estado contrarreste falencias normativas e institucionales adoptando medidas concretas para tal fin.

de 2009. Serie C, núm. 196; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, cit.; *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, cit.; *Caso Luna López vs. Honduras*, cit., y *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*, cit.

⁶⁰ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, cit.

⁶¹ Corte IDH. *Caso I.V. vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 329.

⁶² Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349.

⁶³ Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*, cit.; *Caso Luna López vs. Honduras*, cit.; *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C, núm. 283; *Caso Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 325, y *Caso Acosta y otros vs. Nicaragua*, cit.

⁶⁴ Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*, cit.

2.3. Modificación del sistema interno a partir de directrices internacionales

CUADRO 3. *Modificación del sistema interno a partir de directrices internacionales*

a) Enmiendas constitucionales		
b) Modificaciones normativas legales y reglamentarias	Normas del ámbito penal	i) leyes de lucha contra el terrorismo ii) limitaciones a la justicia penal militar iii) adecuación del ordenamiento jurídico a la luz del derecho internacional humanitario iv) adecuaciones relativas a la imposición de la pena de muerte v) justicia penal juvenil vi) modificación de tipos penales sobre graves violaciones a derechos humanos vii) adecuación de garantías judiciales viii) legislación sobre estados de emergencia internos y suspensión de garantías ix) adecuaciones al sistema penal para asegurar una correcta investigación, procesamiento y sanción de las violaciones a derechos humanos cometidas por agentes estatales
	Normas relativas a otros ámbitos de la función pública	i) normas relativas al sistema de administración de justicia: estabilidad e independencia judicial; recursos y garantías procesales ii) modificaciones de normas y prácticas en materia electoral iii) adecuación de normas incompatibles con la libertad de pensamiento y de expresión iv) revisión de normas jurídicas destinadas a la protección de la niñez

c) Modificación de políticas públicas, protocolos y prácticas institucionales	Ámbito penal y penitenciario	<ul style="list-style-type: none"> i) política criminal de prevención y control de la delincuencia ii) política criminal de menores en conflicto con la ley iii) mejoramiento de las condiciones carcelarias iv) adecuación de los marcos para el uso de la fuerza por cuerpos de seguridad del Estado v) adecuación de programas y protocolos para la investigación de delitos vi) adecuación de prácticas procesales vii) mejoramientos de prácticas en instrucción militar
	Políticas públicas y prácticas en otros ámbitos de la función pública	<ul style="list-style-type: none"> i) políticas y mecanismos relacionados con la libertad de pensamiento, expresión e información ii) programas y políticas públicas orientados a la difusión de los derechos humanos y generación de transformaciones culturales iii) sistema de selección de defensores públicos iv) mejoramiento de la infraestructura y condiciones de atención del sistema de salud, especialmente en favor de personas mayores

Esta categoría impone al Estado la obligación de modificar normas, políticas públicas o prácticas incompatibles con la Convención Americana, según la interpretación y estándares definidos por la Corte Interamericana. Como un modo de agruparlas, pueden analizarse tres tipos de materias:

2.3.1. Enmiendas constitucionales

Por el impacto jurídico que causan, aunque sean pocas, las resoluciones de la Corte IDH orientadas a generar cambios constitu-

cionales gozan de particular importancia.⁶⁵ Se trata, en concreto, de resoluciones que ordenan expresamente la enmienda constitucional de las llamadas “cláusulas de exclusión” o inimpugnabilidad de leyes existentes. En los dos casos contra Barbados, *Boyce* y *Dacosta Cadogan*, la resolución internacional tenía por objeto que el Estado derogara la pena de muerte obligatoria por el delito de homicidio, cuestión que no había sido posible lograr en el ámbito interno, justamente por la vigencia de la cláusula constitucional de inimpugnabilidad de la ley que establecía tal pena. En el caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, el Tribunal buscaba la eliminación de la ley de penas corporales, la cual seguía vigente en la isla por causa de la cláusula constitucional de exclusión.

Como puede observarse, se trata más bien de un tipo de derogación normativa tanto constitucional como legal, pero se han clasificado en este apartado en virtud del lenguaje expreso referenciado por el Tribunal. De aquí también puede observarse la complejidad que acarrearán estas medidas, debido a la suma de procesos y la interrelación de los diversos órganos internos para poderse llevar a cabo.

2.3.2. *Modificaciones normativas legales y reglamentarias*

Esta categoría se ha organizado en dos grupos. Un primer grupo se refiere a normas del ámbito penal:

- i) leyes de lucha contra el terrorismo;⁶⁶
- ii) limitaciones a la justicia penal militar;⁶⁷

⁶⁵ Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*, cit.; *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 169, y *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*, cit.

⁶⁶ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C, núm. 42; *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, núm. 52, y *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, cit.

⁶⁷ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, cit.; *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Senten-

- iii) adecuación del ordenamiento jurídico a la luz de normas de Derecho Internacional Humanitario (DIH);⁶⁸
- iv) adecuaciones relativas a la imposición de la pena de muerte: eliminación de categorías como la peligrosidad⁶⁹ o adecuación de normas relativas a la gradación de la pena en delitos que pueden conllevar la pena de muerte;⁷⁰
- v) normas en materia de justicia penal juvenil;⁷¹
- vi) modificación de tipos penales para ajustarlos a estándares internacionales: desaparición forzada de personas;⁷² tortura;⁷³ imprescriptibilidad del delito de esclavitud y formas análogas;⁷⁴
- vii) adecuación de garantías judiciales: recurso de *habeas corpus* para que sea eficaz en situaciones de desaparición forzada,⁷⁵ recursos de personas detenidas;⁷⁶

cia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209, y *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, *cit.*

⁶⁸ Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C, núm. 91.

⁶⁹ Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, *cit.*

⁷⁰ Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C, núm. 94, y *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, *cit.*

⁷¹ Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C, núm. 100.

⁷² Corte IDH. *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*, *cit.*; *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 136; *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*, *cit.*; *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, *cit.*; *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, *cit.*; *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, *cit.*; *Caso Radilla Pacheco vs. México*, *cit.*, y *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 274.

⁷³ Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, *cit.*; y *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, *cit.*

⁷⁴ Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C, núm. 318.

⁷⁵ Corte IDH. *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*, *cit.*

⁷⁶ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 170.

- viii) legislación sobre estados de emergencia internos y suspensión de garantías,⁷⁷ y
- ix) adecuaciones al sistema penal para asegurar una correcta investigación, procesamiento y sanción de las violaciones a derechos humanos cometidas por agentes estatales.⁷⁸

Un segundo grupo de modificaciones normativas incluye las siguientes materias:

- i) normas relativas al sistema de administración de justicia, en particular, estabilidad e independencia judicial;⁷⁹ recursos y garantías procesales (doble instancia;⁸⁰ recurso de amparo,⁸¹ recursos para controlar sanciones impuestas por órganos administrativos⁸²);
- ii) modificaciones de normas y prácticas en materia electoral;⁸³

⁷⁷ Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C, núm. 166.

⁷⁸ Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, *cit.*; *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, *cit.*; *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, *op. cit.*; *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, *cit.*, y *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, *cit.*

⁷⁹ Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*, *cit.*; *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, *cit.*, y *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C, núm. 227.

⁸⁰ Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, núm. 107; *Caso Yvon Neptune vs. Haití*, *cit.*; *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 206, y *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, *cit.*

⁸¹ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*, *cit.*

⁸² Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C, núm. 233, y *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*, *cit.*

⁸³ Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*, *op. cit.*, y *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184.

- iii) adecuación de normas incompatibles con la libertad de pensamiento y de expresión;⁸⁴
- iv) revisión de normas jurídicas destinadas a la protección de la niñez.⁸⁵

2.3.3. *Modificación de políticas públicas, protocolos y prácticas institucionales*

Esta categoría, como la anterior, tiene un alto porcentaje de medidas en el ámbito penal y penitenciario, por lo que se organizan en dos grupos asociados por materia. Un primer grupo de medidas relativas al ámbito penal y penitenciario:

- i) política criminal de prevención y control de la delincuencia;⁸⁶
- ii) política criminal de menores en conflicto con la ley;⁸⁷
- iii) mejoramiento de las condiciones carcelarias;⁸⁸
- iv) adecuación de los marcos para el uso de la fuerza por cuerpos de seguridad del Estado;⁸⁹

⁸⁴ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, *op. cit.*, y *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, núm. 177.

⁸⁵ Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C, núm. 77. Sobre reclutamiento de menores en las fuerzas militares: Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 155.

⁸⁶ Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, *cit.*

⁸⁷ Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*, *cit.*; *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*, *cit.*; *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*, *cit.*, y *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, *cit.*

⁸⁸ Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, *cit.*; *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, *cit.*; *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*, *cit.*; *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, *cit.*; *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, *cit.*; *Caso López Álvarez vs. Honduras*, *cit.*; *Caso Yvon Neptune vs. Haití*, *cit.*; *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*, *cit.*, y *Caso Díaz Peña vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C, núm. 244.

⁸⁹ Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C, núm. 95; *Caso Montero Aranguren*

- v) adecuación de programas y protocolos para la investigación de delitos: tortura,⁹⁰ violencia contra la mujer⁹¹ y desaparición forzada de personas;⁹²
- vi) adecuación de prácticas procesales relativas a la reserva de identidad de testigos,⁹³ y
- vii) mejoramiento de prácticas relativas a la instrucción militar para prevenir abusos.⁹⁴

El segundo grupo está compuesto por órdenes orientadas a la modificación de políticas públicas y prácticas en otros ámbitos de la función pública:

- i) políticas y mecanismos relacionados con la libertad de pensamiento, expresión e información: acceso a la información de interés público,⁹⁵ procesos de asignación de licencias para medios de comunicación;⁹⁶
- ii) programas y políticas públicas orientados a la difusión de los derechos humanos y generación de transformaciones culturales: superación de la violencia de género y la dis-

y otros (*Retén de Catia*) vs. *Venezuela*, cit.; *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C, núm. 251, y *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, cit.

⁹⁰ Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*, cit.

⁹¹ Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, cit.; *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, cit.; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, cit., y *Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala*, cit.

⁹² Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C, núm. 217, y *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C, núm. 240.

⁹³ Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, cit.

⁹⁴ Corte IDH. *Caso Ortiz Hernández y otros vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2017. Serie C, núm. 338.

⁹⁵ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, cit.

⁹⁶ Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C, núm. 293.

criminación contra la mujer,⁹⁷ personas en situación de discapacidad,⁹⁸ mejores prácticas y derechos de los pacientes en materia de salud,⁹⁹ migrantes;¹⁰⁰ integración multicultural y superación de la discriminación racial y étnica,¹⁰¹ derechos y deberes del personal del servicio militar;¹⁰²

- iii) sistema de selección de defensores públicos,¹⁰³ y
- iv) mejoramiento de la infraestructura y condiciones de atención del sistema de salud, especialmente en favor de personas mayores.¹⁰⁴

Este estudio encontró que la jurisprudencia interamericana ha ordenado 105 medidas de este tipo, lo que se corresponde a 35% del total.

2.4. Programas educativos como estrategia para la prevención de violaciones a derechos humanos

Como se ha advertido, apenas se ofrece una breve referencia a este tipo de órdenes, puesto que, si bien alcanzan un número representativo de las GnR dictaminadas entre 1998 y 2018 y su contenido alerta sobre la necesidad de construir una cultura de derechos humanos en Latinoamérica, estas medidas no generan por sí mismas un efecto de corrección de fallas estructurales de

⁹⁷ Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, cit., y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, cit.

⁹⁸ Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, núm. 246.

⁹⁹ Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 171.

¹⁰⁰ Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, cit.

¹⁰¹ Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*, cit.

¹⁰² Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*, cit.

¹⁰³ Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, cit.

¹⁰⁴ Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, cit.

manera directa, si bien es cierto que muchas de ellas están ligadas a programas de capacitación que, en definitiva, resultan ser indispensables en las transformaciones estructurales.

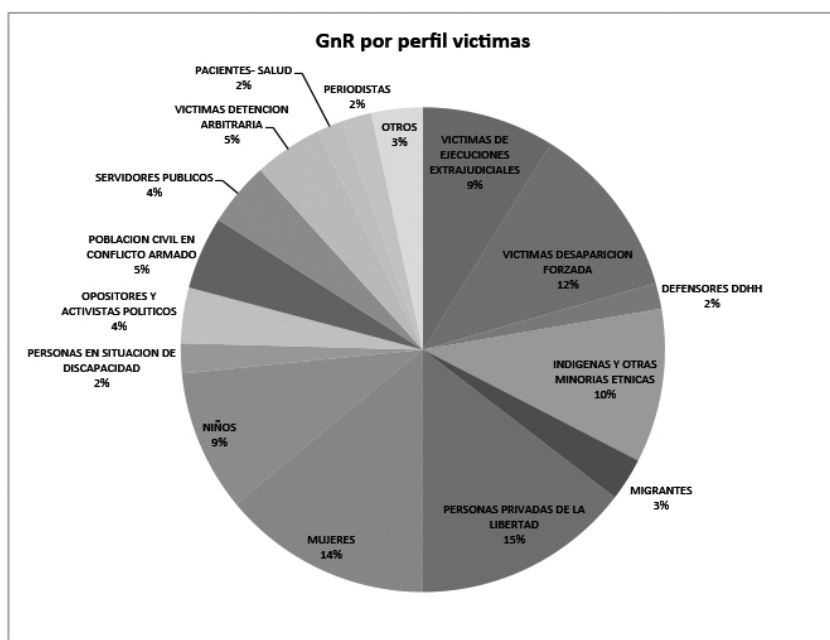
En este último caso, los mandatos de la Corte IDH están ligados directamente a una GnR de las ya referenciadas, entre las cuales sobresalen aquellas que advierten fallas estructurales en las prácticas de miembros de la fuerza pública, bien sea en centros de detención o cárceles, en el marco de estrategias de seguridad para el manejo de delincuencia, conflictos internos o —en general— situaciones que amenazan y alteran el orden público. Se encontró que alrededor de 30% de las GnR ordenaron la adopción de programas de educación en derechos humanos.

3. ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS ESTRUCTURALES EN FUNCIÓN DE LAS VÍCTIMAS

La propuesta de análisis sistemático de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana, con el propósito de generar impactos estructurales en la región, ofrece una perspectiva de estudio basada en la caracterización de las víctimas. En esta segunda parte, el estudio tiene como propósito alertar sobre las categorías a las que responden las GnR vistas desde los individuos y grupos humanos beneficiarios de tales medidas, por lo que metodológicamente se ha orientado a mostrar gráficas de resultados con análisis breves.

Los hallazgos de este estudio resultan muy interesantes para identificar temas prioritarios en materia de derechos humanos para la región, respecto de los cuales, en estudios posteriores, podrá probarse en cuáles y de qué modo la Corte IDH ha ido construyendo estándares regionales, a modo de derecho común en la materia. En todo caso, de los resultados actuales pueden observarse grupos de medidas definidos en función de las víctimas de los casos concretos en que fueron ordenadas las respectivas resoluciones, a modo de líneas temáticas centrales en derechos humanos para Latinoamérica, como puede observarse a continuación, con el detalle del número de medidas por cada categoría y el porcentaje al que corresponde.

GRÁFICA 4: Categorías de víctimas



Entender este panorama de las víctimas en la región, necesariamente remite a una consideración histórica. Es sabido que en Latinoamérica, los contextos históricos de conflictos armados y dictaduras de los años setenta y ochenta fueron escenarios de violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos, situaciones efectivamente evaluadas y condenadas por el Tribunal regional de manera reiterativa. Sabiendo que el objetivo central de este apartado es determinar aquellos temas prioritarios en la región, a la luz de las GnR ordenadas en función de las víctimas, habría que preguntarse entonces hasta qué punto la amplia diferencia temporal que existe entre el momento de la ocurrencia de los hechos violatorios de derechos humanos y el pronunciamiento de la Corte, permite hacer una lectura de la realidad actual de la región en términos de individuos y grupos poblacionales vulnerables o especialmente necesitados de protección.

Los datos históricos resultan muy significativos y conviene decantarlos para establecer la vigencia temporal que reportan las medidas estructurales que ha ordenado la Corte IDH. Así, resulta interesante advertir que sumadas todas las medidas adoptadas en casos ligados a un contexto histórico de conflicto armado o dictadura —ya superado al menos en el Estado condenado—, se obtiene una cifra de 68 GnR directamente relacionadas con esos escenarios, es decir, cerca de 27% del total de estas medidas, las cuales pueden seguir teniendo vigencia, pero limitada, hasta en tanto sigan existiendo efectos adversos y víctimas de esos tiempos.

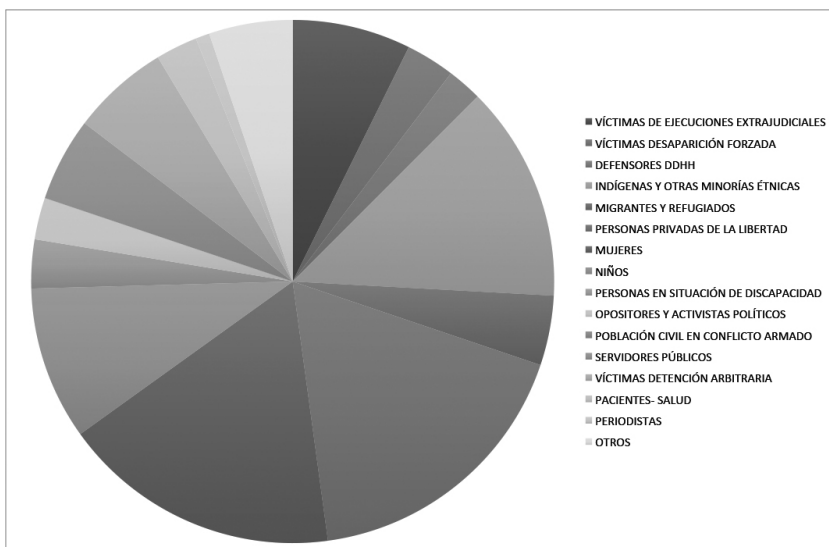
Un análisis comparativo entre las categorías de víctimas totales y las víctimas originadas en contextos distintos a conflictos armados y dictaduras permite establecer tres tipos de GnR más propiamente ligadas a esos contextos históricos: víctimas de ejecuciones extrajudiciales; víctimas de desapariciones forzadas, y población civil en medio de conflicto armado. Así, comparando la gráfica 4 con la gráfica 5 (*infra*) puede observarse que los únicos cambios significativos en número de medidas y su porcentaje se presentan en esas tres categorías de víctimas.

En concreto, al excluir las medidas estructurales ordenadas en los casos históricos de conflictos armados y dictaduras, la categoría de víctimas de ejecuciones extrajudiciales sufrió una reducción de casi 50%, pasando de 31 a 17 medidas; la categoría de víctimas de desaparición forzada disminuyó en más de un 80%, pasando de 41 a 7 medidas y, por supuesto, la categoría de población en medio de conflicto armado desaparece al eliminar los casos de conflicto. Ninguna otra categoría sufrió una alteración significativa.

La conclusión anterior corrobora la vigencia actual de casi todas las líneas temáticas definidas en términos de los grupos de población beneficiarios de las transformaciones estructurales, como se observa en la gráfica 5.

Es cierto que la importancia de las líneas no puede derivarse exclusivamente del número de medidas estructurales que haya ordenado la Corte IDH. En efecto, algunos de los problemas endémicos de nuestra región más sentidos por los ciudadanos hoy en día —como son los relacionados con la prestación del servicio de salud o personas en situación de discapacidad—, apenas em-

GRÁFICA 5: GnR por víctimas no relacionadas con conflictos armados o dictaduras



NOTA: Esta gráfica corresponde a la distribución por víctimas de las medidas estructurales eliminando aquellas resoluciones adoptadas en el marco de contextos históricos (conflicto armado y dictadura) no vigentes, lo cual corresponde a 73% de las medidas estructurales decretadas por el Tribunal.

piezan a aparecer en las categorías de análisis y, a nuestro juicio, esto constituye una esperanza. En todo caso, la gráfica alerta sobre necesidades de reforma estructural en materias sensibles en Latinoamérica, bien conocidas y además confrontadas con la jurisprudencia interamericana, referidas a crisis, amenazas y violaciones, especialmente asociadas a los siguientes grupos de la población: personas privadas de libertad; mujeres; pueblos indígenas, tribales y otras minorías étnicas; niñez y adolescencia, y migrantes y refugiados.

Finalmente, un seguimiento cronológico de estas medidas estructurales también permite observar las tendencias que se presentan en la jurisprudencia interamericana. En las siguientes dos gráficas se muestran las fechas en las que se han ordenado las GnR en su volumen total según las categorías de víctimas (gráfica

6), comparándolo con la expedición en el tiempo de las medidas estructurales excluyendo las que están ligadas a los contextos históricos de dictaduras y conflictos armados superados (gráfica 7).

Este último análisis, comparando el comportamiento en el tiempo de las GnR, permite observar cómo la mayor concentración y variedad de medidas estructurales se presenta a partir de 2005. Conviene también revisar el desarrollo particular de cada tema especialmente relevante, como un elemento de juicio que puede explicar momentos críticos en determinadas materias, alertas constantes o nuevos desarrollos.

Las tres categorías asociadas más claramente con los contextos de conflicto armado y dictadura, esto es, víctimas de ejecuciones extrajudiciales, víctimas de desapariciones forzadas y población civil en medio de conflicto armado, aparecen con una cierta regularidad a lo largo de estos últimos 20 años.

Las categorías sobresalientes, resaltadas con anterioridad como temas prioritarios, muestran distintos comportamientos, del siguiente modo:

En relación con las personas privadas de libertad, la línea de desarrollo de estas medidas ha sido reiterativa desde 1999 hasta 2016, con un único pico sobresaliente en 2005, que obedece a varios casos: personas privadas de libertad y condenadas a muerte en Guatemala (*Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes*),¹⁰⁵ así como un caso contra Trinidad y Tobago sobre imposición de penas inhumanas y degradantes (*Caesar*)¹⁰⁶. Un dato llamativo en esta línea es que la mitad de los países condenados por la Corte IDH, es decir, 11 de 22, han recibido órdenes de GnR relacionadas con el acondicionamiento de las cárceles y/o el tratamiento de reclusos, una alerta sobre la crisis en esta materia dentro de un amplio espectro latinoamericano, a juzgar exclusivamente por las GnR, que solo corroboran una realidad que se lee con frecuencia en las noticias nacionales de muchos de nuestros países.

La línea de mujeres muestra un primer caso en 2006 contra Perú (*Penal Castro Castro*),¹⁰⁷ pero es a partir de los casos mexi-

¹⁰⁵ Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, op. cit., y *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, cit.

¹⁰⁶ Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*, cit.

¹⁰⁷ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, cit.

canos juzgados por la Corte en los años 2009 y 2010 (*Campo Algodonero, Fernández Ortega y Rosendo Cantú*),¹⁰⁸ donde aparecen los picos más altos de medidas ordenadas. A partir de ese momento, es un tema reiterativo, verificado en varios Estados, que presenta nuevos picos con los casos guatemaltecos (*Veliz Franco y Velásquez Paiz*)¹⁰⁹ entre 2014 y 2015, y el caso brasileño (*Favela Nova Brasilia*)¹¹⁰ de 2017. Resulta interesante observar que todos estos casos con los que se acumulan varias GnR en la materia alertan sobre violaciones sistemáticas contra las mujeres, en particular violencia sexual, en los que los Estados resultan internacionalmente responsables tanto por la conducta de sus propios agentes (fuerza pública y de seguridad) como por fallas en la obligación de garantía de los derechos frente a la conducta de particulares (o deber de protección).

La línea de pueblos indígenas, tribales y otras minorías étnicas aparece tempranamente en los albores del siglo XIX, con un caso nicaragüense en 2001 (*Yatama*),¹¹¹ pero empieza a ser más recurrente a partir de 2005 y se sostiene hasta 2016. El pico más alto se alcanza en 2010, como fruto de las condenas del Tribunal al Estado paraguayo (*Xákmok Kásek*)¹¹² y mexicano (*Fernández Ortega y Rosendo Cantú*) por las violaciones contra mujeres indígenas.¹¹³ Estas medidas estructurales son de muy variada índole, se refieren tanto a derechos colectivos: propiedad sobre la tierra, derechos políticos, igualdad, identidad cultural, acceso a la justicia, consulta previa y reconocimiento a la personalidad jurídica, como a derechos individuales de miembros de comunidades: derecho a la vida digna, libertad personal, garantías judiciales, identidad y personalidad jurídica.

¹⁰⁸ Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, cit.; *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, op. cit., y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, cit.

¹⁰⁹ Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, cit., y *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, cit.

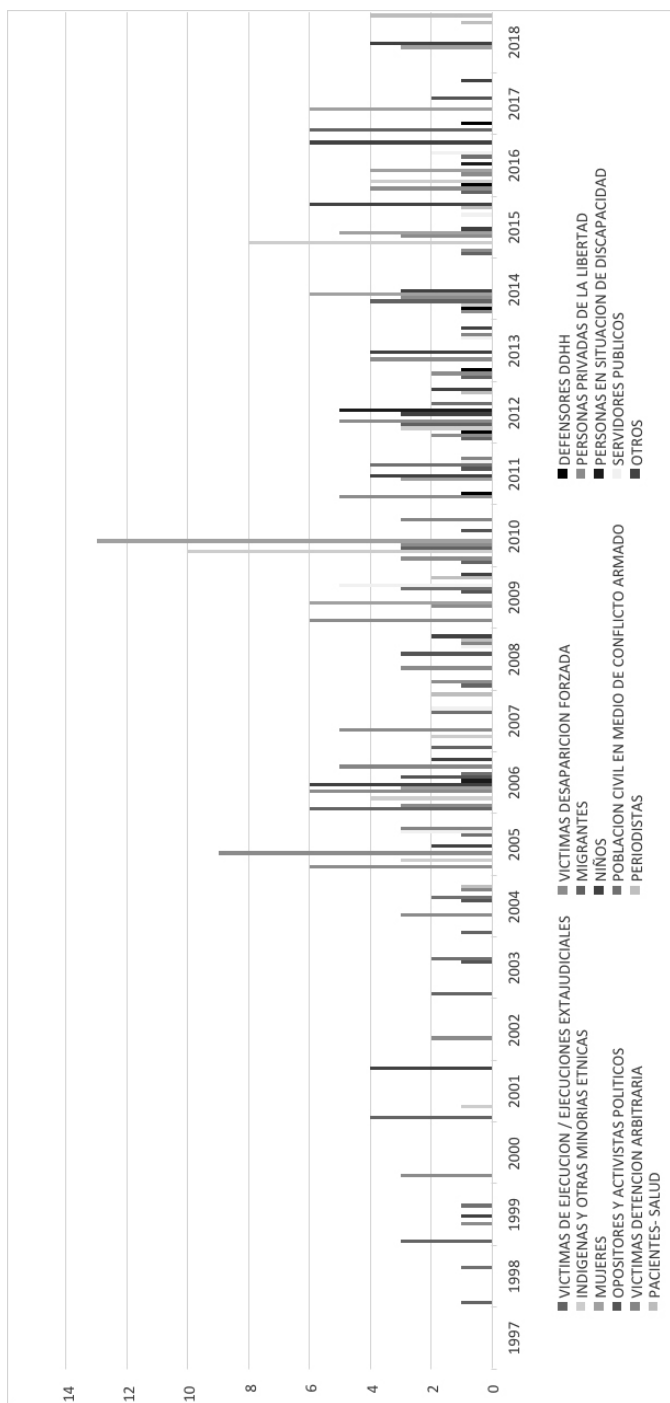
¹¹⁰ Corte IDH. *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, cit.

¹¹¹ Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*, cit.

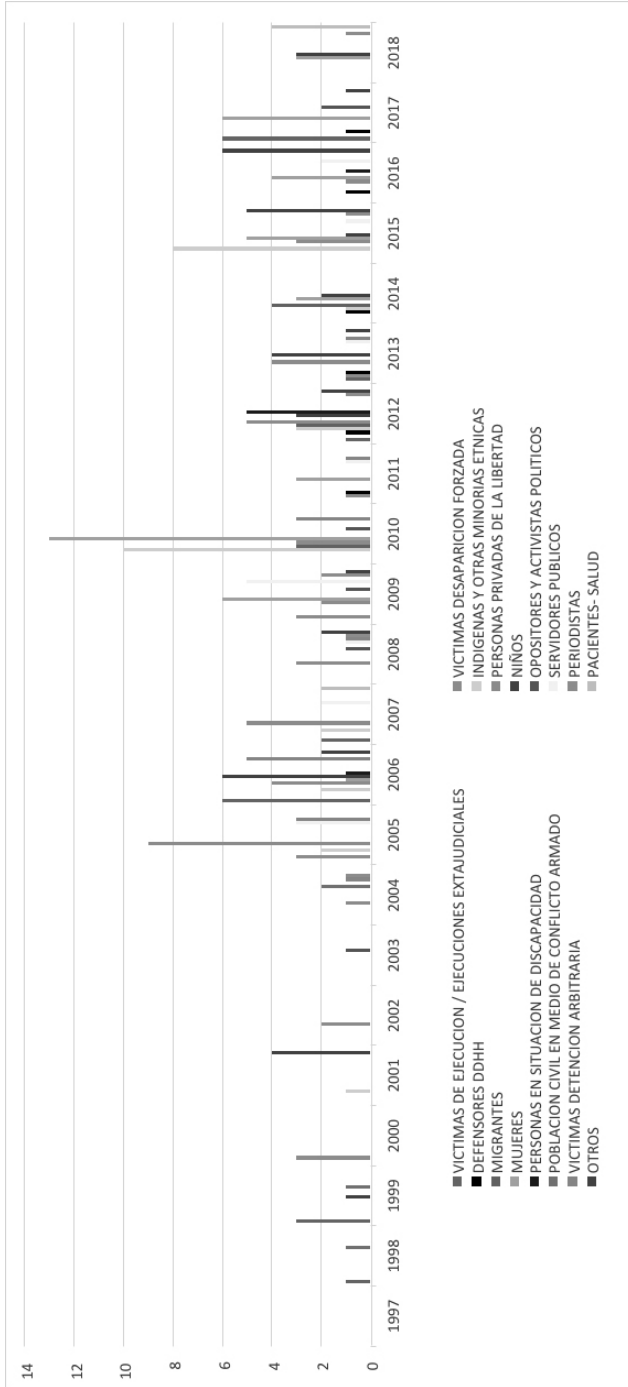
¹¹² Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, cit.

¹¹³ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, cit., y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, cit.

GRÁFICA 6: Categorías de víctimas por año



GRÁFICA 7: Categorías de víctimas por año, no ligadas a conflicto armado o dictadura



La línea que ordena medidas estructurales en favor de la niñez y adolescencia reporta un primer caso en 1999, justamente alertando sobre una de las temáticas más críticas en la materia, esto es, niños en situación de riesgo y especial vulnerabilidad, en aquel momento advirtiendo sobre una situación de amplia cobertura en Guatemala —y no ajena a otros países de la región— con “Niños de la Calle”.¹¹⁴ Sin embargo, la regularidad de sentencias en este ámbito inicia a partir de 2005, con problemáticas que se reportan hasta 2018. Puede observarse que las medidas estructurales tienen dos tipos de enfoques: unas relativas a la revisión y adecuación de normas y políticas en materia criminal juvenil, y otras tendentes a asegurar la prevención, investigación y sanción de delitos y abusos cometidos contra niñas, niños y adolescentes. Significativamente, ocho Estados han recibido este tipo de órdenes en los últimos 20 años.

La línea de migrantes y refugiados aparece más tardía hasta 2010 y solo se observan medidas cada dos años hasta 2014. En este sentido, podría catalogarse dentro de las nuevas líneas temáticas, introducidas en la segunda década de este siglo. Llama la atención el número de medidas ordenadas contra un mismo Estado: República Dominicana. A la vista de otras crisis conocidas en el continente con este grupo humano, no puede desconocerse la importancia de los estándares mínimos de protección en su favor, por lo que, aunque sean pocas, las sentencias que reflejan problemas estructurales de este orden juegan un papel orientador muy importante para enfrentar los actuales desafíos en este ámbito.

Finalmente, se quieren resaltar otros nuevos temas que, a pesar de aparecer más recientemente en la jurisprudencia, hacen evidentes problemas endémicos que se viven en el continente y que apenas empiezan a tocar las puertas del órgano judicial interamericano. En particular, teniendo en cuenta el amplio universo de víctimas actuales y potenciales, interesa resaltar las líneas de pacientes o usuarios de los sistemas de salud y personas en situación de discapacidad. Sumadas las medidas estructurales ordena-

¹¹⁴ Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, cit.*

das en este ámbito, resultan 14 resoluciones originadas en siete casos. El caso más antiguo data de 2006, sobre personas con discapacidad mental (*Ximénes López*),¹¹⁵ y el más reciente es un fallo histórico de 2018 contra el Estado de Chile (*Poblete Vilches*)¹¹⁶ en el que no solamente se visibilizan las injusticias cotidianas de los sistemas de salud públicos, sino que además se introduce una nueva línea de víctimas que merece verdadera atención y esperamos se nutra en la jurisprudencia interamericana: las personas mayores.

Estos análisis de la segunda parte del estudio son en sí mismos conclusiones que reflejan los impactos estructurales a los que ha querido apuntar la Corte Interamericana con su jurisprudencia. Así, las líneas temáticas sobresalientes que surgen de la investigación tendrían que servir de derroteros de acción para los gobiernos del continente en sus planes estratégicos y también estarían llamados a servir de guía para la acción coordinada nacional e internacional que ameritan los actuales desafíos para proteger a los más de 650 millones de habitantes en Latinoamérica.

BIBLIOGRAFÍA

- ABALOS, Marpia Gabriela, “La sociología frente a los nuevos paradigmas en la construcción social y política. Mendoza, Argentina y América Latina en el despunte del siglo XXI, interrogantes y desafíos: El control de convencionalidad en la jurisprudencia interamericana y su recepción en el derecho argentino”, en *Jornadas de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales*, Universidad Nacional de Cuyo, 2010.
- BOGDANDY, Armin von *et al.*, *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- DULITZKY, Ariel, “50 años del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: una propuesta de reflexión sobre cambios

¹¹⁵ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149.

¹¹⁶ Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *cit.*

estratégicos necesarios”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 46, 2009.

ENGSTROM, Par (ed.), *The Inter-American Human Rights System: Impact Beyond Compliance: Studies of the Americas*, Palgrave Macmillan, 2019.

ITURRALDE, Diego, “Utilidades de la antropología jurídica en el campo de los derechos humanos: experiencias recientes”, *Revista Pueblos y Fronteras digital, Estudios, aportes y retos actuales de la antropología jurídica en México*, núm 5, 2008.

LARREA, Cristina, *Antropología Social, Desarrollo y Cooperación Internacional*, Editorial UOC, 2010.

LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina, *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana derecho internacional y cambios estructurales del Estado*, México, Tirant lo Blanch, 2014.

LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina y HURTADO, Mónica, “Las garantías de no repetición en la práctica judicial interamericana y su potencial impacto en la creación del derecho nacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 149, mayo-agosto, 2017.

URCUYO, Constantino, “Los derechos humanos como objeto de reflexión de la ciencia política”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm 2, 1985.

40 años cambiando realidades.
Una mirada al impacto estructural
de las decisiones de la Corte
Interamericana de Derechos Humanos*

*Pablo Saavedra Alessandri***

I. INTRODUCCIÓN

El año pasado (2018) fue de especial relevancia para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Sistema Interamericano, SIDH), toda vez que se cumplieron 40 años de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana, CADH) y de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte, Corte Interamericana o Corte IDH). Hoy en día, la Corte IDH ejerce jurisdicción sobre 20 Estados, lo que representa más de 500 millones de habitantes. En estas cuatro décadas se ha transformado, por un lado, en la última ventana de esperanza para las víctimas de violaciones de de-

* Quiero dar las gracias al abogado Gabriel Ortiz por su ayuda en la elaboración de este artículo, sin la cual me habría sido imposible terminarlo. De igual manera, quiero agradecer los comentarios siempre acertados de la abogada Gabriela Pacheco, quien tiene a su cargo en la Secretaría de la Corte la Unidad de Supervisión de Cumplimiento de Sentencias. También me gustaría agradecer al abogado Edward Pérez, quién ayudó en la preparación de artículos académicos similares en oportunidades anteriores.

** Abogado por la Universidad Diego Portales, Chile y maestro en Derecho Internacional por la Universidad de Notre Dame, Estados Unidos. Secretario ejecutivo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

rechos humanos y, por el otro, en una institución que, al impartir justicia, ha ido cambiando realidades y marcando el rumbo para una más efectiva protección los derechos humanos en América.

Quien mira a la Corte Interamericana cuantitativamente observará que es la Corte internacional con menos recursos económicos del mundo y que, además, parte importante de su presupuesto es financiado por cooperación internacional o aportes voluntarios; que el número de demandas que recibe por año no supera por lo general las dos decenas, y lo mismo ocurre en relación con el número de sentencias que emite, y que sus jueces solo pueden reunirse colegiadamente alrededor de 14 semanas por año¹.

En contraste, quien mira la trascendencia e impacto del trabajo de la Corte podrá observar que esta, a pesar de las cifras indicadas, con el pasar del tiempo se ha transformado en una de las instituciones más efectivas e influyentes en la promoción y protección de los derechos humanos en América, así como en la consolidación del Estado de derecho. En este sentido, las decisiones de la Corte han ido construyendo un patrimonio jurídico propio y juegan hoy en día un rol fundamental en el rumbo y debate jurídico de nuestra América.

En sus 40 años de historia, la Corte ha desarrollado una rica jurisprudencia en una variada gama de temas, que se extienden desde desapariciones forzadas, detenciones ilegales y arbitrarias, ejecuciones extrajudiciales, tortura, pena de muerte, hasta, más recientemente, asuntos sobre violencia de género, justicia penal, debido proceso, libertad de expresión, migraciones, derechos de los pueblos indígenas, derecho a la nacionalidad, independencia del poder judicial, discriminación por orientación sexual, justiciabilidad de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, entre muchos otros. Las variadas temáticas sobre las cuales se ha referido la Corte en este caminar han permitido ir nutriendo el ordenamiento jurídico interamericano, otorgándole una interpretación al texto de la Convención Americana y de los demás tratados que forman parte del *corpus iuris* interamericano.

¹ Véase el informe anual de 2018 relativo a labores de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Quizás, una de las contribuciones más importantes al derecho internacional de los derechos humanos por parte de la Corte ha sido el desarrollo del concepto e idea de la reparación integral. Una vez que se establece la responsabilidad internacional del Estado, a este le surge la obligación de reparar. La jurisprudencia de la Corte ha llenado de contenido propio esta obligación de reparar. Una de las dimensiones que puede tener la obligación de reparar son las garantías de no repetición,² las cuales tienen un gran impacto en el andamiaje institucional de los Estados, toda vez que a través de estas se ha procedido a la adopción de políticas públicas, modificaciones de naturaleza legislativa, cambio de prácticas estatales, entre otras.

Es importante tener presente que en el sistema interamericano de protección de derechos humanos es la propia Corte IDH quien supervisa el cumplimiento de sus sentencias. Con la emisión de la sentencia, el caso no sale de la esfera jurisdiccional de la Corte IDH, sino que entra en una nueva fase denominada de supervisión de cumplimiento de sentencia. En esta nueva fase, la Corte IDH analiza detalladamente la implementación y cumplimiento íntegro de las diversas reparaciones ordenadas en la sentencia. La fase de supervisión se construye sobre la base de un procedimiento contradictorio en donde participa el Estado, la víctima o sus representantes y la Comisión Interamericana aportando diversa información que le es requerida por el Tribunal, a fin de que este pueda evaluar el grado de cumplimiento de cada reparación ordenada.

A la luz de ello, en el presente texto se hará, en primer lugar, una muy breve reseña de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos a la luz de la Convención Americana. Seguidamente, haré algunas alusiones a las diferentes dimensiones que puede abarcar la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte, con especial énfasis en las garantías de no repetición

² En la doctrina se ha discutido sobre si las garantías de no repetición son una forma de reparación o tienen una autonomía propia y diferente a la reparación propiamente dicha. En el presente trabajo no me haré cargo de esa discusión y las analizaré como las trata la Corte Interamericana, es decir, como una forma de reparación. Véase Londoño Lázaro, María Carmelina, *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana*, México, Tirant Lo Blanch, 2014.

y, por último, se hará un breve repaso sobre algunos de los casos exitosos en los que las decisiones de la Corte Interamericana han generado un impacto estructural sobre los Estados

II. EL DEBER DE RESPETO Y GARANTÍA
DE LOS DERECHOS HUMANOS
A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

Los tratados de derechos humanos persiguen el establecimiento de un orden público común, y sus destinatarios son los individuos. En este sentido, la Corte IDH ha indicado que “los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano”.³ De este modo, al ratificar un tratado, los Estados se “someten a un orden legal dentro del cual, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”.⁴

A la luz de lo establecido en las disposiciones generales de la Convención Americana, las obligaciones que derivan de esta no se cumplen únicamente con no violar los derechos y libertades proclamados en ella (deber de respeto), sino que comprenden también una obligación de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (deber de garantía). Ambas obligaciones se encuentran consagradas en el artículo 1.1 de la Convención Americana.⁵

³ Corte IDH. Otros Tratados. Objeto de la función Consultiva de la Corte (art. 64 CADH). OC-1/82, de 24 de septiembre de 1982. Serie A, núm. 1, párr. 24.

⁴ Corte IDH. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75). OC-2/82, de 24 de septiembre de 1982. Serie A, núm. 2, párr. 47.

⁵ El artículo 1.1 de la Convención dispone que “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

En lo que respecta al deber de garantía de los derechos humanos, la Corte Interamericana ha señalado que esta obligación implica el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.⁶

Ahora bien, esta obligación de garantía exige que el goce de los derechos no sea solo de manera retórica o formal, sino que debe ser efectivo. En este sentido, la Corte ha indicado que “la obligación de garantizar no se agota con la existencia de un orden normativo a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.⁷

La Convención Americana, además de la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos consagrada en su artículo 1.1, les impone a los Estados una obligación adicional y complementaria en su artículo 2,⁸ que es la de adoptar las medidas legislativas, o de cualquier otra índole, necesarias para ha-

⁶ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párr. 166.

⁷ *Ibidem*, párr. 167. Al respecto, véase también Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos”, en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014.

⁸ El art. 2 de la Convención prevé que “[s]i el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

cer efectivos los derechos humanos.⁹ El propósito de esta norma es el de superar obstáculos de diversa naturaleza para asegurar la aplicación de todo el catálogo de derechos consagrado en la Convención Americana y así garantizar su adecuada protección en cualquier circunstancia. La Corte ha señalado que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías.¹⁰ Así, la Corte, en el caso “*La Última Tentación de Cristo*”, indicó que:

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2º. de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.¹¹

Estas dos disposiciones generales de la Convención Americana, como son, por un lado, la obligación de respetar y garantizar

⁹ Al respecto, véase Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*, Santiago, Universidad de Chile, 2003 y Ferrer MacGregor, Eduardo, “Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno”, en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.), *op. cit.*

¹⁰ Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C, núm. 68, párr. 137.

¹¹ Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73, párr. 87.

los derechos y, por el otro, la obligación de adoptar medidas, han jugado un papel fundamental en el desarrollo de la reparación integral, toda vez que han permitido darle un impulso, dinámica y contenido propio según las circunstancias de cada caso y, en especial, cuando se trata de garantías de no repetición.

III. DIMENSIONES DE LA REPARACIÓN INTEGRAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

Previo al análisis casuístico del impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana debe mencionarse, aunque sea someramente, cómo esta ha abordado el tema de la reparación a las violaciones de los derechos humanos contenidos en la Convención Americana.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que, desde los inicios de la adjudicación ante tribunales internacionales, se ha considerado como principio general del derecho internacional que el incumplimiento de una obligación internacional trae consigo la correlativa obligación de reparar el daño de forma adecuada.¹² En efecto, en el caso de *Chorzow Factory*, la Corte Permanente de Justicia Internacional dispuso que la reparación debe, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que, seguramente, habría existido en el supuesto de que el acto no se hubiese cometido.¹³ Este principio fue reiterado, e incluso cristalizado, en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, al establecer que “[e]l Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito”.¹⁴ En el mismo orden de ideas, este principio de reparación ha sido reconocido tanto por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) como por

¹² Corte Permanente de Justicia Internacional. *Caso Factory at Chorzow*. Jurisdicción, 26 de julio de 1927, p. 21.

¹³ Corte Permanente de Justicia Internacional. *Caso Factory at Chorzow*. Fondo, 13 de septiembre de 1928, p. 47.

¹⁴ ONU, Asamblea General, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, A/Res/56/83, 28 de enero de 2002, art. 31.

tribunales de inversión extranjera y otras instancias jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales del derecho internacional.¹⁵

La Convención Americana no es la excepción y señala en su artículo 63.1 que “la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

En este sentido, el aludido artículo 63, sumado a las disposiciones generales de la Convención Americana, como son, por un lado, la obligación de respetar y garantizar los derechos (art. 1) y, por el otro, la obligación de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos los derechos (art. 2), han jugado un papel fundamental en el desarrollo y consolidación jurisprudencial de la reparación integral, toda vez que han permitido que el Tribunal dicte medidas que busquen atender las necesidades de las víctimas, tanto en una dimensión individual como en una colectiva y, además, atender el problema estructural que originó la violación, lo cual permite que en algunas oportunidades los efectos de la reparación tengan un carácter *erga omnes*, lo cual sucede cuando adquieren una dimensión de garantía de no repetición, tal como lo veremos más adelante.

Desde sus primeras sentencias, la Corte Interamericana ha sido pionera en promover y asegurar una reparación integral a las víctimas de violaciones de derechos humanos, lo cual se traduce en la adopción de medidas de naturaleza pecuniaria y no pecuniaria. Las reparaciones integrales ordenadas por la Corte IDH tienen diversa naturaleza, dependiendo del caso y la dimensión del daño al que apuntan reparar. De este modo, podríamos clasificar o agrupar las reparaciones en seis categorías: i) restitución; ii) rehabilitación; iii) satisfacción; iv) investigación de los hechos y sanción cuando corresponda; v) indemnización, y vi) garantías de no repetición. A su vez, dentro de cada categoría de reparación, estas pueden tener una gran amplitud de modalidades o formas de concretarse, según las violaciones declaradas y

¹⁵ Crawford, J., “State Responsibility. The General Part”, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 481.

sus consecuencias, sumado a las necesidades y características de cada caso en particular:

1. Restitución: implica el restablecimiento a la víctima a la situación que existía antes de que ocurriera la violación. La restitución, como forma de reparación, contempla medidas tales como el restablecimiento de la libertad de personas detenidas ilegalmente;¹⁶ la devolución de bienes confiscados ilegalmente;¹⁷ el levantamiento de embargos o inhibición de enajenación de bienes;¹⁸ el regreso al lugar de residencia de la cual la víctima fue desplazada;¹⁹ el reintegro al empleo; el reintegro al cargo de jueces destituidos arbitrariamente;²⁰ la anulación de antecedentes judiciales, administrativos, penales o policiales y la cancelación de los registros correspondientes;²¹ dejar sin efecto sentencias

¹⁶ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C, núm. 33.

¹⁷ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 135. En este caso se estableció que, una vez fijada por la Corte la violación a los derechos a la libertad de expresión y propiedad, por la prohibición de publicación y circulación de un libro y la confiscación del material, se ordenó al Estado la publicación y circulación del mismo, así como la devolución del material incautado y, en caso de no tener el soporte electrónico del libro, se ordenó que se rescatara toda la información de la versión impresa y se digitalizara.

¹⁸ Corte IDH. *Caso Memoli vs. Argentina*. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C, núm. 265.

¹⁹ Corte IDH. *Caso Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 134. En este caso, la Corte estableció la responsabilidad internacional del Estado por la masacre y el desplazamiento de los familiares de las víctimas ejecutadas que vivían en el lugar de los hechos, ordenando al Estado que a estas se les garantizara el retorno al poblado de Mapiripán en condiciones de seguridad y que mientras no existieran tales condiciones, el Estado debía proveerles recursos para reasentarse donde quisieran residir dentro del territorio colombiano. Asimismo, se estableció que respecto de aquellas familias que expresaran que no quisieran volver al poblado de Mapiripán, el Estado debía reubicarlas en otro lugar del país.

²⁰ Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C, núm. 197; *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, núm. 71, y *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C, núm. 302.

²¹ Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C, núm. 193, y *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 170.

condenatorias, ya sea porque se cometieron violaciones graves al debido proceso o se dieron conductas que no podían ser objeto de una persecución penal,²² y la devolución, demarcación y titulación del territorio tradicional de las comunidades indígenas para proteger su propiedad comunal.²³

2. Rehabilitación: se refiere a aquellas medidas destinadas a brindar atención médica y psicológica necesaria para atender las necesidades de salud física y psíquica de las víctimas, lo cual debe proporcionar el Estado responsable, por lo general, de forma gratuita e inmediata, incluyendo la provisión de medicamentos cuando fuere procedente.²⁴

3. Satisfacción: comprende actos u obras de alcance o repercusión pública, como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial de las violaciones de los derechos humanos de que se trata, que pretenden el reconocimiento de lo sucedido, la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos. Algunas medidas de esta naturaleza han sido: i) acto público de reconocimiento;²⁵ ii) publicación o

²² Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 135; *Caso Kimel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C, núm. 177; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, núm. 107, y *Caso Tristán Donoso*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C, núm. 193.

²³ Corte IDH. *Caso Yakye Axa vs. Paraguay* Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm.; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 214; *Caso Comunidad Garífuna Triunfo De La Cruz y sus miembros vs. Honduras*. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C, núm. 305, y *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Sentencia de 8 de octubre de 2015 Serie C, núm. 304.

²⁴ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215, y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216.

²⁵ Mediante este tipo de medida, la Corte ordena al Estado responsable que realice un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en relación con los hechos del caso y las violaciones declaradas, el cual debe contar con la presencia de altas autoridades del Estado. Por lo general, la Corte ordena que las características del acto sean acordadas entre las víctimas y el Estado.

difusión de la sentencia de la Corte;²⁶ *iii*) medidas de conmemoración de las víctimas o de los hechos,²⁷ y *iv*) determinar el paradero de la víctima o identificar y entregar sus restos mortales.²⁸

4. Obligación de investigar y sancionar: se trata de aquellas medidas de reparación mediante las cuales se ordena la investigación efectiva de los hechos que afectaron a las víctimas, el procesamiento y sanción de los responsables. Esta es una obligación de medio y no de resultado, enfocada en combatir la impunidad total o parcial en la que se encuentra inmerso el caso.²⁹

²⁶ Con este tipo de medida, la Corte ordena al Estado responsable que publique en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional determinadas partes de la sentencia o un resumen de esta que prepara la propia Corte IDH. En algunos casos, la Corte ordena que la sentencia se publique íntegramente en un sitio web oficial del Estado. Asimismo, en casos en los cuales las víctimas pertenecen a comunidades indígenas que tienen una lengua propia, la Corte también ordena que se traduzcan las partes pertinentes de la sentencia a esa determinada lengua y las publique en un diario de amplia circulación en la zona donde residen las víctimas o sus familiares.

²⁷ Muchas de estas medidas permiten a la vez despertar la conciencia pública sobre los hechos violatorios sucedidos para evitar su repetición. Entre las medidas de conmemoración se encuentran: a) levantar un monumento o fijar una placa en el lugar donde ocurrieron los hechos o en otro lugar público socialmente significativo para las víctimas o sus familiares. El monumento o la placa deben ser apropiados para recordar los hechos y dignificar a las víctimas y, según lo pertinente, incluir los nombres de las víctimas. Véase Corte IDH. *Caso Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 134, y *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C, núm. 109; b) nombrar una calle, plaza, centro educativo u otro lugar —según el caso— en determinada ciudad en memoria de las víctimas con un nombre alusivo a estas o a lo sucedido. Véase Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 101, y c) establecer una materia, curso o beca con el nombre de la víctima. Véase Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, cit.*, y *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C, núm. 121.

²⁸ Corte IDH. *Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala*. Sentencia de 24 de agosto de 2017. Serie C, núm. 339, párr. 206 y ss, y *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C, núm. 285, párr. 196 y ss.

²⁹ Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C, núm. 287.

La falta o ausencia de justicia es uno de los motivos principales por los que las víctimas acuden al Sistema Interamericano. La orden de procesar y sancionar a los responsables de las violaciones y descubrir la verdad de los hechos es una de las decisiones esenciales contenidas en las sentencias de la Corte IDH, puesto que supone una satisfacción moral para las víctimas; en muchas oportunidades les permite la superación emocional de las violaciones cometidas; restablece las relaciones sociales; contribuye a evitar la repetición de los hechos; ayuda a eliminar el poder que eventualmente puedan tener los perpetradores; significa el combate a la impunidad y la realización de la justicia.

Muchas veces, dependiendo de la naturaleza de los hechos, son las normas o determinadas circunstancias la que obstaculizan una investigación efectiva. En sus reparaciones, la Corte IDH ordena a los Estados diversas medidas, por ejemplo, remover todos los obstáculos de derecho que impidan la debida investigación de los hechos, de manera que estos no tengan efectos o se invoquen ciertas excluyentes de responsabilidad penal incompatibles con la naturaleza misma de los hechos;³⁰ impartir directrices o indicaciones a los Estados sobre cómo conducir eficazmente la investigación, con el fin de que se incluya una perspectiva de género en la misma, se emprendan líneas de investigación específicas respecto a violencia sexual y se analicen elementos contextuales.³¹

Creo que es importante tener en cuenta que cuando la Corte IDH ordena que se investigue, procese y juzgue efectivamente a los responsables de una violación de derechos humanos, ello no se satisface con que simplemente se reabra una investigación o se levanten los obstáculos que impedían su continuación o hacían que el caso estuviera en una situación de impunidad total o parcial. En la etapa de supervisión, la Corte IDH empieza a hacer un seguimiento y acompañamiento detallados del proceso judi-

³⁰ Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal, Caso Molina Theissen y otros 12 Casos Guatemaltecos vs. Guatemala*. Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 12 de marzo de 2019.

³¹ Corte IDH. *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C, núm. y *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205.

cial, observa que se cumplan las garantías del debido proceso, que el proceso no sea una simple formalidad sino que conduzca al objetivo de alcanzar la justicia; por eso, las partes, a la hora de informar sobre este punto, indican los avances, dificultades y retrocesos que pudieren existir al respecto.

5. Indemnizaciones: son medidas compensatorias de carácter económico que se ordenan como consecuencia de los daños materiales e inmateriales sufridos o causados como consecuencia de la violación. Los daños materiales se refieren a las consecuencias de carácter patrimonial que tienen un nexo causal directo con el hecho ilícito y comprende el daño emergente, el lucro cesante y el daño al patrimonio familiar cuando corresponda.

6. Garantías de no repetición: al conocer de un caso, la Corte puede, cuando los hechos generadores de la violación así lo ameritan, ordenar al Estado que adopte medidas a fin de que repare la violación mediante reformas de carácter legislativo, adopción de políticas públicas o cambio de prácticas en los casos donde la norma jurídica o ausencia de la misma, la política pública implementada o práctica existente, fueron quienes sirvieron de cimiento para que se generara la violación, esto último es lo que denomino “falencia estructural”.

La reparación que conlleva un cambio normativo, la adopción de políticas públicas o cambio de práctica busca que la falencia estructural que permitió o sirvió para que se generara la violación sea transformada o desarticulada, con el fin de evitar que hechos de la misma naturaleza vuelvan ocurrir y, de ese modo, pueda garantizarse efectivamente el goce de los derechos y libertades protegidos en la Convención. Son medidas tendentes a que no vuelvan a ocurrir violaciones a los derechos humanos como las sucedidas en el caso concreto. Estas medidas tienen un alcance o repercusión pública y, en muchas ocasiones, resuelven problemas estructurales, viéndose beneficiadas no solo víctimas del caso sino también otros miembros y grupos de la sociedad, es decir, tienen efectos generales y conllevan, a su vez, una dimensión de prevención.³²

³² Nash Rojas, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2009, pp. 60 y ss.

Las garantías de no repetición se pueden dividir en tres grupos, según su naturaleza y finalidad, a saber:

1. *Capacitación a funcionarios públicos y educación a la sociedad en derechos humanos.* Debido a que muchas de las violaciones a derechos humanos son producidas por la actuación u omisión de funcionarios estatales (fuerzas armadas, policía, operadores de justicia, personal penitenciario, profesionales de la salud, etc.), resulta de vital importancia ordenar a los Estados que fortalezcan sus capacidades institucionales brindando capacitación especializada y permanente a sus funcionarios en materia de normas y principios de protección de derechos humanos. Estas capacitaciones buscan brindar a los funcionarios públicos nuevos conocimientos, desarrollar sus capacidades y prepararlos para desempeñar sus funciones en apego a los derechos humanos que están obligados a proteger y garantizar.³³
2. *Adopción de medidas de derecho interno.* Se trata de medidas dirigidas a cambiar alguna situación estructural que tiene lugar en el Estado responsable. Corresponde a este cambiar dicha situación, ya sea mediante reformas de normas jurídicas internas o la adopción de otras medidas de carácter administrativo o judicial dirigidas a modificar un acto, acción u omisión interna que está causando la falta de cumplimiento del Estado de su obligación de proteger y garantizar los derechos humanos, no solo en el caso concreto, sino también para una generalidad de personas. En este ámbito, la Corte ha ordenado a los Estados adecuar su legislación interna en materias tales como: legislación penal que tipifica conductas terroristas;³⁴ censura previa (libertad de expresión);³⁵ protección de la

³³ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298, y *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 272.

³⁴ Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, núm. 52.

³⁵ Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, cit. Al respecto, fue reformada la Constitución Política de Chile

niñez;³⁶ delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas;³⁷ tipificación del delito de desaparición forzada de personas;³⁸ facultades policiales de detención de personas sin orden judicial; derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior;³⁹ crear un procedimiento expedito que permita obtener la declaración de ausencia y presunción de muerte por desaparición forzada; acceso a un recurso efectivo ante un tribunal competente para la protección de violaciones de sus derechos humanos; modificar la regulación del delito de homicidio en el código penal, en lo relativo a la peligrosidad del agente;⁴⁰ establecer un procedimiento que garantice que toda persona condenada a muerte tenga derecho a solicitar indulto o conmutación de la pena; establecer un recurso judicial sencillo que permita controlar las decisiones del máximo órgano electoral que afecten derechos humanos;⁴¹ reformar la ley electoral; regular el procedimiento y los requisitos conducentes para adquirir la nacionalidad; modificar las normas internas que regulan el delito de desacato de manera incompatible con los estándares internacionales en materia de libertad de pensamiento y de expresión; adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar; reformar la legislación penal a efectos

en materia de libertad de expresión, de manera que se eliminará la figura de censura cinematográfica establecida en esta y se pasará a un régimen de calificación cinematográfica.

- ³⁶ Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C, núm. 77.
- ³⁷ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79.
- ³⁸ Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C, núm. 92.
- ³⁹ Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, núm. 107.
- ⁴⁰ Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C, núm. 126.
- ⁴¹ Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184.

de compatibilizarla con los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas; crear un mecanismo eficaz de reclamación de tierras ancestrales de los miembros de los pueblos indígenas; garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, y permitir la fecundación *in vitro*.

3. *Otro tipo de medidas generales.* Estas medidas pueden ser de muy diversa índole, pudiendo señalar, a modo de ejemplo, la implementación de un registro de detenidos que permita controlar la legalidad de las detenciones, la realización de un programa de registro y documentación de los miembros de la comunidad con el objeto de que puedan obtener documentos de identificación;⁴² la estandarización de protocolos, manuales, criterios ministeriales de investigación utilizados para investigar los delitos que se relacionen con desapariciones, violencia sexual y homicidios contra mujeres.⁴³

IV. EL IMPACTO ESTRUCTURAL DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

De este modo, al conocer de un caso, la Corte puede, cuando los hechos generadores de la violación así lo ameritan, ordenar al Estado que repare la violación mediante reformas de carácter legislativo, adopción de políticas públicas o cambio de prácticas en los casos donde la norma jurídica o ausencia de la misma, la política pública implementada o práctica existente fueron las que sirvieron de cimiento para que se generara la violación. Como dije, esto último es lo que denomino “falencia estructural”.

Como fue señalado, la reparación que conlleva un cambio normativo, la adopción de políticas públicas o un cambio de práctica, busca que la falencia estructural que permitió o sirvió para que se generara la violación sea transformada o desarticulada de manera tal que evite que hechos de la misma naturaleza vuelvan

⁴² Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146.

⁴³ Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, *cit.*

a ocurrir y, de ese modo, pueda garantizarse efectivamente el goce de los derechos y libertades protegidos en la Convención.

En el presente apartado haré un breve repaso a algunos casos exitosos en los que la Corte IDH le ordenó a un Estado, como reparación, ya sea un cambio normativo, de política pública o de práctica, y las respuestas del Estado al respecto. Es así como podremos observar brevemente en qué consistía la falencia estructural, lo señalado por la Corte al respecto, la reparación ordenada, la forma en que el Estado la implementó con el fin de cumplir lo ordenado y el cambio e impacto que esto implicó.

De igual modo, podremos observar una de las lógicas del trabajo jurisdiccional de la Corte IDH cuando, mediante un caso, se puede solucionar una problema estructural que aqueja a un Estado, evitando de ese modo que lleguen casos similares a conocimiento del Tribunal, cuando esa orden es bien implementada.

1. La modificación constitucional derivada del caso “La Última Tentación de Cristo” en Chile

El caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. *Chile* se refería a la censura cinematográfica de la película *La Última Tentación de Cristo* como consecuencia de una decisión judicial amparada en la Constitución Política de Chile de 1980, la cual permitía la censura cinematográfica.⁴⁴

La Constitución Política de Chile, en su artículo 19, número 12, reconocía el derecho a la libertad de expresión y, a su vez, consagraba un sistema de censura cinematográfica.⁴⁵ Conforme a la legislación chilena, el órgano encargado de determinar la procedencia de la censura cinematográfica era el Consejo de

⁴⁴ Corte IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. *Chile*, cit.

⁴⁵ En efecto, la referida disposición preveía que “La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y fijará las normas generales que regirán la expresión pública de otras actividades artísticas”. Véase antiguo texto de la Constitución Política de la República de Chile, 24 de octubre de 1980, art. 19 núm. 12, disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=17039&idVersion=1980-10-24>

Calificación Cinematográfica. En 1996, dicho Consejo revisó una decisión que previamente había adoptado en 1988, donde se había prohibido la exhibición de la película aludida, y autorizó su exhibición para mayores de 18 años. Un grupo de ciudadanos, en nombre propio, de la Iglesia católica y Jesucristo, interpusieron un recurso de protección ante los tribunales internos (Corte de Apelaciones) para que se prohibiera la exhibición de la película, toda vez que se sintieron agraviados al haberse permitido la exhibición de la misma. El recurso fue acogido, en noviembre de 1996; la Corte de Apelaciones de Santiago dejó sin efectos dicha resolución del órgano administrativo, decisión que fue luego confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile.⁴⁶ De este modo, se censuró en Chile la exhibición de la película *in comento*.

Es pertinente tener en cuenta alguno de los argumentos de la Corte de Apelaciones que avalaron la censura. Así, en su razonamiento, afirmó que

[l]a Constitución busca proteger al hombre, a sus instituciones y a sus creencias pues estos son los elementos más centrales de la convivencia y la pertenencia de los seres humanos en un mundo pluralista [...] Nadie duda que la grandeza de una nación se puede medir por el cuidado que ella otorga a los valores que le permitieron ser y crecer. Si estos se descuidan [o] se dejan manosear, como se manosea y deforma la imagen de Cristo, la nación peligra pues los valores en que se sustenta se ignoran. Cuidar la necesidad de información o de expresión tiene una estrechísima relación con la veracidad de los hechos y por eso deja de ser información o expresión la deformación histórica de un hecho o de una persona. Por esto es que los sentenciadores creen que el derecho de emitir opinión es el derecho a calificar una realidad pero nunca el deformarla haciéndola pasar por otra.⁴⁷

⁴⁶ Chile era parte de la CADH desde 1990.

⁴⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, Decisión al recurso de protección interpuesto por los señores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irrazábal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán y Joel González Castillo, en nombre de Jesucristo, la Iglesia católica y por sí mismos, sentencia de 20 de enero de 1997, citada en Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, cit.*, párr. 78.

En 2001, la Corte Interamericana dictó sentencia en dicho caso, declarando la responsabilidad internacional del Estado de Chile por haber incumplido con la obligación establecida en el artículo 2 de la Convención Americana y violado el artículo 13 (derecho a la libertad de expresión) de la misma, al haber mantenido y aplicado la censura cinematográfica prevista en el ordenamiento jurídico chileno, y dispuso que “el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película *La Última Tentación de Cristo*”.⁴⁸ La Corte, además, señaló que:

[...] las normas de derecho interno chileno que regulan la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica todavía no han sido adaptadas a lo dispuesto por la Convención Americana en el sentido de que no puede haber censura previa [...] En consecuencia, Chile debe adoptar las medidas apropiadas para reformar [...] su ordenamiento jurídico interno de manera acorde al respeto y el goce del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.⁴⁹

El 10 de junio de 2001, el Congreso Nacional chileno aprobó el proyecto de reforma constitucional destinado a consagrar el derecho a la libre creación artística y la eliminación de la censura cinematográfica, sustituyéndola por un sistema de calificación cinematográfica que sería regulado por ley.⁵⁰

En el mismo orden de ideas, se adoptó la Ley 19.846 sobre Calificación de la Producción Cinematográfica, la cual estableció un sistema para la calificación de la producción cinematográfica

⁴⁸ Corte IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile, cit., resolutive 4.

⁴⁹ *Ibidem*, párr. 98.

⁵⁰ En efecto, el texto constitucional previó desde ese momento que “[l]a ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica”, y eliminó toda referencia a su censura. “Reforma constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística”, 25 de agosto de 2001, art. 19 núm. 12, disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=188827&idVersion=2001-08-25>

de acuerdo a la edad.⁵¹ Incluso previó que las películas que hubieran sido previamente rechazadas “dejarán de estarlo y para su exhibición o comercialización deberán someterse a la calificación del Consejo”.⁵² Más aún, es relevante tener en cuenta que en el debate parlamentario ante la Cámara de Diputados y el Senado chilenos se refirió a la necesidad del cumplimiento de la decisión de la Corte Interamericana.⁵³

En cuanto a la película *La Última Tentación de Cristo*, se observa que fue recalificada por el recién creado Consejo de Calificación y quedó comprendida dentro de la categoría correspondiente a mayores de 18 años, y fue exhibida al público desde 2003.⁵⁴ Basándose en todos los elementos anteriores, la Corte Interamericana declaró, en dicho año, que el Estado de Chile había dado pleno cumplimiento a la referida sentencia.⁵⁵ De igual modo, otras películas que habían sido censuradas pudieron ser exhibidas, eliminándose de ese modo por completo la censura cinematográfica en Chile.

En el presente caso se puede identificar que la falencia estructural que generó la violación de derechos humanos y, consecuentemente, la responsabilidad internacional de Chile, se encontraba prevista en su Constitución Política y en la ley, la cual tenía una norma manifiestamente incompatible con la Convención Americana, como era la censura cinematográfica. Si bien los tribunales chilenos tuvieron la posibilidad de enmendar esta situación de manifiesta incompatibilidad entre el ordenamiento

⁵¹ Ley 19.846 sobre Calificación de la Producción Cinematográfica, 4 de enero de 2003, disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=206396>

⁵² *Ibidem*, disposición transitoria 1.

⁵³ Al respecto, durante el debate y aprobación de dicha ley se hizo en numerosas ocasiones referencia a la necesidad de dar cumplimiento a la sentencia del caso. Véase Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley 19.846 sobre calificación de la producción cinematográfica*, pp. 117, 120, 379, 384 y 396, disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=206396>

⁵⁴ Corte IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 28 de noviembre de 2003, visto 20.

⁵⁵ *Ibidem*, resolutive 1.

jurídico nacional e internacional, no lo hicieron, antes bien, lo avalaron, lo que llevó a una consolidación del incumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de Chile. La Corte Interamericana identificó dicha falencia normativa y ordenó su adaptación a las normas del derecho internacional de los derechos humanos en su sentencia del caso “*La Última Tentación de Cristo*”, y le ordenó, como parte de sus reparaciones, la reforma de su Constitución y leyes secundarias. En efecto, Chile procedió a eliminar la censura cinematográfica constitucionalmente contemplada, y cambió su régimen por el de calificación cinematográfica, permitiendo garantizar efectivamente el derecho a la libertad de expresión y corrigiendo la falencia estructural que aquejaba a la sociedad en su conjunto.

Este caso quizás se ha convertido en uno de los más emblemáticos en cuanto a garantías de no repetición, ya que la Corte le ordenó a Chile reformar nada más y nada menos que su Constitución Política, lo que en otros tiempos podría haber parecido una intromisión indebida en asuntos propios de la soberanía estatal, como lo es una enmienda constitucional. Sin embargo, la sentencia de la Corte fue bien recibida y sirvió como una nueva herramienta para impulsar el cambio que deseaban las fuerzas democráticas sobre el particular y que por diversos motivos no había prosperado hasta ese entonces.

2. La creación de un procedimiento administrativo para garantizar el acceso a la información pública y educación de funcionarios públicos en Chile a raíz del caso Claude Reyes

El caso de *Claude Reyes vs. Chile* se refirió a la negativa parcial del Comité de Inversión Extranjera de brindar la información requerida por tres ciudadanos sobre la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Condor, el cual era un proyecto de deforestación que se llevaría a cabo en el Sur de Chile y que, según los requerimientos de la información, “p[odía] ser perjudicial para el medio ambiente e impedir el desarrollo sostenible de Chile”.⁵⁶ Contra

⁵⁶ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 151, párr. 3.

dicha negativa del órgano administrativo de entregar la información requerida, los afectados ejercieron un recurso de protección impugnando dicho acto y argumentando, entre otras cosas, que se afectaba el control social sobre los órganos del Estado, al no permitirse el acceso a información en asuntos de interés público. El recurso fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Chile.

Debe señalarse que el Comité de Inversión Extranjera referido mantuvo como práctica “[...] no entregar información relativa a los estados financieros y a los nombres de los socios de una compañía inversora, y consideraba que era de ‘carácter reservado la información referida a terceros’”.⁵⁷ En el mismo orden de ideas, mediante Resolución Exenta 113 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción se estableció que “[...] tendrán el carácter [de] secretos o reservados los actos, documentos y antecedentes en atención a que su conocimiento o difusión podría afectar el interés público”.⁵⁸

La Corte Interamericana dictó sentencia en 2006 y determinó que Chile había violado el derecho al acceso a la información, toda vez que la información que no fue entregada por el Estado era de interés público, ya que por el impacto ambiental que podía tener generó gran discusión pública, y que el Estado debía encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en su gestión, lo que permitiría el control democrático de sus gestiones, de forma tal que los ciudadanos puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento a las funciones públicas.

Asimismo, la Corte señaló que el derecho de acceso a la información debe guiarse por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda la información en poder del Estado es accesible. De igual modo, indicó que el Estado puede poner restricciones al acceso a determinada información, siempre y cuando cumpla con los requisitos de necesidad en una sociedad democrática, es decir, que se encuentren orientadas a

⁵⁷ *Ibidem*, párr. 57. 21.

⁵⁸ Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Resolución Exenta núm. 113, 24 de marzo de 2003, art. 1, citada en Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, *supra*, párr. 57. 22.

satisfacer un interés público imperativo; de proporcionalidad, en la medida en que se restrinja lo menos posible el ejercicio del derecho protegido; y debe ser razonable en la medida en que sea conducente para alcanzar el objetivo que se busca, en relación con la injerencia en el goce del otro derecho.⁵⁹

Además, la Corte determinó que Chile violó las garantías judiciales y el derecho a la protección judicial, ya que el Comité de Inversiones Extranjeras no adoptó una decisión escrita debidamente fundamentada que justificara la negación parcial de suministro de la información solicitada por las víctimas,⁶⁰ y porque el recurso de protección ejercido no resultó un recurso judicial efectivo para atender a la denegatoria de información.⁶¹

En atención a lo anterior, la Corte le ordenó a Chile:

[...] adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos protegidos en la Convención [...] ello implica que la normativa que regule restricciones al acceso a la información bajo el control del Estado debe cumplir con los parámetros convencionales y sólo pueden realizarse restricciones por las razones permitidas por la Convención [...] lo cual es también aplicable a las decisiones que adopten los órganos internos en dicha materia.⁶²

[...]

[...] adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, dentro de las cuales debe garantizar la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para resolver y entregar la información, y que se encuentre bajo la responsabilidad de funcionarios debidamente capacitados.⁶³

Por las razones antedichas, la Corte ordenó, entre sus medidas de reparación, que “Chile debe adoptar las medidas necesarias

⁵⁹ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, *cit.*, párrs. 91-93.

⁶⁰ *Ibidem*, párr. 122.

⁶¹ *Ibidem*, párrs. 137-139.

⁶² *Ibidem*, párr. 101.

⁶³ *Ibidem*, párr. 163.

para garantizar la protección al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, dentro de las cuales debe garantizar la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para resolver y entregar la información”.⁶⁴ En el mismo orden de ideas, ordenó la “[...] capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a información bajo control del Estado sobre la normativa que rige este derecho, que incorpore los parámetros convencionales”, ya que las pruebas aportadas en el expediente “[...] coinciden en afirmar que los funcionarios públicos no responden efectivamente a solicitudes de información”.⁶⁵ Podemos observar que para la Corte no era suficiente la transformación institucional si esta no estaba acompañada de un cambio cultural, y para esto último era necesaria la capacitación de los funcionarios públicos.

En agosto de 2008, se promulgó y publicó la Ley 20.285 sobre Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado, tomando en consideración la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Claude Reyes*,⁶⁶ donde se “regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información”,⁶⁷ y prevé que “[...] los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado”.⁶⁸

⁶⁴ *Idem*.

⁶⁵ *Ibidem*, párrs. 164 y 165.

⁶⁶ Congreso Nacional de Chile, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley No. 20.285 sobre acceso a la información pública*, pp. 166, 175, 275, 277, 343, 344, 350, 351, 353 y 384, <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363>

⁶⁷ Ley sobre Acceso a la Información Pública, 20 de agosto de 2008, art. 1, <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363>

⁶⁸ *Ibidem*, art. 5.

Asimismo, la referida ley determinó y estableció las facultades del Consejo para la Transparencia, institución que tiene por objeto “[...] promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información”.⁶⁹ Teniendo esto en cuenta, la Corte concluyó que el Estado “[...] cumplió con la obligación de adoptar [...] las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado”.⁷⁰

En cuanto a la medida de capacitación a funcionarios públicos con relación con el acceso a la información, la Corte consideró acreditado que “[...] la capacitación en materia de acceso a la información pública se ha venido desarrollando en forma regular desde el dictado de la Sentencia [y que] existe una planificación de actividades, incluyendo la correspondiente asignación presupuestaria aprobada, para continuar con dichas tareas en el futuro”, por lo cual consideró que Chile dio cumplimiento a su obligación de capacitación dispuesta en la sentencia.⁷¹

En efecto, la Corte observó acciones de capacitación llevadas a cabo por la Agencia para la Probidad y la Transparencia creada en Chile en 2008, diversos seminarios brindados a los funcionarios públicos, la incorporación en el presupuesto nacional de 2008 de recursos para iniciar un Plan Quinquenal de Capacitación en Probidad y Transparencia, así como la elaboración de un Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado, entre otras.⁷²

En 2008, la Corte indicó que Chile había cumplido con tomar las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado.⁷³

⁶⁹ *Ibidem*, art. 32.

⁷⁰ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 24 de noviembre de 2008, párr. 14.

⁷¹ *Ibidem*, párrs. 20 y 21.

⁷² *Ibidem*, párr. 15.

⁷³ *Ibidem*.

Como se ha podido observar en el presente caso, la falencia estructural se encontraba, por un lado, en la falta de un mecanismo que regulara efectivamente el acceso a la información pública en manos del Estado y de un recurso efectivo que resolviera las solicitudes de información y, por el otro, en que había una cultura o práctica del servicio público de reserva de la información que le era requerida. Al igual que el caso previamente analizado, los tribunales de justicia tuvieron la posibilidad de enmendar la situación y no lo hicieron, sino más bien la ampararon consolidando de este modo el incumplimiento de Chile a sus obligaciones internacionales. Como consecuencia de esto, la garantía de no repetición de la Corte se orientó a la creación de un mecanismo o procedimiento claro que canalizara y resolviera las solicitudes de información. Esto necesariamente debía ir acompañado de un cambio cultural en los funcionarios públicos mediante programas de capacitación.

Es interesante destacar que el Estado fue más allá de lo ordenado por la Corte en el sentido de implementar solamente un procedimiento que regulara el acceso a la información, sino que además creó un órgano de protección y promoción del derecho al acceso a la información, como fue el Consejo de la Transparencia. Estas medidas han tenido un gran impacto en el fortalecimiento de la vida democrática de Chile y en la corrección de las mencionadas falencias estructurales, ya que han propiciado que se articule un sistema que permite un mayor control social de la gestión pública a través del empoderamiento efectivo de los ciudadanos de su derecho al acceso a la información y, por otro lado, que la transparencia y publicidad de la gestión pública primen sobre la reserva de la misma.

3. Establecimiento de un mecanismo efectivo para la anulación de sentencias emitidas en procesos basados en pruebas y/o confesiones obtenidas mediante tortura

El caso *Maldonado Vargas y otros vs. Chile* se refiere a la falta de protección judicial de 12 miembros de las Fuerzas Aéreas de Chile, que en 2001 interpusieron un recurso ante la Corte Suprema solicitando la revisión de sus condenas penales impuestas

en 1974 y 1975, en un proceso penal seguido ante Consejos de Guerra, durante la dictadura militar en dicho país, en el cual se tomaron en cuenta pruebas y confesiones obtenidas mediante tortura durante su detención. La Corte Suprema declaró que el recurso era inadmisibles, por carecer de competencia sobre las resoluciones de los Consejos de Guerra.⁷⁴

La Corte Interamericana estableció la responsabilidad internacional del Estado chileno por el incumplimiento de su deber de adoptar disposiciones de derechos interno para garantizar a las víctimas de un recurso judicial efectivo que permitiera revisar las sentencias condenatorias dictadas por los Consejos de Guerra en su perjuicio. La Corte le ordenó a Chile que adoptara las medidas legislativas, administrativas o de otra índole adecuadas para “poner a disposición de las personas condenadas por los Consejos de Guerra durante la dictadura militar chilena un mecanismo que sea efectivo para revisar y anular las sentencias de condena que fueron proferidas en procesos que pudieron tomar en cuenta prueba y/o confesiones obtenidas bajo tortura”.⁷⁵

Para dar cumplimiento a la reparación ordenada, el Estado de Chile, de oficio y por medio del fiscal judicial de la Corte Suprema, interpuso un recurso de revisión de las sentencias dictadas por los Consejos de Guerra en la época de la dictadura militar. El fiscal solicitó la revisión, entre otros motivos, por existir antecedentes suficientes que acreditan que las declaraciones fueron obtenidas mediante tortura y, además, que se vulneraron las garantías de un debido proceso legal.⁷⁶ La Corte Suprema de Chile conoció del recurso aludido y ordenó la anulación de todas las sentencias dictadas por el Consejo de Guerra respecto de todos los condenados, y no únicamente a favor de aquellos que acudieron ante la Corte Interamericana.⁷⁷ La Corte Suprema dispuso

⁷⁴ Corte IDH. *Caso Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 30 de agosto de 2017.

⁷⁵ Corte IDH. *Caso Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 300, párr. 170.

⁷⁶ *Ibidem*, párr. 37.

⁷⁷ La Segunda Sala de la Corte Suprema tuvo por “[...] demostrada la existencia de un método o patrón o sistema general de menoscabo físico o mental y de afrenta a su dignidad, al que fueron sometidos los acusados

que el recurso de revisión era el mecanismo idóneo para dejar sin efecto las sentencias emitidas por los Consejos de Guerra.⁷⁸ Creo pertinente transcribir lo indicado por la Corte Interamericana en su resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia:

La Corte destaca que la posición asumida por la Segunda Sala de la Corte Suprema en esta oportunidad cambió la interpretación que tuvo en el pasado dicho tribunal interno al rechazar en el 2001 un recurso de revisión interpuesto por personas distintas a las víctimas de este caso que, al igual que las víctimas de este caso, habían sido juzgadas y condenadas por Consejos de Guerra⁷⁹ (*supra* Considerandos 28 y 29) [...]. En este cambio de interpretación, se destaca el peso que la Segunda Sala de la Corte Suprema de Chile dio a la Sentencia de la Corte Interamericana en el presente caso como “elemento de convicción para configurar la causal de revisión planteada” (*supra* Considerando 34) y como pauta de interpretación para garantizar el cumplimiento de la reparación ordenada. Al respecto, se destaca lo planteado por el referido tribunal interno en el considerando undécimo de su decisión, en el sentido de que “*atender al contenido y resolución del fallo de la C[orte Interamericana], resulta ineludible en esta causa, pues dado el mandato contenido en dicho pronunciamiento al Estado de Chile [...] conlleva que la interpretación y aplicación de las disposiciones procesales que reglan la acción de revisión que ha sido planteada, contempladas en el Código de Justicia Militar y en el Código de Procedimiento Penal, deberá efectuarse esta vez procurando ajustarse a lo razonado y decidido por ese tribunal internacional, para de esa manera resguardar el derecho a la protección judicial que se estimó vulnerado por la ausencia*

ante los Consejos de Guerra convocados en la causa Rol 1-73 de la Fiscalía de Aviación, cometido[s] por parte de sus interrogadores, celadores u otros funcionarios que intervinieron en el procedimiento mientras dichos inculpados eran mantenidos detenidos en la Academia de Guerra de la Fuerza Aérea de Chile, todo ello con el objeto de obtener su admisión o confesión de los hechos que les atribuían, así como para que implicaran o imputaran al resto de los procesados en los mismos hechos”. *Cfr.* Sentencia emitida por la Segunda Sala de la Corte Suprema, cdos. 28, 31 y 33, pp. 66, 73 y 75.

⁷⁸ *Cfr.* Sentencia emitida por la Segunda Sala de la Corte Suprema de Chile el 3 de octubre de 2016.

⁷⁹ Corte IDH. *Caso Maldonado Vargas y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, *cit.*, párrs. 52 y 135.

de recursos para revisar las sentencias de condena dictadas en los Consejos de Guerra.⁸⁰

[...]

Asimismo, este Tribunal destaca lo afirmado por la Segunda Sala de la Corte Suprema respecto a la importancia de optar por interpretaciones que busquen la efectividad de la protección de los derechos humanos. En particular, es relevante lo explicado por dicho tribunal respecto a la manera como fue interpretada la causal de revisión prevista en el inciso cuarto del artículo 657 del Código de Procedimiento Penal para garantizar el cumplimiento de esta medida de reparación. Al respecto [...]:

No debe olvidarse que, como es propio del derecho internacional, los Estados deben cumplir con sus compromisos de buena fe, es decir, con la voluntad de hacerlos efectivos (este principio de derecho internacional emana de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 26) y que además –o como consecuencia de lo anterior-, el incumplimiento del fallo trae consigo la responsabilidad internacional del Estado de Chile, conforme a los artículos 65 y 68 N° 1 de la Convención, por lo que todos sus órganos –incluyendo ésta Corte, huelga señalar –en el ámbito de sus competencias– deben tener en consideración dichas obligaciones, para no comprometer la responsabilidad del Estado. Así, en la interpretación y aplicación de las normas que tratan la acción de revisión, en especial la causal de invalidación invocada, no debe preterirse que lo que está en juego no es sólo la resolución de un caso concreto, sino que la responsabilidad del Estado de Chile en caso de optar por una lectura restrictiva de los derechos humanos [...].

Empero, conviene resaltar que, aún de no haberse dictado en el pronunciamiento referido por la C[orte Interamericana] en el caso ‘Omar Humberto Maldonado Vargas y otros versus Chile’, igualmente esta Corte Suprema debe procurar adoptar una interpretación de las normas procesales nacionales que conduzca al resultado indicado en ese pronunciamiento, dado que lo resuelto por la C[orte Interamericana] no busca sino hacer realidad el derecho a un recurso efectivo y rápido que consagra la Convención Americana de Derechos Humanos que fue suscrita y ratificada por Chile y, por tanto, derecho vigente en nuestro ordenamiento de rango constitucional conforme al artículo 5, inciso 2°, de la Carta Fundamental. En

⁸⁰ Sentencia emitida por la Segunda Sala de la Corte Suprema, cdo. 11, p. 36

ese orden, los tribunales tienen la obligación de intentar una interpretación de las normas nacionales que afecten derechos humanos que sea armónica con las obligaciones internacionales del Estado en este campo, aun cuando dichas normas internas en sí mismas no se ajusten a la Convención [...], a lo que cabe agregar que, atendidas las particularidades de los derechos fundamentales en un Estado de Derecho Constitucional como el nuestro, dichos derechos deben interpretarse de acuerdo a ciertos criterios, y uno de éstos, es el principio pro persona, de acuerdo al cual debe preferirse aquella norma o interpretación que d[é] mayor efectividad a la protección de los derechos humanos. [...] Ello en armonía con la jurisprudencia de la misma Corte Interamericana [...]. (cursivas añadidas)

Es interesante resaltar que, en este caso, el problema estructural radicaba en que quienes habían sido condenados por Consejos de Guerra bajo tortura no contaban con un mecanismo que les permitiera revisar sus condenas. En este caso, el mecanismo idóneo era el recurso de revisión, el cual ya existía formalmente en el ordenamiento jurídico chileno, pero interpretaciones restrictivas del mismo no lo hacían un recurso efectivo para el caso de quienes habían sido condenados por Consejos de Guerra.

La Corte Suprema de Chile hizo una interpretación más flexible de las causales de procedencia del recurso de revisión a la luz de lo indicado por la Corte IDH en su sentencia y de una interpretación evolutiva para dotar de eficacia a los derechos, en este caso, el derecho a un recurso judicial efectivo. Esto permitió resolver dicho problema estructural no solo anulando las condenas de las víctimas del caso ante la Corte IDH, sino de todas aquellas personas que se encontraban en igual situación.

4. La expulsión del ordenamiento jurídico de las leyes de autoamnistía en Perú a raíz de la sentencia al caso Barrios Altos

El caso *Barrios Altos vs. Perú* se refiere a la ejecución extrajudicial de 15 personas y a la violación de la integridad personal de otras 4 por parte de 6 miembros del Ejército peruano que actuaban en el “escuadrón de eliminación” llamado “Grupo Colina”, durante el gobierno del expresidente Alberto Fujimori. En particular,

en el presente trabajo se hará referencia especial a la aplicación de las leyes de autoamnistía vigentes a esa fecha en Perú como obstáculos para el acceso a la justicia de las víctimas de los hechos y su incompatibilidad con la Convención Americana.⁸¹

En este sentido, se debe señalar que el 15 de junio de 1995 entró en vigor la ley 26.479, que exoneraba de responsabilidad a los militares, policías, y también a los civiles que hubieran cometido, entre 1980 y 1995, violaciones a derechos humanos o participado en esas violaciones, la cual concedió una amnistía “a todos los integrantes de las fuerzas de seguridad y civiles que fueran objeto de denuncias, investigaciones, procedimientos o condenas, o que estuvieran cumpliendo sentencias en prisión, por violaciones a derechos humanos”. Visto que una jueza decidió no aplicar dicha ley de amnistía en los procesos penales en su juzgado, entre ellos el correspondiente a *Barrios Altos*, porque violaba garantías constitucionales y obligaciones internacionales de Perú, el Congreso decidió emitir la ley 26.492 en 1995, con el fin de interferir en las actuaciones judiciales del caso en estudio, e incluso amplió el alcance de la amnistía, declarando que no era revisable en sede judicial su contenido y que la amnistía se aplicaba incluso en los casos en los que no hubieran sido denunciadas las violaciones a derechos humanos incurridas. Ante estos hechos, el tribunal de alzada que conoció de la decisión mediante la cual se desaplicó la primera ley de amnistía revocó dicha decisión, y ordenó el archivo de la investigación correspondiente al caso *Barrios Altos*.⁸² En este sentido, la Sala de la Corte Superior decidió el archivo definitivo del proceso en el caso *Barrios Altos*, resolviendo que la ley de amnistía no era antagónica con la Constitución ni con los tratados internacionales de derechos humanos; que los jueces no podían decidir no aplicar leyes adoptadas por el Congreso, porque ello iría contra el principio de separación de poderes, y ordenó que la jueza fuera investigada por el órgano judicial de control interno por haber interpretado las

⁸¹ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, núm. 75, párr. 2.

⁸² *Idem*.

normas incorrectamente.⁸³ Perú era parte de la Convención desde 1978.

En 2001, la Corte Interamericana emitió sentencia de fondo en el caso de referencia, declarando, entre otras cosas, la responsabilidad internacional de Perú por violación del derecho a la vida, del derecho a la integridad personal, de las garantías judiciales y de la protección judicial previstas en la Convención Americana, en perjuicio de las víctimas. En este sentido, la Corte señaló que:

[L]as leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez [...] impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos [...] y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso.

[...] Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.⁸⁴

Teniendo en cuenta lo anterior, se declaró que las leyes de amnistía 26.479 y 26.492 “son incompatibles con la Convención [...] y en consecuencia, carecen de efectos jurídicos”.⁸⁵ Posteriormente, en la decisión correspondiente a la interpretación de la sentencia de fondo, la Corte, dispuso que “[l]a promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye *per se* una violación [y por lo tanto, dadas las violaciones perpetradas por las leyes de amnistía referidas] lo resuelto en la sentencia de fondo

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ *Ibidem*, párrs. 42 y 43.

⁸⁵ *Ibidem*, resolutive 4.

en el caso *Barrios Altos* tiene efectos generales”,⁸⁶ es decir, lo señalado por la Corte tenía efectos *erga omnes*.

La Corte consideró cumplido lo correspondiente al efecto general de ineficacia de las leyes de amnistía en 2005.⁸⁷ En efecto, las sentencias correspondientes al caso *Barrios Altos* tuvieron un impacto directo en los distintos operadores de justicia peruanos. En dicho año, el fiscal nacional emitió una resolución mediante la cual dispuso solicitar a la sala o juzgado correspondiente “la ejecución de las sentencias supranacionales”, y poner dicha resolución en conocimiento del presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, fiscales supremos, presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar y fiscales superiores decanos a nivel nacional.⁸⁸

Esto llevó al reinicio de investigaciones, procesos penales, e incluso condenas contra los perpetradores de las violaciones a derechos humanos cometidas durante el conflicto peruano entre 1980 y 2000.

Finalmente, la Corte consideró cumplida la reparación ordenada una vez que pudo observar que las leyes de amnistía ya no constituían un obstáculo para que se reabrieran investigaciones que habían sido archivadas o se iniciaran investigaciones sobre hechos que no habían podido denunciarse producto de la vigencia de la referida ley. En definitiva, la Corte pudo comprobar que los diversos operadores judiciales no estaban aplicando la referida ley, lo que llevaba a que en la práctica ya no era un obstáculo. En el caso *Barrios Altos*, los diversos responsables de los hechos fueron juzgados y condenados, entre ellos el expresidente Alberto Fujimori, quien fue sentenciado a 25 años de pena privativa de la libertad.⁸⁹

⁸⁶ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C, núm. 83, párr. 18.

⁸⁷ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 22 de septiembre de 2005, resolutive 1.

⁸⁸ *Ibidem*, considerando 15.

⁸⁹ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 7 de diciembre de 2009, cdo. 10.

En el mismo orden de ideas, en el caso *La Cantuta vs. Perú*, conocido por la Corte Interamericana poco después del caso *Barrios Altos* y en donde se siguió la misma línea jurisprudencial, la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar declaró “NULA en todos sus extremos, la Ejecutoria Suprema de dieciséis de junio de mil novecientos noventa y cinco, que resolvió aplicar el beneficio de Amnistía [y] que los presentes autos vuelvan al estado procesal anterior a la aplicación del beneficio de amnistía, al haber quedado sin efectos jurídicos la aplicación de beneficio de amnistía”, donde se constató que la incompatibilidad de dichas leyes con la Convención “se ha visto concretada en general en el Perú” desde la emisión de la sentencia al caso *Barrios Altos*.⁹⁰ El presidente Alberto Fujimori también fue sentenciado a pena privativa de la libertad, como consecuencia de los hechos de *La Cantuta*. En el caso *Tarazona vs. Perú*, la Corte también constató que en 2003 se “desarchivó” una causa penal con base en la aplicación de la sentencia de la Corte al caso *Barrios Altos*.⁹¹

Se observa, pues, que la falencia estructural en este caso consistía en que el Estado, mediante la emisión de las leyes de autoamnistía, renunciaba expresamente al ejercicio de su potestad punitiva en casos de violaciones de derechos humanos, lo que traía aparejada la imposibilidad de las víctimas de acceder a la justicia, generando, en consecuencia, su total indefensión. De este modo, el propio Estado deliberadamente se transformó en el creador y propiciador de la impunidad de violaciones a los derechos humanos. Como consecuencia de ello, la Corte señaló enfáticamente que las leyes de autoamnistía no podían tener efecto alguno y que no podían seguir siendo un obstáculo para las investigaciones. Así, la sentencia de la Corte desarticuló la impunidad estructural, y todo lo que conlleva consigo, y dio paso a una nueva realidad que permitió que se reabrieran o iniciaran cientos de investigaciones, que las víctimas tuvieran acceso a la justicia, que los responsables de violaciones de derechos huma-

⁹⁰ Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 162, párr. 187.

⁹¹ Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta y Otros vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C, núm. 286, párr. 64.

nos pudieran ser efectivamente juzgados y que se conociera la verdad de lo ocurrido.

Esta sentencia de la Corte es quizás una de las más emblemáticas en cuanto al combate a la impunidad y la perpetuidad de la misma en el tiempo, y sobre los deberes y límites que tienen los Estados respecto a la investigación de casos de graves violaciones de derechos humanos. Es interesante traer a colación cómo esta sentencia de la Corte en el caso *Barrios Alto* fue utilizada posteriormente por la Corte Suprema de Argentina para dejar sin efecto las denominadas leyes de amnistía de ese país.

La Corte Suprema argentina, conociendo un recurso de hecho en el caso *Simón, Julio Héctor y otros*, dejó sin efecto las denominadas leyes de obediencia debida y de punto final a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Esta, en su razonamiento, indicó que el legislador, en el momento de aprobar las leyes de obediencia debida y de punto final, buscó amnistiar los graves hechos delictivos ocurridos durante el régimen militar como una manera de preservar la paz social, frente al conflicto de intereses que enfrentaba la sociedad argentina. Es así que indicó que, en ese entonces, “la armonía socio-política era valorada por el legislador como un bien jurídico sustancialmente más valioso que la continuidad de la persecución penal de los beneficiarios de la ley”.⁹²

Asimismo, la Corte Suprema de Argentina indicó:

[...] que desde entonces hasta el presente, el derecho argentino ha sufrido modificaciones fundamentales que imponen la revisión de lo resuelto en esa ocasión. Así, la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos [...] ya no autoriza al Estado a tomar ponderaciones de esas características, cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica en el olvido de hechos de esa naturaleza [...] El Estado argentino ha asumido frente al dere-

⁹² Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, Recurso de hecho en la causa *Simón, Julio Héctor y Otros/Privación Ilegítima de Libertad*, 14 de junio de 2005, causa núm. 17.778.

cho internacional y en especial, frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades de derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos que conlleven crímenes de lesa humanidad.

Continuó diciendo que “tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana [...] constituye una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” y, en consecuencia, “las [...] dudas con respecto al alcance concreto del deber del Estado argentino con relación a las leyes de punto final y obediencia debida han quedado establecidas a partir de la decisión de la Corte Interamericana en el Caso Barrios Altos [...]”, ya que “[...] la traslación de [sus] conclusiones al caso argentino resulta imperativa [...]”.⁹³ La sentencia en comento señaló además que:

[...] desde ese punto de vista, a fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la supresión de las leyes de punto final y de obediencia debida resulta impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de aquéllas obstáculo normativo alguno para la persecución de hechos como los que constituyen la presente causa.

He querido a traer a colación este caso resuelto por la Corte Suprema Argentina en relación con las leyes de amnistía de ese país, respecto al cual la Corte Interamericana no ha conocido caso alguno sobre esa materia, para mostrar cómo el contenido y alcance de su jurisprudencia tienen un impacto directo en jurisdicciones diferentes de aquellas sobre las que se pronunció, gracias a lo que se ha denominado “diálogo jurisprudencial”.⁹⁴ En

⁹³ *Idem.*

⁹⁴ Al respecto véase Ayala Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012, pp. 68 a 102, y Dulitzky, Ariel, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”, en Abregu, Martín *et al.*, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales*

este caso, la jurisprudencia interamericana fue uno de los principales insumos o herramientas que tuvo en cuenta la Corte Suprema de Justicia de Argentina para poner límites al ejercicio de la potestad soberana del Estado en cuanto a la investigación de graves violaciones de derechos humanos y, de ese modo, levantar el manto de impunidad en que se encontraban muchas violaciones de los mismos.

5. La creación de un procedimiento administrativo para la delimitación de tierras indígenas en Nicaragua a raíz del caso *Awas Tingni*

El caso de la comunidad indígena *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* consistió en la concesión que otorgó el Estado nicaragüense a la compañía Sol del Caribe (SOLCARSA) con el objeto de realizar, en las tierras de la comunidad indígena Awas Tingni, trabajos de construcción de carreteras y explotación de madera, sin su consentimiento. Esta situación tenía como origen la inexistencia de procedimiento o mecanismo efectivo para delimitar, demarcar y titular la tierra indígena.⁹⁵ En efecto, desde 1990 no se habían titulado tierras a comunidades indígenas en ese país.⁹⁶

En su sentencia de agosto de 2001, la Corte Interamericana determinó que “[...] el Estado no dispone de un procedimiento específico para la titulación de la tierra comunal indígena”,⁹⁷ por lo cual declaró internacionalmente responsable a Nicaragua por la violación del derecho a la protección judicial.⁹⁸ Aunado a lo anterior, la Corte indicó que dicha falta de delimitación, demarcación y titulación del territorio de la comunidad constituye una

locales, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997, pp. 66-73.

⁹⁵ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79, párr. 127.

⁹⁶ *Ibidem*, párr. 126.

⁹⁷ *Ibidem*, párr. 124.

⁹⁸ *Ibidem*, párr. 138.

violación al derecho de propiedad comunal de la misma, “[...] en cuanto no saben con certeza hasta dónde se extiende geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, desconocen hasta dónde pueden usar y gozar libremente de los respectivos bienes”.⁹⁹ Fue esta la primera vez que la Corte Interamericana abordó el tema de la propiedad comunal indígena y la importancia de la misma para sus integrantes.

Teniendo esto en cuenta, la Corte ordenó que “el Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas”.¹⁰⁰

Poco después de un año desde la notificación de la sentencia de la Corte Interamericana al Estado de Nicaragua, el 13 de diciembre de 2002, se inició la discusión parlamentaria para la regulación de la propiedad comunal de los pueblos indígenas de la costa atlántica de Nicaragua, haciendo referencia, entre otras comunidades, a la de Mayagna Awas Tingni. Dicha discusión pretendió “[...] regular el Régimen de Propiedad Comunal, el mismo que ha caracterizado a las Comunidades Indígenas de la Costa Atlántica desde tiempos inmemorables”.¹⁰¹ A raíz de ello, el 23 de enero de 2003 se publicó la ley 445 sobre el “Régimen de Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los Ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz”, que contempla entre sus objetivos:

1. Garantizar a los pueblos indígenas y comunidades étnicas el pleno reconocimiento de los derechos de propiedad comunal, uso, administración, manejo de las tierras tradicionales y sus recursos naturales, mediante la demarcación y titulación de las mismas.

[...]

⁹⁹ *Ibidem*, párr. 153.

¹⁰⁰ *Ibidem*, párr. 164.

¹⁰¹ Asamblea Nacional de Nicaragua, Debates Parlamentarios, Ley Orgánica que Regula el Régimen de Propiedad Comunal de las Comunidades Indígenas de la Costa Atlántica y Bosawas, 13 de diciembre de 2002, <http://www.asamblea.gob.ni/trabajo-legislativo/diario-de-debates/>

3. Determinar los procedimientos legales necesarios para dicho reconocimiento, tomando en cuenta la plena participación de los pueblos indígenas y comunidades étnicas, a través de sus autoridades tradicionales.

[...]

5. Establecer las normas y procedimientos para el proceso de demarcación y titulación sobre el derecho de propiedad comunal objeto de esta Ley.

6. Definir el orden institucional que regirá el proceso de titulación de las tierras comunales de cada uno de los diferentes pueblos indígenas y comunidades étnicas objeto de esta Ley.¹⁰²

Además, por virtud de dicha ley se crea la Comisión Nacional de Demarcación y Titulación, entre cuyas funciones se encuentra dictaminar, resolver y dirigir el proceso de demarcación y titulación,¹⁰³ y se prevé el procedimiento “de demarcación y titulación” de las tierras comunales.¹⁰⁴ Con base en ello, la Corte consideró cumplido el punto resolutivo de la sentencia referida a la creación de un mecanismo para la delimitación, demarcación y titulación de las tierras comunales,¹⁰⁵ mecanismo al cual pudo acogerse la comunidad Mayagna Awas Tingni¹⁰⁶

En este sentido, con la ley 445 se corrigió la falencia estructural referida por la Corte en su sentencia, correspondiente a la falta de mecanismos para la demarcación, delimitación y titulación de las tierras comunales de las comunidades indígenas en

¹⁰² Ley de Régimen de Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los Ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz, *Gaceta* núm. 16 de 23 de enero de 2003, art. 2, <http://www.iadb.org/Research/legislacionindigena/leyn/docs/Nica-Nica-Ley-445-03-Propiedad-Comunal-PPII.doc> .

¹⁰³ Ley de Régimen de Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los Ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz, arts. 41 y 43.

¹⁰⁴ *Ibidem*, arts. 45 a 65.

¹⁰⁵ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 7 mayo de 2008, párr. 15.

¹⁰⁶ *Idem*.

Nicaragua, es decir, no había una política pública dirigida a resguardar y dar certeza jurídica a las comunidades y terceros sobre el territorios de estas, situación que en muchas oportunidades traía conflictividad social. En efecto, a raíz de dicha ley, según los datos oficiales, más de 300 comunidades indígenas se han acogido a la misma para solicitar la titulación de sus tierras,¹⁰⁷ de las cuales, más de 200 ya tienen tituladas sus tierras o están solo a la espera de saneamiento, que es la última etapa del procedimiento previsto en dicha ley.¹⁰⁸

6. Creación de un mecanismo de revisión del Código Penal costarricense en el marco del cumplimiento de la sentencia en *Herrera Ulloa*

El caso *Herrera Ulloa (la Nación) vs. Costa Rica* se refiere a la sanción penal impuesta contra al periodista Mauricio Herrera, quien, mientras trabajaba en el periódico *La Nación*, fue demandado por el representante permanente de Costa Rica ante la Organización Internacional de Energía Atómica, por los delitos de difamación, calumnias y publicación de ofensas, a raíz de la publicación y reproducción de varios artículos en los cuales se ponía de manifiesto supuestos hechos ilícitos. El señor Herrera Ulloa fue condenado penalmente por cuatro delitos de publicación de ofensas en la modalidad de difamación. Ante la Corte, se alegó principalmente la violación del derecho a la libertad de expresión y el derecho a recurrir la sentencia en los términos establecidos en la Convención, siendo esta última violación la que nos interesa para la materia que venimos analizando.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Consejo Regional Autónomo Costa Caribe Norte, Comisión Nacional de Demarcación y Titulación, *Territorios en Proceso de Titulación*, <http://www.craan.gob.ni/index.php/cona/84-cona/112-proceso>.

¹⁰⁸ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 3 de abril de 2009, párr. 14.

¹⁰⁹ Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, núm. 107.

El 2 de julio de 2004, la Corte IDH se pronunció en el presente caso estableciendo la responsabilidad del Estado por violación del derecho a la libertad de expresión del señor Herrera Ulloa. Además, la Corte estimó que los recursos de casación presentados por el señor Herrera Ulloa no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior, determinando la responsabilidad internacional del Estado por la violación del artículo 8.2.h de la Convención Americana.¹¹⁰

En materia de reparaciones, la Corte dispuso, entre otras medidas, que dentro de un plazo razonable, Costa Rica debía adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 2 de la misma, respecto del derecho al recurso.

Costa Rica cumplió con la sentencia de la Corte al haber adoptado dos reformas legislativas con el objeto de subsanar la falencia estructural advertida por la Corte IDH en lo que respecta al derecho al recurso en materia penal. De este modo, en 2006, Costa Rica adoptó la ley 8503, mediante la cual se ampliaron los supuestos para la interposición del recurso de casación y se habilitó la recepción y análisis de la prueba por parte del Tribunal de Casación. Asimismo, mediante una cláusula transitoria, se estableció un procedimiento de revisión especial para aquellas personas condenadas con fecha anterior a esta norma y que considerasen que se les haya obstaculizado formular recurso de casación en contra de su sentencia.

Posteriormente, en 2010, se adoptó la ley 8837, que creó el recurso de apelación que procede ante la inconformidad con la determinación de los hechos, la incorporación y valoración de la prueba, la fundamentación jurídica o la fijación de la pena. También se dispuso de una cláusula transitoria, que estableció un procedimiento de revisión o de adecuación del recurso para personas que pudiesen haberse visto afectadas con anterioridad

¹¹⁰ *Ibidem*, párrs. 135, 137 y ss.

a la entrada en vigencia de esta ley.¹¹¹ Esta circunstancia fue posteriormente analizada por la Corte Interamericana, no solo en las respectivas resoluciones de supervisión de cumplimiento relativas al caso examinado, sino en un nuevo caso contencioso, a saber, *Amrhein y otros vs. Costa Rica*, donde pudo ser constatado el impacto positivo que adquirieron las reparaciones estructurales ordenadas por la Corte en *Herrera Ulloa*, particularmente en cuanto a la adopción de la referida ley 8837.¹¹²

En el presente caso, la falencia estructural se encontraba en la interpretación restrictiva que los tribunales de Costa Rica habían hecho de las causales de procedencia del recurso de revisión en materia penal y del análisis restrictivo de la prueba que se hacía. Para enmendar esta falencia estructural advertida por la Corte IDH, Costa Rica optó por seguir la vía legislativa mediante dos reformas legislativas. Es importante advertir que con este caso, por un lado, se solucionó un problema hacia futuro mediante la compatibilización del ordenamiento jurídico de Costa Rica con la Convención Americana y, por el otro, se abrió la posibilidad, a través de un procedimiento transitorio, de subsanar la situación a personas que se considerasen también afectadas y cuyos casos hubiesen ocurrido con anterioridad a la vigencia de las leyes citadas.

7. Los avances en la tipificación penal de los delitos de calumnia e injuria en Argentina a raíz del cumplimiento de la sentencia del caso *Kimel*

La Corte Interamericana conoció del caso *Kimel vs. Argentina*, en donde se discutió la imposición de una condena penal a un periodista por el delito de injurias, en primer lugar, y luego, en segunda instancia, por el delito de calumnia, debido a la publicación de un libro en el cual critica la actuación de un juez que resolvió el caso conocido como la matanza de San Patricio o la de

¹¹¹ Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 22 de noviembre de 2010.

¹¹² Corte IDH. *Caso Amrhein y otros vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C, núm. 354.

los sacerdotes palotinos. En el derecho penal argentino, el delito de injurias estaba tipificado como “[e]l que deshonrar o desacreditare a otro, será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil o prisión de un mes a un año”; mientras que el delito de calumnia estaba tipificado de tal forma que “[l]a calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública, será reprimida con prisión de uno a tres años”.¹¹³

En este proceso, el Estado reconoció su responsabilidad internacional en cuanto a que “[...] la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana”, por lo cual, la Corte determinó que “[...] la tipificación penal correspondiente contraviene los artículos 9 y 13.1 de la Convención”, referidos al derecho al principio de legalidad y a la libertad de expresión.¹¹⁴ La Corte Interamericana estableció que el señor Kimel realizó una reconstrucción de la investigación judicial de la masacre y, a partir de ella, emitió un juicio de valor crítico sobre el desempeño del poder judicial durante la última dictadura militar en Argentina y del juez que conoció la causa sobre la muerte de los sacerdotes palotinos, lo que no podía ser objeto de persecución penal, pues trataba de cuestiones de interés público.

Teniendo eso en cuenta, la Corte ordenó al Estado “que adecue en un plazo razonable su derecho interno a la Convención, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado [...] se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio de la libertad de expresión”.¹¹⁵

Poco más de un año después de la notificación de la sentencia de la Corte, el 26 de noviembre de 2009, se promulgó la ley 26.551, mediante la cual se modificó la tipificación penal de los delitos de calumnia e injuria. Así, el delito de injuria quedó tipificado como:

¹¹³ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, núm. 177, párrs. 64 y 65.

¹¹⁴ *Ibidem*, párrs. 66 y 67.

¹¹⁵ *Ibidem*, párr. 128.

El que intencionalmente deshonrar o desacreditar a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos (\$ 1.500.-) a pesos veinte mil (\$ 20.000.-). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público.¹¹⁶

Por su parte, la calumnia quedó tipificada de la siguiente forma:

La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil (\$ 3.000.-) a pesos treinta mil (\$ 30.000.-). En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.¹¹⁷

De las nuevas tipificaciones de los delitos de calumnia e injuria se observa que: *i.* fueron excluidas de dicha sanción las expresiones que se refieren a asuntos de interés público, y *ii.* asigna como penas sanciones de naturaleza económica. Teniendo esto en cuenta, la Corte advirtió que dicha modificación legislativa “[...] efectivamente modifica la tipificación y sanción de los delitos de calumnia e injuria de forma que no incluyan ‘expresiones que no sean asertivas’, y asigna como penas, por la comisión de dichos delitos, multas económicas”.¹¹⁸

Entonces, el Estado de Argentina acogió la decisión de la Corte Interamericana para proceder a la modificación de las normas que penalizaban el debate sobre cuestiones de interés público con la injuria y la calumnia. Así, la orden de la Corte Interamericana coadyuvó a la reparación de la falencia estructural en dicho país, que consistía en la tipificación inconvencional de los delitos de calumnia e injuria al hacer extensivos estos tipos penales cuando se trataban cuestiones de interés público, con los efectos

¹¹⁶ Ley 26.551, Modificación al Código Penal de Argentina, 26 de noviembre de 2009, art. 2, <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anejos/160000-164999/160774/norma.htm>.

¹¹⁷ *Ibidem*, art. 1.

¹¹⁸ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 18 de mayo de 2010, párr. 33.

lesivos que esto tenía para el debate democrático y de control social sobre los actos de los funcionarios públicos.

8. La tendencia abolicionista de la pena de muerte en Guatemala, a raíz de la sentencia al caso *Raxcacó Reyes*

El caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala* trata del secuestro de un menor de edad por casi 24 horas, el cual, producto de un operativo policial, fue liberado y sus secuestradores capturados. Los tribunales internos le impusieron al autor directo del secuestro la pena de muerte.

En la fecha en que Guatemala depositó el instrumento de ratificación de la Convención Americana, el 25 de mayo de 1978, se encontraba vigente el decreto legislativo 17/73, Código Penal, cuyo artículo 201 consagraba la pena de muerte como sanción para el delito de plagio o secuestro cuando, con motivo o en ocasión del mismo, falleciera la persona secuestrada. La misma conducta típica sin resultado de muerte era sancionada con pena privativa de la libertad de 8 a 15 años.¹¹⁹

Con posterioridad a la ratificación de la Convención Americana, el delito de plagio o secuestro fue objeto de tres reformas legales. La segunda reforma se introdujo mediante el decreto legislativo 14/95 y sancionaba a todo culpable del delito de secuestro con pena de muerte, sin importar si el secuestrado había fallecido o no. Además, en la reforma se indicó que había aplicación automática de la pena y que quedaban excluidas todas las causales de atenuación de la misma.

El señor Raxcacó, afectado con la imposición de la pena de muerte en primera instancia, usó todos los medios de impugnación del ordenamiento jurídico, argumentando, entre otras cosas, que la sanción era contraria a la Convención Americana, toda vez que ampliaba el catálogo de delitos sancionados con pena de muerte que se encontraba vigente al momento de la ratificación de la Convención Americana.

¹¹⁹ Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 133, párr. 43.

El tribunal de apelación, ante el recurso ejercido por el señor Raxcacó, señaló que era “[...] notorio que el delito de Plagio o Secuestro ya tenía contemplada dicha pena, cuando falleciera la víctima [para la fecha de ratificación de la Convención]”.¹²⁰ En términos similares se pronunció la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, que dispuso que, desde la ratificación de la Convención, “[...] no se ha modificado el tipo penal en su estructura, ya que continúa individualizando las mismas conductas que prohibía con anterioridad a ellas”.¹²¹ En el mismo sentido se pronunció la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.¹²²

La Corte Interamericana dictó sentencia en septiembre de 2005 e indicó que: *i*) la modificación de la legislación para aumentar el catálogo de delitos a los cuales les era aplicable la pena de muerte era contrario a la Convención Americana;¹²³ *ii*) la imposición de la pena de muerte por cualquier tipo de plagio no atendía a la categoría de “delitos más graves”, a la cual deben necesariamente pertenecer los delitos a los cuales se les imponga dicha pena,¹²⁴ y *iii*) la prohibición de imponer la pena de muerte obligatoria, pues “[...] trataba a los acusados ‘no como seres humanos individuales y únicos, sino como miembros indiferenciados y sin rostro de una masa que será sometida a la aplicación ciega de la pena de muerte’”.¹²⁵ La Corte, además, reafirmó la condena a Guatemala por la inexistencia de un recurso efectivo de indulto o gracia.¹²⁶

En este sentido la Corte indicó que:

[...] aun cuando no se ha ejecutado al señor Raxcacó Reyes, se ha incumplido el artículo 2 de la Convención. La sola existencia del artículo 201 del Código Penal guatemalteco, que sanciona con pena de muerte obligatoria cualquier forma de plagio o secuestro y am-

¹²⁰ *Idem.*

¹²¹ *Idem.*

¹²² *Idem.*

¹²³ *Ibidem*, párr. 66.

¹²⁴ *Ibidem*, párr. 71.

¹²⁵ *Ibidem*, párr. 80.

¹²⁶ *Ibidem*, párr. 85.

plía el número de delitos sancionados con dicha pena, es *per se* violatoria de esa disposición convencional.¹²⁷ Este criterio es conforme con la Opinión Consultiva OC-14/94 de la Corte, de acuerdo con la cual “en el caso de las leyes de aplicación inmediata, [...] la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición”.¹²⁸

Por dichas razones, la Corte le ordenó a Guatemala:

[L]a modificación [...] del artículo 201 del Código Penal [guatemalteco] de manera que se estructuren tipos penales diversos y específicos para determinar las diferentes formas de plagio o secuestro, en función de sus características, la gravedad de los hechos y las circunstancias del delito, con la correspondiente previsión de punibilidades diferentes, proporcionales a aquéllas, así como la atribución al juzgador de la potestad de individualizar las penas en forma consecuente con los datos del hecho y el autor, dentro de los extremos máximo y mínimo que deberá consagrar cada conminación penal. Esta modificación, en ningún caso, ampliará el catálogo de delitos sancionados con la pena capital con anterioridad a la ratificación de la Convención Americana. Mientras esto ocurra, el Estado deberá abstenerse de aplicar la pena de muerte y ejecutar a los condenados por el delito de plagio o secuestro exclusivamente.¹²⁹

Mientras no se realicen las modificaciones señaladas en el punto resolutivo anterior, el Estado deberá abstenerse de aplicar la pena de muerte y ejecutar a los condenados por el delito de plagio o secuestro, en los términos del párrafo 132 de la [...] Sentencia.

¹²⁷ Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C, núm. 119, párr. 221; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otro vs. Trinidad y Tobago*, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C, núm. 94, párrs. 114 y 116; *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C, núm. 69, párr. 176, y *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C, núm. 35, párr. 98.

¹²⁸ Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, Fondo Reparaciones y Costas, *cit.*, párr. 116, y Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94, de 9 de diciembre de 1994. Serie A, núm. 14, párr. 43.

¹²⁹ Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, *cit.*, párr. 132.

Es pertinente señalar que la Corte Interamericana no ha emitido resolución mediante la cual declare que el Estado ha cumplido alguna de las medidas de reparación referidas.¹³⁰ No obstante, el impacto de dicha sentencia ha sido visible dentro de la jurisdicción guatemalteca. En efecto, desde 2006, el Estado de Guatemala no ha dictado condenas que tengan contemplada la pena de muerte, e incluso ha revocado las últimas sentencias de condena, conmutando las penas de muerte por penas de prisión máximas. Se ha afirmado que “En marzo del presente año, la última condena a muerte fue revocada por la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia. Esto marca un hito en la lucha contra la pena de muerte y es consecuencia de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.¹³¹

Este impacto ha cobrado particular importancia en los últimos años en los que ha sido supervisado el cumplimiento de las reparaciones ordenadas en la sentencia del caso *Raxcacó Reyes*, ya que Guatemala informó, tal y como se ve reflejado en la resolución de supervisión más reciente,¹³² que habría sido modificado el contenido del artículo 201 del Código Penal guatemalteco mediante una resolución judicial de efectos generales emitida por la Corte de Constitucionalidad en fecha 24 de octubre de 2017, la cual suprimía la pena capital en varios tipos penales. Si bien la Corte

¹³⁰ Véase Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 22 de septiembre de 2006; *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 28 marzo de 2008; *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 28 marzo de 2008, y *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 9 mayo de 2008, y *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 9 mayo de 2008.

¹³¹ Rodríguez Barillas, Alejandro, “Pena de muerte en Guatemala: la lucha por su abolición”, en Estada Duarte, Gary Allan *et al.*, *El corredor de la muerte vacío: argumentos para la defensa de la vida y la abolición de la pena de muerte*, *El Observador Judicial*, núm. 89, Año 12, p. 22. Véase también Barrientos Pellecer, César, “Conmutación de la pena de Muerte en Guatemala”, en Estada Duarte, Gary Allan *et al.*, *op. cit.*, p. 20, <http://biblioteca.oj.gob.gt/digitales/43312.pdf>.

¹³² Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 30 enero de 2019.

Interamericana no pudo valorar la incidencia de esa decisión en la reparación concreta, dado que ello estaba siendo recientemente informado, constituyó un indicio positivo de cómo los cambios estructurales por fin empezaban a materializarse en ese país.

De esta forma, vale la pena concluir que el impacto de la sentencia de la Corte Interamericana debe ser valorado no a la luz del cumplimiento de la sentencia correspondiente, sino a la luz del efecto irradiador que tuvo la sentencia en otros casos similares. Fueron los abogados de estas otras personas, especialmente defensores públicos, quienes, utilizando la sentencia en comento y lo ordenado por la Corte Interamericana, recurrieron a los tribunales internos para que se revocaran las sentencias donde se condenaba a pena de muerte y se impusieran penas privativas de libertad. Este planteamiento tuvo plena acogida en los tribunales guatemaltecos, y en todos los casos donde se había aplicado la pena de muerte se impuso pena privativa de libertad.

9. Eliminación de restricciones legales en Costa Rica para el acceso a la fecundación *in vitro* como método de reproducción asistida en el caso *Artavia Murillo y Gómez Murillo*

El caso *Artavia Murillo y otros* (“Fecundación *in vitro*”) vs. *Costa Rica* trata sobre una decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica del año 2000 que anuló, por inconstitucional, el decreto ejecutivo 24029, de 1995, que autorizaba la práctica de la fecundación *in vitro* (FIV). La Sala Constitucional señaló, entre otros argumentos, que esta practica atenta contra la vida y la dignidad del ser humano, ya que la vida humana se inicia desde el momento de la fecundación, por tanto, cualquier eliminación o destrucción de óvulos fecundados resultaría en una evidente violación al derecho a la vida contenido en la Constitución.¹³³ Esta sentencia derivó en la interrupción del tratamiento médico que habían iniciado un grupo de personas, mientras que

¹³³ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 257.

otras se vieron obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la FIV. En definitiva, esta decisión implicó que en la práctica se prohibiera la FIV en Costa Rica.

La Corte IDH determinó la responsabilidad internacional de Costa Rica por haber vulnerado los derechos a la vida privada y familiar, así como el derecho a la integridad personal, en relación con la autonomía personal, el derecho a decidir tener hijos biológicos mediante una técnica de reproducción asistida, la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, y el principio de no discriminación, en perjuicio de 18 personas.¹³⁴

Con el fin de que la referida prohibición no continuara teniendo efectos jurídicos en Costa Rica y prevenir la recurrencia de violaciones como las del presente caso, la Corte ordenó al Estado determinadas garantías de no repetición, a saber:

1. “[...] adoptar las medidas apropiadas para que quede sin efecto con la mayor celeridad posible la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo”, y
2. “[...] regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la [...] Sentencia” y “[...] establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida”.

En febrero de 2016, la Corte emitió una resolución en la cual supervisó el cumplimiento del caso *Artavia Murillo* y, entre otros aspectos, de las referidas garantías de no repetición.¹³⁵

¹³⁴ Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquineta Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega Cordero, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza.

¹³⁵ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 26 de febrero de 2016.

En cuanto a la referida orden de dejar sin efectos la prohibición de la FIV, la Corte constató en su resolución que, hasta diciembre de 2015, la posición estatal fue la de relacionar el cumplimiento de esta reparación con la aprobación de una ley por parte del poder legislativo que autorizara la FIV y la regulara, e informó sobre tres proyectos de ley que, transcurridos más de tres años desde la notificación de la sentencia, no habían sido aprobados y presentaban obstáculos en su trámite legislativo.¹³⁶

Por otra parte, los representantes de las víctimas de este caso y otra persona interesada en acceder a la FIV habían interpuesto al menos seis recursos de amparo ante la Sala Constitucional, con los cuales pretendían que se dejara sin efecto la prohibición de la FIV, así como que dicha técnica fuera brindada a los recurrentes en un centro público o privado de salud. Estos recursos fueron rechazados de plano o declarados improcedentes por la Sala Constitucional, por considerar, entre otros argumentos, que no le corresponde “ordenar la ejecución” de las sentencias de la Corte Interamericana ni “suplir la supervisión de cumplimiento de las mismas”.

Ante la coyuntura previamente descrita y con la finalidad de cumplir con la sentencia de la Corte, el poder ejecutivo de Costa Rica dictó el Decreto 39210- MP-S denominado “Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria”.

Paradójicamente, una vez dictado este decreto, que apuntaba justamente en la dirección de dar cumplimiento a la medida de reparación de garantía de no repetición, estructuralmente, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica lo declaró inconstitucional, a pesar de haber sido la única medida adoptada por alguna autoridad u órgano estatal en más de tres años desde la emisión de la sentencia. Los argumentos de ese Máximo Tribunal se resumieron en argüir que la emisión de ese decreto iba en detrimento del principio de reserva de ley, ya que, según la Sala, gran parte del contenido normativo de esa actuación ejecutiva normaba aspectos de la fecundación *in vitro* que

¹³⁶ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, *cit.*

solamente un Parlamento podría haber normado, ya que constitucionalmente sería el único poder público con esas competencias.

Es por ello que la Corte IDH, ante la demora en el cumplimiento del levantamiento de la prohibición de la FIV, y considerando el impacto negativo que tenía el transcurso del tiempo en las personas que deseaban someterse a esta técnica, dispuso en la resolución de supervisión de cumplimiento que, de conformidad con lo establecido en la sentencia de fondo, debía tenerse en cuenta que

La prohibición de practicar la FIV es manifiestamente incompatible con la Convención Americana por violar dichos derechos y, por lo tanto, no puede producir efectos jurídicos en Costa Rica ni constituir un impedimento al ejercicio de los referidos derechos protegidos por la Convención. En consecuencia, a la luz de la Convención Americana y la reparación ordenada en la Sentencia, debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y, de forma inmediata, se debe permitir el ejercicio del derecho a decidir sobre si tener hijos biológicos a través del acceso a dicha técnica de reproducción asistida, tanto a nivel privado como público, sin necesidad de un acto jurídico estatal que reconozca esta posibilidad o regule la implementación de la técnica. No puede imponerse sanción por el solo hecho de practicar la FIV.¹³⁷

En cuanto a la medida relativa a la regulación de la FIV, en la referida resolución de 2016, la Corte, observando que el referido decreto ejecutivo 39210-MP-S era la única medida adoptada por el Estado para cumplir con la reparación ordenada, dispuso que se mantuviera vigente el mismo, en aras de evitar hacer ilusorio el ejercicio del derecho a decidir tener hijos biológicos mediante la técnica de la FIV. Ello, sin perjuicio de que el órgano legislativo emitiera en el futuro alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la sentencia, lo cual aún no ha sucedido.¹³⁸

Afortunadamente, tras la resolución emitida por la Corte, el panorama de cumplimiento cambió rápida y positivamente. Prue-

¹³⁷ *Ibidem*, párr. 26.

¹³⁸ *Ibidem*, párr. 36.

ba de ello fue la presentación de un segundo caso contencioso,¹³⁹ que si bien ostentaba víctimas diferentes, se había originado por la misma circunstancia de prohibición de la FIV en Costa Rica. En una etapa muy temprana del proceso, las partes llegaron a un acuerdo de arreglo amistoso, el cual contenía disposiciones significativamente compatibles con las medidas de reparación ordenadas en el caso *Artavia Murillo*, y fue por esa razón que la Corte Interamericana homologó dicho acuerdo en la sentencia del caso. Cabe destacar que el cese de este procedimiento ante la Corte IDH y la resolución de supervisión del caso *Artavia Murillo* acaecieron con pocos meses de diferencia.

Como hemos podido observar, la falencia estructural surgió por una interpretación restrictiva de derechos y contraria a la Convención Americana que hizo la Sala Constitucional, al prohibir la práctica de la FIV. La sentencia de la Corte IDH y la resolución de supervisión de cumplimiento que declaró que el decreto ejecutivo debía entenderse vigente han tenido un gran impacto en Costa Rica, ya que es de conocimiento público que se ha empezado a practicar la técnica de fecundación *in vitro* en centros de salud privados, y más de 70 niños concebidos con esta técnica han nacido en el país.¹⁴⁰ Además, recientemente, la seguridad social costarricense ha empezado a brindar el tratamiento de fecundación *in vitro*.

10. Adecuación de la tipificación del delito de desaparición forzada y del delito de tortura en la normativa penal Panameña respecto al caso *Heliodoro Portugal*

Los hechos del caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá* se refieren a la desaparición forzada del señor Portugal, acaecida en 1970. Después de ocurrida la desaparición, sus familiares presentaron

¹³⁹ Corte IDH. *Caso Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 326.

¹⁴⁰ Ávalos, Ángela, “71 bebés concebidos ‘in vitro’ han nacido en Costa Rica desde el regreso de la FIV”, *La Nación*, 20 de febrero de 2018, <https://www.nacion.com/el-pais/salud/71-bebes-concebidos-in-vitro-han-nacido-en-costa/QBNL6C4NGVELBDN3UAR5K3M5TY/story/>

una serie de recursos judiciales con el fin de localizarlo, todos los cuales fueron infructuosos. 29 años más tarde, en 1999, pudieron identificar su cadáver, el cual se encontraba en un cuartel militar.

La Corte IDH estableció que Panamá era internacionalmente responsable por la desaparición forzada del señor Heliodoro Portugal.¹⁴¹ Asimismo, que “la falta de tipificación del delito autónomo de desaparición forzada de personas ha obstaculizado el desarrollo efectivo de un proceso penal que abarque los elementos que constituyen la desaparición forzada de personas, lo cual permite que se perpetúe la impunidad”.¹⁴² Igualmente, la Corte indicó que Panamá había incumplido con su obligación de tipificar adecuadamente el delito de tortura.¹⁴³

La Corte IDH le ordenó a Panamá, como medida de reparación, entre otras acciones, que debía tipificar los delitos de desaparición forzada de personas y tortura, en un plazo razonable.

El Estado de Panamá tipificó adecuadamente el delito de tortura, para lo cual transcribió en su código el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y no limitó el sujeto activo únicamente a funcionarios públicos.¹⁴⁴ De igual modo, Panamá modificó la tipificación del delito de desaparición forzada previsto en el artículo 152 del Código Penal acorde con el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana.¹⁴⁵

Cabe destacar que, habida cuenta del análisis de hecho y de derecho efectuado por la Corte Interamericana, la falencia estructural en este caso radicaba en la falta de tipificación de un delito autónomo que recogiera las particularidades propias de las desapariciones forzadas, pues, en la medida en que ello no estu-

¹⁴¹ Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, núm. 186, párr. 117.

¹⁴² *Ibidem*, párr. 183.

¹⁴³ *Ibidem*, párrs. 210 y 215.

¹⁴⁴ Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 19 de junio de 2012.

¹⁴⁵ Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 14 de noviembre de 2017.

viera así reflejado en el ordenamiento jurídico-penal panameño, los responsables serían liberados o, en el mejor de los casos, condenados incorrectamente y, en consecuencia, conducido a un clima de absoluta impunidad. El mismo análisis puede extrapolarse a la falta de una tipificación adecuada del delito de tortura.

11. Supresión de la jurisdicción militar en México para el juzgamiento de civiles

Un último tema a desarrollar es el correspondiente a la jurisdicción militar en México, al cual la Corte hizo referencia en los casos *Radilla Pacheco*, *Fernández Ortega y otros*, *Rosendo Cantú y otros*, y *Cabrera García y Montiel Flores*.

En el caso *Radilla Pacheco*, la Corte Interamericana debió conocer de la “[...] presunta desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, que habría tenido lugar desde el 25 de agosto de 1974, a manos de efectivos del Ejército en el Estado de Guerrero, México”.¹⁴⁶ En particular, el asunto relevante a los efectos del presente análisis se refiere a la competencia de la jurisdicción militar para conocer de aquellos delitos que califican como violaciones de derechos humanos en perjuicio de civiles, perpetrados por funcionarios militares.¹⁴⁷

Dicha competencia se encontraba prevista, entre otros ordenamientos, en el artículo 57 del Código de Justicia Militar mexicano, el cual preveía que “[s]on delitos contra la disciplina militar: [...] II. los del orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que seguidamente se expresan: a) [q]ue fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo [...]”.¹⁴⁸ En efecto, según fue señalado en un peritaje durante la audiencia pública ante la Corte, “[se sale del] ámbito estricto [y] cerrado

¹⁴⁶ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209, párr. 2.

¹⁴⁷ *Ibidem*, párr. 271.

¹⁴⁸ *Idem*.

[...] de la disciplina militar [...]”, además de que “[n]o solamente es más amplio respecto del sujeto activo, sino que es más amplio porque no considera al sujeto pasivo [...]”.¹⁴⁹

En este caso, sobre la base de la reiterada jurisprudencia de la Corte en casos relacionados con Perú, Chile, Colombia y Guatemala, la Corte afirmó que

[...] reiteradamente ha establecido que la jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado la conserve, su utilización debe ser mínima, según sea estrictamente necesario, y debe encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno. En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha señalado anteriormente que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.¹⁵⁰

Aunado a ello, la Corte invocó su jurisprudencia previa para afirmar que, “[...] tomando en cuenta la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria”, añadiendo finalmente que cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.¹⁵¹

Con base en lo anterior, la Corte concluyó que “[...] si los actos delictivos cometidos por una persona que ostente la calidad de militar en activo no afectan los bienes jurídicos de la esfera

¹⁴⁹ *Ibidem*, párr. 276.

¹⁵⁰ *Ibidem*, párr. 272.

¹⁵¹ *Ibidem*, párr. 273.

castrense, dicha persona debe ser siempre juzgada por tribunales ordinarios. En este sentido, frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar”.¹⁵²

A la luz de dichos estándares, la Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado, ya que la detención y desaparición de la víctima Radilla Pacheco “[...] no guardan relación con la disciplina castrense”, añadiendo que “en un Estado de Derecho, la comisión de actos tales como la desaparición forzada de personas en contra de civiles por parte de elementos de la fuerza militar nunca puede ser considerada como un medio legítimo y aceptable para el cumplimiento de la misión castrense. Es claro que tales conductas son abiertamente contrarias a los deberes de respeto y protección de los derechos humanos y, por lo tanto, están excluidas de la competencia de la jurisdicción militar”.¹⁵³ Ante ello, visto que el artículo 57 referido del Código de Justicia Militar “[...] opera como una regla y no como una excepción, característica indispensable de la jurisdicción militar para ser conforme a los estándares establecidos por esta Corte”,¹⁵⁴ el tribunal declaró su incompatibilidad con la Convención Americana¹⁵⁵ y ordenó “[...] que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal”¹⁵⁶ y que “debe adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar [el artículo 57 del Código de Justicia Militar] con los estándares internacionales de la materia y de la Convención”.¹⁵⁷

La *ratio* antes descrita fue reiterada en los casos *Fernández Ortega y otros* y *Rosendo Cantú y otros*, en los que se declaró la responsabilidad internacional del Estado por la intervención de la jurisdicción militar en la investigación sobre los hechos de vio-

¹⁵² *Ibidem*, párr. 274.

¹⁵³ *Ibidem*, párr. 277.

¹⁵⁴ *Ibidem*, párr. 287.

¹⁵⁵ *Ibidem*, párr. 289.

¹⁵⁶ *Ibidem*, párr. 340.

¹⁵⁷ *Ibidem*, párr. 342.

lencia sexual perpetrados por personal militar en contra de las señoras Fernández Ortega y Rosendo Cantú. En dicha sentencia ratificó la incompatibilidad del artículo 57 del Código de Justicia Militar con la Convención Americana¹⁵⁸ y, además, señaló que “[...] cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin”.¹⁵⁹ Como consecuencia, la Corte, en adición a la modificación legislativa correspondiente, determinó que “[...] corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el fuero penal ordinario”.¹⁶⁰

El último de los casos a estudiar es el correspondiente a *Cabrera García y Montiel Flores*, de cuyos hechos se desprende que funcionarios militares en ejercicio cometieron actos de tortura en perjuicio de las víctimas, por lo cual la investigación penal fue encabezada por fiscales militares.¹⁶¹ En dicha sentencia, concluyen que la jurisdicción militar no es competente para investigar, juzgar y sancionar a autores de cualquier tipo de violación de derechos humanos, recalcando que dicha conclusión se aplica “[...] no solo a casos de tortura, desaparición forzada y violación sexual, sino a todas las violaciones de derechos humanos”.¹⁶² Reiterando la jurisprudencia de los casos antes citados, la Corte ordenó la modificación legislativa del artículo 57 del Código de

¹⁵⁸ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215, párrs. 177 y 179, y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216, párrs. 161 y 163.

¹⁵⁹ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, *cit.*, párr. 236.

¹⁶⁰ *Ibidem*, párr. 237.

¹⁶¹ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 220, párr. 194.

¹⁶² *Ibidem*, párr. 198.

Justicia Militar, al igual que el desarrollo de una práctica judicial dirigida al cumplimiento de los estándares desarrollados a la luz de la Convención Americana.

Sobre la base de la jurisprudencia de la Corte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación inició la incorporación de dichos criterios en su jurisprudencia constitucional. El 30 de agosto de 2012, la Suprema Corte dictó sentencia al amparo en revisión 134/2012, donde se desaplicó el artículo 57 del Código de Justicia Militar en contra del recurrente, pues “[...] la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para juzgar y sancionar a la autora de violaciones de derechos humanos de los civiles víctimas de tales ilícitos”, en aplicación del control de convencionalidad.¹⁶³ En el mismo orden de ideas, la Suprema Corte se refirió a las limitaciones a la jurisdicción militar en varias otras oportunidades,¹⁶⁴ consolidando de esta forma los estándares desarrollados por la Corte Interamericana en su jurisprudencia.

Finalmente, y a raíz de las decisiones de la Corte Interamericana, el 13 de junio de 2014 se modificó el artículo 57 del Código de Justicia Militar, identificando como delitos sobre los cuales tiene competencia dicha jurisdicción:

[...] II. Los del orden común o federal, siempre y cuando no tenga la condición de civil el sujeto pasivo que resiente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva o la persona titular del bien jurídico tutelado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en ley penal como delito, en los siguientes supuestos: a) Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo [...].¹⁶⁵

De esta forma, se observa cómo a raíz de las sentencias de la Corte Interamericana, el Estado mexicano, en primer lugar

¹⁶³ SCJN. Amparo en revisión 134/2012, decisión de 30 de agosto de 2012, <http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/P12001340.pdf>

¹⁶⁴ SCJN. Amparo en revisión 63/2012, decisión de 3 de septiembre de 2012, http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/AmparoRevision_63_2012.pdf, y amparo en revisión 252/2012, decisión de 11 de septiembre de 2012, http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/AmparoRevision_252_2012.pdf

¹⁶⁵ Código de Justicia Militar de 13 de junio de 2014, art. 57, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/4_130614.pdf

mediante sus tribunales, y sucesivamente mediante sus órganos parlamentarios, procedió a adaptar los estándares de la Corte Interamericana en su ordenamiento jurídico interno, de tal forma que la jurisdicción penal militar se encuentra ahora limitada a aquellos delitos cometidos por funcionarios militares en ejercicio de su función militar, en los términos desarrollados por la misma Corte.

IV. CONCLUSIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha jugado y está jugando un protagonismo importante en la evolución del derecho interamericano de derechos humanos. Este rol protagónico se ha visto reflejado tanto en sus aportes jurisprudenciales, al dotar de contenido y alcance a los derechos convencionales, como en las transformaciones institucionales o de prácticas emprendidas por medio de las reparaciones integrales ordenadas, en especial en su dimensión de garantías de no repetición.

Al respecto, considero importante entender que las reparaciones integrales tienen la virtud de no convertir las sentencias de la Corte Interamericana en decisiones meramente declarativas, sino que las convierten en un instrumento vivo que cambia realidades, tanto de víctimas de derechos humanos como de países.

La reparación integral, por tanto, va más allá de la reparación clásica del daño (material e inmaterial) a través de una indemnización económica, sino que mira el daño e impacto que una violación de derechos humanos produce, tanto en una dimensión individual como colectiva, haciendo que la reparación se oriente no solo desde una óptica económica del ser humano, sino también desde una perspectiva más amplia e inmersa en un mundo de interacción social.

El componente o dimensión que constituyen las garantías de no repetición, en cuanto al concepto de la reparación integral, cumple, al mismo tiempo, una función transformadora de la realidad social y de prevención, ya que busca extirpar el hecho generador del daño o crear los mecanismos necesarios para el efectivo disfrute de los derechos. Los ejemplos dados son un buen reflejo

del gran impacto transformador y de la posibilidad de materializar las garantías de no repetición.

Es interesante observar cómo las garantías de no repetición ordenadas por la Corte Interamericana como tribunal internacional no han encontrado una respuesta antagónica amparada en que se trataba de una intromisión en la soberanía estatal, sino, por el contrario, se han convertido en una herramienta efectiva para ayudar al Estado a desarticular una fuente generadora de violaciones de derechos humanos (casos de la censura cinematográfica, caso de las leyes de amnistías, delitos de injuria y calumnia como mecanismo para sancionar el debate sobre cuestiones de interés público, jurisdicción militar para juzgar a civiles) o llenar vacíos o déficits institucionales a través de la creación de una institucionalidad (casos de acceso a la información y propiedad indígena).

Además, de la mano, la evolución de la necesidad de corregir dichas falencias estructurales perjudiciales a los derechos humanos ha favorecido que los tribunales nacionales de los Estados, voluntariamente y sin necesidad de someterse a la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, se acojan a los estándares desarrollados por la Corte, como ocurrió en el caso de las leyes de amnistía. Es así como se evidencia un impacto estructural indirecto, en el sentido de que la jurisprudencia de la Corte Interamericana favoreciera que un tribunal nacional corrigiera falencias estructurales dentro de su jurisdicción. Esto ha ayudado, por un lado, a una mejor protección de los derechos humanos y, por el otro, a la consolidación o profundización del Estado de derecho.

Espero que en los próximos años, cuando nuevamente analicemos el impacto de las decisiones de la Corte Interamericana, podamos observar y decir que sigue cambiando realidades.

BIBLIOGRAFÍA

ÁVALOS, Ángela, “71 bebés concebidos ‘in vitro’ han nacido en Costa Rica desde el regreso de la FIV”, *La Nación*, 20 de febrero de 2018, <https://www.nacion.com/el-pais/salud/71-bebes-concebidos-in-vitro-han-nacido-en-costa/QBNL6C4N-GVELBDN3UAR5K3M5TY/story/>

- AYALA CORAO, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012.
- BARRIENTOS PELLECCER, César, “Conmutación de la pena de Muerte en Guatemala”, en ESTADA DUARTE, Gary Allan *et al.*, *El corredor de la muerte vacío: argumentos para la defensa de la vida y la abolición de la pena de muerte*, *El Observador Judicial*, núm. 89, Año 12.
- CRAWFORD, J., “State Responsibility. The General Part”, Cambridge, Cambridge University Press.
- DULITZKY, Ariel, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”, en ABREGU, Martín *et al.*, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos”, en STEINER, Christian y URIBE, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014.
- , “Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno”, en STEINER, Christian y URIBE, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014.
- LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina, *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana*, México, Tirant lo Blanch, 2014.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*, Santiago, Universidad de Chile, 2003.
- NASH ROJAS, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2009.
- RODRÍGUEZ BARILLAS, Alejandro, “Pena de muerte en Guatemala: la lucha por su abolición”, en ESTADA DUARTE, Gary Allan *et al.*, *El corredor de la muerte vacío: argumentos para la defensa de la vida y la abolición de la pena de muerte*, *El Observador Judicial*, núm. 89, Año 12.

Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales

*Eduardo Ferrer Mac-Gregor**

1. INTRODUCCIÓN

Muchas de las reflexiones académicas que tratan el tema del control de convencionalidad se centran en la forma en que esta doctrina puede incrementar la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, Pacto de San José)¹ y las interpretaciones que de ella haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), por parte de las autoridades nacionales. Esto sucede porque, en efecto, el principal objetivo que busca la existencia del control de convencionalidad es incrementar la efectividad del *corpus iuris interamericano* a nivel nacional. Sin embargo, existen otras discusiones igualmente cen-

* Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y profesor de la Facultad de Derecho de dicha Universidad. El presente trabajo toma como base nuestro estudio “Control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América”, publicado en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XII, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2016, pp. 337-356.

¹ CADH, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 a 22 de noviembre de 1969.

trales relacionadas con este tema, más aún cuando esta doctrina ya es claramente aceptada —tanto a nivel interamericano como a nivel nacional— como la fuente de obligaciones internacionales derivadas de los artículos 1.1, 2 y 29 del Pacto de San José y 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este trabajo nos referiremos a algunos de los temas que son la base de estas discusiones, específicamente en lo que se refiere a la relación que existe entre el control de convencionalidad, el principio de complementariedad (subsidiariedad) y el diálogo judicial. Advertimos que las reflexiones aquí presentadas son solo una primera aproximación a estas complejas relaciones, esperando que contribuyan al diálogo y la reflexión en la materia.

La primera parte de este ensayo desarrolla los elementos esenciales del control de convencionalidad: definición, origen, desarrollo jurisprudencial, características esenciales y fundamento normativo. En este punto, el lector no encontrará nada nuevo a lo ya expuesto por quien escribe² y por otros.³ La segunda parte argumenta que el control de convencionalidad fortalece la complementariedad (subsidiariedad) del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) al transformar a los jueces nacionales —y en general a todas las autoridades de los Estados— en una especie de “jueces interamericanos”, lo cual ha

² Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Conventionality Control. The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights. Symposium: The Constitutionalization of International Law in Latin America”, *American Journal for International Law Unbound*, vol. 109, 2015, pp. 93-99; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; “Control de convencionalidad (sede interna)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Mejía, Giovanni, *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, vol. I, México, PJF-CJF-IIJ-UNAM, 2014, pp. 233 y ss.; y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, pp. 339-429.

³ Véase García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año 5, núm. 28, 2011; Sagües, Néstor Pedro, “El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las constituciones nacionales”, *La Ley*, año LXXIII, núm. 35, 2009; González Domínguez, Pablo, *The Doctrine of Conventionality Control. An Innovative Doctrine in the Inter-American System of Human Rights*, Tesis doctoral, Biblioteca de la Universidad de Notre Dame, 2015.

derivado en la existencia de cada vez más “buenas prácticas” por parte de los jueces (en todos los niveles), por lo que respecta al uso del *corpus iuris interamericano* para la interpretación y aplicación del derecho nacional. La Corte Interamericana ha notado la existencia de estas prácticas e incluso se ha referido expresamente a casos donde los Estados han realizado un adecuado control de convencionalidad. La tercera parte explica cómo el control de convencionalidad ha sido un vehículo para la existencia de un cada vez más robusto diálogo judicial entre la Corte Interamericana y los tribunales nacionales, lo cual ha contribuido a una mayor efectividad de los instrumentos internacionales, pero también a que la Corte IDH interprete la Convención Americana tomando en consideración las interpretaciones nacionales, especialmente de las más altas cortes de los Estados parte. La última sección esgrime algunas conclusiones generales sobre el tema.

2. LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: CONCEPTO Y ALCANCES

El control de convencionalidad es uno de los más recientes esfuerzos realizados por la Corte Interamericana para incrementar el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por los Estados en virtud de la firma y ratificación del Pacto de San José. Se trata de una institución jurídica creada de manera pretoriana que internacionaliza categorías constitucionales, específicamente la noción del “control difuso de constitucionalidad”, en contraposición al “control concentrado” que se realiza en altas jurisdicciones.⁴ El control de convencionalidad fue, de esta forma, diseñado para coadyuvar a que los jueces, y en general todas las autoridades de los Estados parte del Pacto de San José —tanto del poder ejecutivo como legislativo y judicial— cumplan con su deber de respetar y garantizar los derechos humanos en su actuar cotidiano. En este sentido, tal y como lo definió la Corte en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Gelman vs. Uruguay* (2013), el control de convenciona-

⁴ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 220. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 22.

lidad es una “institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional”, en particular “el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia [de la Corte]”.⁵

Esta doctrina establece una obligación internacional a cargo de todas las autoridades de los Estados parte del Pacto de San José de interpretar cualquier norma nacional (Constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etc.) de conformidad con la CADH y, en general, con el *corpus iuris interamericano* (a manera de lo que hemos denominado “bloque de convencionalidad”).⁶ En caso de que exista una manifiesta incompatibilidad entre la norma nacional y el *corpus iuris interamericano*, las autoridades estatales deberán abstenerse de aplicar la norma nacional para evitar la vulneración de los derechos humanos protegidos internacionalmente. Las autoridades estatales deben ejercer *ex officio* el control de convencionalidad, pero siempre actuando dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, las cuales se definen en el ámbito interno de los Estados.⁷

El control de convencionalidad nació como una respuesta práctica que la Corte Interamericana dio a la existencia y aplicación de leyes de amnistía, en particular para evitar que los jueces nacionales aplicaran leyes manifiestamente contrarias a la Convención Americana y, además, nulas *ab initio*. La doctrina se estableció formalmente hace más de una década (2006), en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, donde la Corte determinó que en aquellos casos en los que el poder legislativo falle en su tarea de suprimir leyes contrarias a la Convención Americana, el poder judicial está también obligado a garantizar los derechos humanos y, por tanto, debe realizar un control de convencionalidad que garantice el efecto útil de la Convención y la jurisprudencia de la

⁵ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013, cdo. 65.

⁶ Sobre el “bloque de convencionalidad” véase Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, *supra*. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, especialmente párrs. 26, 44-55, 61 y 66.

⁷ Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Control de convencionalidad (sede interna)”, *cit.*, p. 233.

Corte Interamericana.⁸ Este precedente ha sido reiterado en más de 30 sentencias de la Corte. Sin embargo, ciertos matices se han añadido a la doctrina del control de convencionalidad. El primero de ellos ocurrió dos meses después de la creación de la doctrina, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*.⁹ En efecto, en este fallo, la Corte invoca el criterio de *Almonacid Arellano y otros* sobre el “control de convencionalidad” y lo “precisa” en dos aspectos: *i*) procede “de oficio” sin necesidad de que las partes lo soliciten, y *ii*) debe ejercerse dentro del marco de las respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.

En la misma lógica evolutiva, en el caso *Boyce y otros vs. Barbados* se estableció que el control de convencionalidad debía ser realizado sobre todas las normas del sistema jurídico, incluidas las normas constitucionales;¹⁰ en el caso *Radilla Pacheco vs. México* se determinó que el control de convencionalidad incluye el deber de interpretar el derecho nacional de conformidad con los estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH;¹¹ en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* se extiende, además de a los jueces, a los “órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”,¹² y en el caso *Gelman vs. Uruguay* a “todas las autoridades públicas y no solo del poder

⁸ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 54, párr. 124.

⁹ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 158, párr. 128.

¹⁰ Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 169, párrs. 78 y 79.

¹¹ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209, párrs. 338-341. En este caso, la inconvencionalidad se encontraba en la manera en que se había interpretado el art. 13 de la Constitución Federal mexicana, por lo que la Corte IDH estimó que no era necesario ordenar la modificación de su contenido normativo.

¹² Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, *cit.*, párr. 225.

judicial”, impactando la labor del poder legislativo en la creación de normas, las cuales deben ser consistentes con el *corpus iuris interamericano*;¹³ siendo relevante dicho control también para el adecuado cumplimiento de las sentencias interamericanas.¹⁴ En efecto: “un control dinámico y complementario de convencionalidad también posee un rol importante en el cumplimiento o implementación de una determinada Sentencia de la Corte Interamericana, especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de los jueces nacionales”,¹⁵ de manera que, al implementar las reparaciones, es de especial importancia la necesidad de impulsar el control de convencionalidad “en aspectos procesales y sustantivos relacionados con la lucha contra la impunidad”, tal como se determinó en la supervisión de cumplimiento de sentencia del caso *Campo Algodonero vs. México*.¹⁶

El control de convencionalidad debe llevarse a cabo “también sobre la base de lo que señale [la Corte Interamericana] en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, «la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos»”¹⁷ cumpliendo “en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo”.¹⁸

¹³ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221, párr. 239.

¹⁴ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia, *cit.*, cdos. 67 y ss.

¹⁵ Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 21 de mayo de 2013, cdo. 30.

¹⁶ Refiriéndose a la necesidad de “continuar adoptando medidas para fortalecer la capacidad institucional para enfrentar los patrones de impunidad en casos de desapariciones, violencia sexual y homicidios de mujeres”. Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 21 de mayo de 2013, cdo. 78.

¹⁷ Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A, núm. 21, párr. 31.

¹⁸ Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OC-22/16, de 26 de febrero de 2016. Serie A, núm. 22, párr. 26.

De esta forma, es posible sostener que el control de convencionalidad ha evolucionado después de su creación y, por tanto, su entendimiento no solo está basado en la sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros*, sino también a la luz de la línea jurisprudencial de la Corte sobre la materia, derivada de las sentencias de casos contenciosos, de resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencias, de medidas provisionales y de las opiniones consultivas.

El control de convencionalidad ha sido invocado en sentencias que involucran la responsabilidad internacional de catorce Estados distintos: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela; lo que representa más de la mitad de los Estados parte de la Convención que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana.

Es importante recordar que aun cuando el control de convencionalidad es una creación pretoriana, su fundamento legal se encuentra en los artículos 1.1, 2 y 29 de la Convención Americana y 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José se desprende la obligación de desarrollar prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, por lo que es necesario que la interpretación de las leyes domésticas se encuentre ajustada a cumplir con la obligación de respeto y garantía. Del artículo 29 de la Convención se desprende la obligación de las autoridades de permitir, de la manera más amplia posible, el goce y ejercicio de los derechos establecidos en el Pacto de San José o en otros instrumentos nacionales o internacionales. Finalmente, de manera subsidiaria, los principios de buena fe, efecto útil y *pacta sunt servanda*, así como la prohibición de invocar el derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado, de conformidad con los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena, complementan el deber de las autoridades estatales de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Estado conforme a la Convención Americana.

También es fundamental tener en cuenta que el control de convencionalidad no surge en abstracto, sino que fue creado en

el contexto de la internacionalización del derecho constitucional que ha ocurrido en Latinoamérica en las últimas décadas. Tal y como sostuve en mi voto concurrente en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, la Corte Interamericana advirtió la clara tendencia del constitucionalismo latinoamericano, el cual ha trasladado las “garantías constitucionales” como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la “supremacía constitucional”, a las “garantías convencionales” como mecanismos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquellos no han sido suficientes, configurando así una especie de “supremacía convencional”.¹⁹

En otras palabras, el control de convencionalidad es resultado de un fenómeno que precede a la sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* y que estaba liderado por las decisiones de los Estados de modificar sus constituciones nacionales y de adoptar determinaciones de sus más altas cortes para crear un sistema abierto hacia el derecho internacional de los derechos humanos. Algunos ejemplos, a los que la Corte se refiere por primera vez en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, pueden mostrar cómo se manifestó este fenómeno en la práctica.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha señalado que:

[...] debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...], la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá —de principio— el mismo valor de la norma interpretada.²⁰

Por su parte, el Tribunal Constitucional de Bolivia ha señalado que:

¹⁹ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, cit. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 21.

²⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sentencia de 9 de mayo de 1995, Acción Inconstitucional. Voto 2313-95 (Exp. 0421-S-90), cdo. VII.

En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, está constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la C[orte] Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional “sistémico”, debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad. Esto es así por dos razones jurídicas concretas a saber: 1) El objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, 2) La aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos.²¹

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana ha establecido que:

[...] en consecuencia, es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no solo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el artículo 33 de esta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes.²²

Por otro lado, el Tribunal Constitucional del Perú ha afirmado que:

La vinculatoriedad de las sentencias de la C[orte Interamericana] no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza solo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal

²¹ Tribunal Constitucional de Bolivia, sentencia de 10 de mayo de 2010 (Exp. 2006-13381-27-RAC), apartado III.3, sobre “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fundamentos y efectos de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

²² Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, resolución 1920-2003, de 13 de noviembre de 2003.

Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la C[orte Interamericana], reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.²³

Dicho Tribunal también ha establecido que:

[...] se desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional; vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano.²⁴

A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha referido que las decisiones de la Corte Interamericana “resulta[n] de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)”, por lo cual dicha Corte ha establecido que “en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”.²⁵ Igualmente, estableció que:

[...] la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interame-

²³ Tribunal Constitucional del Perú, sentencia de 21 de julio de 2006 (exp. 2730-2006-PA/TC), fj. 12.

²⁴ Tribunal Constitucional del Perú (Pleno), *Colegio de Abogados del Callao vs. Congreso de la República*, sentencia 00007-2007-PI/TC, de 19 de junio de 2007, fj. 26.

²⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, *Espósito, Miguel Angel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*, sentencia de 23 de diciembre de 2004 (exp. 224. XXXIX), cdo. 6.

ricana de Derechos Humanos [ya que] se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.²⁶

En este sentido, en el caso *Simón*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana en *Barrios Altos*, determinó “sin mayor esfuerzo” que ciertos artículos de la Ley 23.492 (conocida como la “Ley de punto final”, que establecía la caducidad de la acción penal contra los imputados como autores del delito de desaparición forzada durante la dictadura del autodenominado “Proceso de Reorganización Nacional de 1976-1983”), eran violatorios de los artículos 1.1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana, pues concedían impunidad a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y crímenes contra la humanidad.²⁷

Además, la Corte Constitucional de Colombia ha determinado que en virtud de que la Constitución colombiana señala que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, se deriva “que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”.²⁸

Ahora bien, independientemente de los precedentes donde el control de convencionalidad ha sido reiterado por la Corte Interamericana, de las normas de derecho internacional que lo

²⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, *Mazzeo, Julio Lilo y otros, recurso de casación e inconstitucionalidad. M. 2333. XLII. y otros*, sentencia de 13 de julio de 2007, párr. 20.

²⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.* —causa 17 768—, sentencia de 14 de junio de 2005, párr. VIII-C.

²⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-010/00, de 19 de enero de 2000, párr. 6.

sustentan —especialmente los artículos 2 del Pacto de San José, y 27 de la Convención de Viena— y del fenómeno de apertura del derecho constitucional de varios Estados de la región que lo precede, el control de convencionalidad tiene una vocación práctica: servir como una herramienta procesal para que todas las autoridades de los Estados, en el ámbito de sus competencias y considerando las regulaciones procesales correspondientes, tomen todas aquellas medidas legislativas y de otro carácter (p. ej. interpretativas) para garantizar la mayor protección posible de los derechos humanos.

Por tanto, los legisladores deben crear normas de conformidad con los estándares desarrollados en el SIDH, incluso cuando esto sea contrario a la voluntad de la mayoría de la población (como sucedió en *Gelman*); los ministerios públicos deben conducir sus investigaciones siempre interpretando la ley de la manera que mejor garantice los derechos humanos (*Cabrera García y Montiel Flores*), y los jueces deben, además de interpretar el derecho de conformidad con el estándar internacional, y siempre que tengan la competencia para hacerlo, inaplicar una norma manifiestamente inconvencional (como en *Almonacid Arellano y otros* o en *Radilla Pacheco*).

3. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO UNA HERRAMIENTA PARA FORTALECER LA COMPLEMENTARIEDAD DEL SIDH

Es posible afirmar que el control de convencionalidad está sustentado —y busca reafirmar— la subsidiariedad del Sistema Interamericano.²⁹ El principio de complementariedad permite sostener que “la responsabilidad estatal solo pueda ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar [una violación a la Convención] y reparar el daño ocasionado por sus propios medios”.³⁰ El principio de com-

²⁹ González Domínguez, Pablo, *op. cit.*, pp. 278-314.

³⁰ Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 259, párr. 142.

plementariedad o subsidiariedad conforma transversalmente el SIDH, tal y como lo establece el Preámbulo de la Convención Americana, el cual establece que la propia Convención es “coadyuvante o complementaria de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.³¹ En este sentido, la Corte Interamericana ha reconocido que el Estado es

[...] el principal garante de los derechos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos.³²

El control de convencionalidad busca precisamente coadyuvar para que las autoridades estatales actúen como garantes de los derechos humanos a nivel nacional, que es donde ocurren las violaciones a tales derechos, y donde se pueden reparar de manera inmediata y efectiva. De ahí que utilicemos la metáfora de que, a partir de la creación de esta doctrina, los jueces nacionales deben actuar como “jueces interamericanos”. Tal y como lo mencioné en mi voto concurrente en el caso *Cabrera García y Montiel Flores*: “el control difuso de la convencionalidad” convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad”.³³ Además, esta idea significa que se ha instaurado (o que estamos en proceso de instaurar, de manera conjunta, las instituciones del Sistema Interamericano y aquellas a nivel doméstico) un “control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas

³¹ Preámbulo de la CADH.

³² Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C, núm. 192, párr. 66.

³³ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, cit. Voto Razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 24.

(primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí”.³⁴

Esta misma lógica complementaria ha implicado que la Corte Interamericana valore y reconozca cuando los jueces nacionales, en cumplimiento con sus deberes de respeto y garantía, realizan lo que podemos denominar “buenas prácticas nacionales” en materia de cumplimiento de sus obligaciones convencionales. Específicamente, la Corte ha apreciado cuando los tribunales nacionales

- i) han realizado una correcta interpretación y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos;
- ii) han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que le dio origen al caso;
- iii) ya han resuelto la violación alegada y han dispuesto reparaciones razonables, o
- iv) han ejercido un adecuado control de convencionalidad.

Y de hecho no podría ser de otra forma, pues si el objetivo de la existencia misma de un sistema regional de protección de los derechos humanos es el de incrementar el nivel de protección a la dignidad de todas las personas sujetas a la jurisdicción estatal, sería incoherente que la Corte Interamericana no reconociera cuando las autoridades nacionales han remediado las violaciones a los derechos humanos por sus propios medios. Ese es el espíritu del derecho internacional de los derechos humanos, y también lo es del control de convencionalidad. Veamos algunos ejemplos que muestran la valoración que ha hecho la Corte sobre estas buenas prácticas realizadas por las autoridades estatales.

3.1. Cuando han realizado una correcta interpretación y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos

En la resolución de supervisión de cumplimiento del caso *Masacres de Ituango vs. Colombia* (2013), la Corte Interamericana

³⁴ Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, cit., párr. 143.

reafirmó su criterio de que, en virtud del control de convencionalidad, los órganos judiciales tienen el deber de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de la Corte sobre la normatividad interna, o sobre las interpretaciones o prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso. En este sentido, la Corte valoró positivamente que el Tribunal Superior de Antioquia, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional de Colombia hayan ejercido un adecuado control de convencionalidad para garantizar el efectivo cumplimiento del punto de la sentencia que establecía la obligación de los Estados de realizar las acciones necesarias para garantizar las condiciones de seguridad para que los exhabitanes de los corregimientos de El Aro y La Granja que se hubieran visto desplazados pudieran regresar a las poblaciones antes mencionadas.³⁵

3.2. Cuando las autoridades han adoptado medidas adecuadas para remediar una situación que dio origen a un caso

En *La Cantuta vs. Perú* (2006), la Corte Interamericana discutió si las leyes de autoamnistía peruanas aprobadas durante el régimen de Alberto Fujimori —las cuales fueron declaradas incompatibles con la Convención Americana en el emblemático caso *Barrios Altos*— continuaban surtiendo efectos en el ámbito interno. En este caso, la Corte destacó que las partes estaban expresamente de acuerdo con el carácter incompatible de las leyes de amnistía con la Convención Americana, por lo que la controversia que existía giraba en torno a la determinación sobre si las leyes continuaban surtiendo efectos luego de lo declarado en *Barrios Altos* en 2001.³⁶

En este sentido, luego de observar que los actos de varios órganos estatales y decisiones del Tribunal Constitucional peruano eran conformes con lo dispuesto en dicha sentencia de 2001, la

³⁵ Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, cit., párr. 30.

³⁶ Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 162, párr. 169.

Corte Interamericana estimó que el Estado no había continuado incumpliendo con el artículo 2 de la Convención y, por tanto, no declaró la violación a dicho artículo en lo que respecta a todos aquellos actos posteriores al cumplimiento de la sentencia de *Barrios Altos*.³⁷ Este es un ejemplo que muestra que una vez que el Estado da cumplimiento a las sentencias en que ha sido parte y la Corte Interamericana tiene la convicción de que no ocurrirán futuros actos de aplicación, esta no declara violaciones a la Convención Americana y reconoce el cumplimiento de las obligaciones estatales.

3.3. Cuando ya se ha resuelto la violación alegada

En *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (2010), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) solicitó a la Corte IDH que declarase al Estado responsable por la violación del derecho a la protección de la honra y dignidad de los familiares de la víctima del caso (art. 11 de la CADH), en cuanto a que declaraciones realizadas por altos funcionarios del Estado en su contra constituyeron “actos de estigmatización” que afectaron a los familiares y a la memoria de la víctima.³⁸ La alegada violación del artículo 11 se basaba también en un hecho específico en perjuicio del hijo del senador: un mensaje publicitario emitido como parte de la publicidad electoral de la campaña de reelección del entonces candidato a presidente de la República de Colombia.³⁹

La Corte IDH observó que la propia Corte Constitucional de Colombia había dictado sentencia en la que reconoció que la difusión de ciertos mensajes a través de medios masivos de comunicación, menoscabó el buen nombre y la honra del señor Iván Cepeda Castro, en cuanto hijo de una de las víctimas de la vio-

³⁷ *Ibidem*, párr. 189.

³⁸ Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C, núm. 213, párr. 203.

³⁹ *Ibidem*, párr. 205.

lencia política del país, y que los mencionados derechos también se habían violado a sus familiares.⁴⁰ La Corte IDH declaró que “había analizado la referida sentencia de la Corte Constitucional, en el sentido que declaró la [referida] violación [...] por el mencionado mensaje publicitario, y que además dispuso reparaciones pertinentes a nivel interno”⁴¹ y, en consecuencia, declaró la violación a la Convención, pero en los términos de la sentencia de la Corte Constitucional colombiana.⁴² En otras palabras, aunque la Corte Interamericana declaró la responsabilidad internacional del Estado por la violación al artículo 11, lo hizo en el marco del control de convencionalidad que ya había sido realizado por la Corte Constitucional colombiana.

En un sentido similar, pero con una consideración aún más relevante al principio de complementariedad, en el caso *Andrade Salmón vs. Bolivia* (2016), la Corte Interamericana estableció que Bolivia no era internacionalmente responsable por la violación al derecho a la libertad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial de la víctima. Así, aun cuando estos derechos habían sido efectivamente afectados por la actuación estatal, el propio Estado había reconocido su responsabilidad internacional, había cesado la violación a través de la actuación del Tribunal Constitucional de Bolivia y había reparado las consecuencias a través de una indemnización.⁴³ En atención a esta situación, la Corte reiteró su criterio según el cual aquellos casos en los que el Estado reconozca su responsabilidad internacional ante instancias interamericanas; haya hecho cesar el acto violatorio de los derechos de las víctimas (p. ej., a través de un adecuado control de convencionalidad que garantizó la protección de sus derechos), y haya realizado una reparación acorde con los estándares del Sistema Interamericano, se entiende que aquel no es internacionalmente responsable.⁴⁴

⁴⁰ *Ibidem*, párr. 207.

⁴¹ *Ibidem*, párr. 208.

⁴² *Ibidem*, párr. 210.

⁴³ Corte IDH. *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C, núm. 330, párrs. 96-102.

⁴⁴ *Ibidem*, párrs. 96-102.

3.4. Cuando han ejercido un adecuado control de convencionalidad

En *Gelman vs. Uruguay* (2011) la Corte Interamericana consideró que la Suprema Corte de Justicia uruguaya había ejercido, en otro caso relacionado con la aplicación de la misma ley involucrada en el caso sujeto a su conocimiento, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (una ley de amnistía promulgada en 1986 por el gobierno democrático de Uruguay y después ratificada mediante referéndum y plebiscito).⁴⁵ En efecto, la Corte uruguaya, en el caso *Nibia Sabalsaqayan Curutchet*, determinó que

[...] el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley.⁴⁶

La Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado en *Gelman*, porque de hecho la ley había surtido efectos que evitaron la adecuada investigación y sanción de la desaparición forzada de la víctima del caso; pero reconoció en la sentencia que las autoridades habían realizado un adecuado control de convencionalidad —aunque fuera en un caso diferente al que se presentó ante la Corte IDH— al momento de reconocer la inconstitucionalidad de la ley de caducidad.

Recientemente, en el caso *Tenorio Roca y otros vs. Perú* (2016), la Corte IDH consideró que un juzgado penal supraprovincial habría ejercido un oportuno y acertado control de convencionalidad. Este Juzgado Penal se apartó de un acuerdo plenario de la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de Perú, para en cambio dar cumplimiento a los lineamientos fijados por el Tribunal Constitucional del Perú y por la Corte Interamericana, en cuanto a la obligación de investigar graves violaciones a los derechos humanos y, en particular, bajo el entendimiento de que

⁴⁵ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones, *cit.*, párr. 239.

⁴⁶ *Idem*.

el delito de desaparición forzada solo cesa cuando el deber de informar el paradero de la víctima ha sido satisfecho.⁴⁷ En efecto, la determinación del Juzgado Penal para el caso concreto no subsanó la deficiencia en la tipificación del Código Penal peruano, en lo relativo al delito de desaparición forzada de personas, y por ello la Corte Interamericana consideró que, en tanto dicha norma no fuera modificada, el Estado se encontraba incumpliendo su obligación conforme al artículo 2 de la Convención Americana.⁴⁸ Sin embargo, la decisión de la Corte Interamericana en este caso refleja con claridad el espíritu del correcto ejercicio del control de convencionalidad, el cual implica que sean los propios jueces nacionales —como bien lo hizo el Juzgado Penal antes mencionado y como lo hizo el Tribunal Constitucional de Bolivia en el caso *Andrade Salmón*— quienes actúen como auténticos garantes de la vigencia de la Convención Americana y las interpretaciones de la Corte IDH.

4. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO UN FACTOR DE INCREMENTO DEL DIÁLOGO JUDICIAL

Como se puede observar de los párrafos anteriores, el control de convencionalidad es una herramienta que permite a las autoridades la realización de “buenas prácticas” en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Sin embargo, esta doctrina también sirve como un vehículo para incrementar el diálogo judicial entre la Corte Interamericana y los tribunales nacionales.⁴⁹ El concepto de diálogo judicial

⁴⁷ Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C, núm. 314, párr. 228.

⁴⁸ *Ibidem*, párr. 231.

⁴⁹ Entre los trabajos que han abordado el tema del diálogo judicial podemos mencionar, entre otros: Slaughter, Anne-Marie, “A typology of Transjudicial Communication”, *University of Richmond Law Review*, vol. 29, 1994, pp. 99-137; Slaughter, Anne-Marie, “A Global Community of Courts”, *Harvard International Law Journal*, vol. 44, 2003, pp. 191-219; Jacobs, Francis, “Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: the European Court

se ha utilizado para enmarcar diversas prácticas entre cortes y tribunales, tanto nacionales como internacionales, e inclusive entre organismos cuasijudiciales.⁵⁰ Algunos señalan que se refiere a conversaciones entre los poderes judiciales en una gran variedad de temas.⁵¹ Otros lo definen como una técnica argumentativa para la indagación de nuevos conceptos, en donde los dialogantes son conjuntamente responsables del diálogo.⁵²

Independientemente de la definición que adoptemos sobre el concepto de diálogo judicial, el control de convencionalidad incrementa su práctica. Esto sucede porque, al ser una herramienta efectiva para la incorporación de los estándares desarrollados en el Sistema Interamericano —especialmente por vía judicial—, esta doctrina ha facilitado el uso de los estándares internacionales de protección de los derechos humanos por parte de algunos poderes judiciales de la región. En algunos casos, el uso de estos estándares incluso ha producido cambios estructurales en el derecho constitucional, específicamente en relación con la forma en que los elementos del *corpus iuris interamericano* son incorporados y aplicados en los ordenamientos jurídicos nacionales y en las facultades de las autoridades para utilizarlos en la resolución de casos por las vías judiciales existentes en los sistemas jurídicos nacionales (p. ej., por vía de amparo). El caso de México ilustra con claridad este fenómeno.⁵³

of Justice”, *Texas International Law Journal*, vol. 38, núm. 3, 2003, pp. 547 y ss.; Waters, Melissa, “Mediating Norms and Identity: The Role of Transnational Judicial Dialogue in Creating and Enforcing International Law”, *Georgetown Law Journal*, vol. 93, núm. 2, 2005. Asimismo, véase los trabajos contenidos en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos. Entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, Valencia-México, Tirant lo Blanch-Corte IDH-UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013.

⁵⁰ Slaughter, Anne-Marie, “A Typology of Transjudicial...”, *cit.*, p. 106.

⁵¹ Slaughter, Anne-Marie, “A Global Community...”, *cit.*, p. 191.

⁵² Góngora Mera, Manuel, “Diálogo Policéntrico”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola, Figueroa Mejía, Giovanni, *op. cit.*, p. 587.

⁵³ En el mismo sentido, encontramos que el control de convencionalidad ha influido en el diálogo judicial en Argentina y Paraguay. Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, sentencia *Mazzeo, Julio Lilo y otros*, *cit.*, párrs. 20 y 21; Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argen-

La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (SCJN) reconoció, en el *expediente varios 912/10*, la existencia de una obligación a cargo de todos los jueces mexicanos de realizar un “control difuso de convencionalidad”, en cumplimiento de la sentencia en *Radilla Pacheco*.⁵⁴ Este criterio implicó una nueva interpretación del artículo 133 de la Constitución mexicana, el cual establece la jerarquía de normas internacionales en el ordenamiento jurídico nacional. Para dar cumplimiento a las obligaciones dirigidas al poder judicial que habrían sido establecidas en la sentencia del caso *Radilla Pacheco*, en consideración a la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, y con el objetivo de garantizar la efectividad de los derechos humanos de fuente internacional, la SCJN estableció, en el *expediente varios 912/10*, que los jueces nacionales están posibilitados para des- aplicar al caso concreto una norma inconventional, sin que esto implique la realización de una declaración general de inconstitucionalidad (facultad reservada para los tribunales federales). En este sentido, estableció que los jueces deben hacer una interpretación conforme en sentido amplio, una interpretación conforme en sentido estricto y una inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no fueran posibles.⁵⁵

En un sentido similar, la SCJN estableció, en abril de 2014, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona, incluso si se trata de criterios jurisprudenciales que hayan sido creados en casos donde el Estado mexicano no haya sido parte del litigio en el ámbito internacional.⁵⁶ Este criterio permite el uso extendido de la jurisprudencia interamericana por parte

tina, Acción de inconstitucionalidad, en *Defensoría del pueblo c/municipalidad de San Lorenzo s/amparo*, año 2008, núm. 1054, párr. 19.

⁵⁴ SCJN. Expediente Varios 912/10, derivado de la consulta a trámite presentada por el entonces ministro presidente, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, en el expediente Varios 489/2010.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ SCJN, Tesis P./J. 21/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 5, t. I, abril de 2014, p. 204. JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.

de todos los jueces nacionales, lo cual constituye un paso más hacia la reconfiguración del sistema de fuentes de derecho del sistema jurídico mexicano, y ha abierto la puerta a un fructífero diálogo judicial entre las instituciones del SIDH y los tribunales nacionales de México.

Este diálogo se manifiesta, principal pero no exclusivamente, en algunas decisiones recientes de la SCJN y de otros tribunales federales, donde se utiliza cada vez con mayor frecuencia la jurisprudencia de la Corte Interamericana en la solución de casos concretos. Por ejemplo, en la contradicción de tesis 315/2014, la SCJN concluyó, tomando en consideración algunos criterios de la Corte Interamericana, como el establecido en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010), que la omisión del juez penal de instancia de investigar los actos de tortura denunciados por el imputado constituye una violación a las leyes de procedimiento que trasciende a su defensa y amerita la reposición de este.⁵⁷

Ahora bien, el diálogo judicial no solo ocurre cuando los jueces nacionales utilizan la jurisprudencia de la Corte Interamericana para decidir los casos sujetos a su conocimiento. La Corte Interamericana es consciente de que el derecho internacional de los derechos humanos representa los parámetros mínimos de protección de derechos humanos, y no el máximo que los Estados pueden y deben garantizar a las personas sujetas a su jurisdicción. De hecho, la Corte advierte que las interpretaciones de la Convención Americana a nivel estatal muchas veces reflejan valiosas posiciones garantistas en pro de la protección de los derechos humanos, que es el objeto y fin de dicha Convención. Es por esta razón que, sobre todo en las sentencias dictadas en los últimos años, se ha interpretado el Pacto de San José a la luz de los criterios fijados por tribunales nacionales. En otras palabras, la Corte Interamericana ha reconocido, en su propia actuación judicial, el valor que tienen los criterios definidos por las cortes nacionales cuando estas otorgan un mayor nivel de protección a los derechos humanos. La Corte no solo ha valorado las decisiones garantistas adoptadas a nivel nacional, sino que ha utilizado esos criterios para orientar sus propias decisiones. En otras pala-

⁵⁷ SCJN, Primera Sala. Lib. 29, abril de 2016, t. II, p. 894. Jurisprudencia (Común, Penal).

bras, la Corte Interamericana ha dialogado con sus homólogos a nivel nacional. Veamos algunos ejemplos sobre la manera en que este diálogo ha tenido lugar en temas específicos.

4.1. Leyes de amnistía

En *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*,⁵⁸ la Corte estableció que las leyes de amnistía que permiten la impunidad por graves violaciones a los derechos humanos son incompatibles con las obligaciones de los Estados que las emiten, pues son contrarias al deber del Estado de investigar y sancionar dichas violaciones. Esta conclusión siguió la jurisprudencia en la materia, la cual fue inaugurada desde *Barrios Altos*⁵⁹ y reiterada en casos posteriores. Pero la Corte también fortaleció su criterio haciendo referencia a la posición que han tenido diversas altas cortes nacionales de la región en relación con la existencia de leyes que eviten la investigación de graves violaciones a los derechos humanos, incluyendo las importantes decisiones de la Corte Suprema de la Nación de Argentina en el caso *Simón*,⁶⁰ de la Corte Suprema de Justicia de Chile en el caso 2477 de 2004,⁶¹ y del Tribunal Constitucional del Perú en el caso de *Santiago Martín Rivas*.⁶²

4.2. Derecho a la identidad

En *Gelman vs. Uruguay* (2011), la Corte utilizó la jurisprudencia comparada para determinar que la sustracción de niñas y niños efectuada por agentes estatales para ser entregados ilegítimamen-

⁵⁸ Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 219, párr. 170.

⁵⁹ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C, núm. 87, párr. 44, y *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, cit., párr. 122.

⁶⁰ Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, cit., párr. 163.

⁶¹ *Ibidem*, párr. 165.

⁶² *Ibidem*, párr. 166.

te en crianza a otra familia afecta el derecho a la identidad.⁶³ La Corte estableció que, atendiendo a las circunstancias del caso y sobre la base de lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención, interpretado a la luz del artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, es posible determinar la existencia del derecho a la identidad aun cuando no se encuentra expresamente reconocido por la Convención Americana.⁶⁴ La Corte sustentó su posición en una interpretación evolutiva de las obligaciones del artículo 19 de la Convención, reafirmando su posición a través de una interpretación sistemática y del diálogo judicial. Específicamente, la Corte utilizó las decisiones de la Corte Constitucional Colombiana en la tutela T-477/1995; del Tribunal Constitucional del Perú en la sentencia de recurso de agravio constitucional de 25 de julio de 2005, y del Tribunal Oral en lo Criminal número 6 de la Capital Federal Argentina en los autos caratulados *REI, Víctor Enrique s/ sustracción de menor de 10 años*.⁶⁵

4.3. Derecho a la consulta previa

En la misma lógica dialogante, la Corte utilizó en *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012), el derecho de diversos Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para determinar la existencia de un derecho de las comunidades indígenas a ser consultadas previa, libre e informadamente en casos donde se prevén medidas susceptibles de afectar sus dere-

⁶³ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones, *cit.*, párrs. 120-122.

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 122.

⁶⁵ Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Argentina, Sala Tercera, en autos caratulados “C., O.O. s/infracción artículos 139 inciso 2° y 293 del Código Penal”, causa 08.787, de 9 de diciembre de 1988, voto minoritario del juez Leopoldo Schiffrin; Tribunal Oral en lo Criminal Federal núm. 6 de la Capital Federal de Argentina, autos caratulados *Zaffaroni Islas, Mariana s/ av. circunstancias de su desaparición - FURCI, Miguel Ángel-González de FURCI, Adriana*, causa 403, de 5 de agosto de 1994, voto del juez Mansur en la posición mayoritaria; Tribunal Oral en lo Criminal Federal núm. 6 de la Capital Federal, Buenos Aires, Argentina, Causa 1278 caratulada *REI, Víctor Enrique s/sustracción de menor de diez años*.

chos (lo que se ha denominado el “derecho a la consulta previa”).⁶⁶ Específicamente, la Corte hizo alusión a las decisiones de los más altos tribunales de los Estados que se han referido al derecho a la consulta previa de conformidad con las disposiciones del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Este es el caso de Argentina,⁶⁷ Belice,⁶⁸ Bolivia,⁶⁹ Brasil,⁷⁰ Chile,⁷¹ Colombia,⁷² Costa Rica,⁷³ Ecuador,⁷⁴ Guatemala,⁷⁵ México,⁷⁶ Perú⁷⁷

⁶⁶ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245, párr. 160.

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, *Comunidad Indígena Eben Ezer c/provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción s/ amparo*, de 30 de septiembre de 2008, C. 2124. XLI, p. 4.

⁶⁸ Corte Suprema de Belice, *Aurelio Cal por derecho propio y en nombre de la Comunidad Maya de Santa Cruz y otros vs. Procurador General de Belice y otros*, casos 171 y 172 de 2007, sentencia de 18 de octubre de 2007.

⁶⁹ Tribunal Constitucional de Bolivia, sentencia 0045/2006, de 2 de junio de 2006. II.5.3.

⁷⁰ Quinto Juzgado Federal de Primera Instancia, Sección Judicial de Maranhão (Justiça Federal de 1ª Instância, Seção Judiciária do Maranhão, 5ª Vara), *Joisael Alves e outros vs. Diretor Geral do Centro de Lançamento de Alcântara*, sentencia 027/2007/JCM/JF/MA, Proceso 2006.37.00.005222-7, sentencia de 13 de febrero de 2007.

⁷¹ Corte de Apelaciones de Concepción, Chile, sentencia de 10 de agosto de 2010.

⁷² Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-129/11, párr. 5.1.

⁷³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 2011-1768, de 11 de febrero de 2011, Recurso de Amparo. Véase también Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sentencia 2000-08019, de 8 de septiembre de 2000.

⁷⁴ Corte Constitucional de Ecuador, *Caso de los Pantanos Secos de Pastaza*, núm. 222-2004-RA, sentencia de 9 de junio de 2004, cdo. 12, y Corte Constitucional de Ecuador, *Caso del cine IMAX en la parroquia de Cumbayá*, 679-2003-RA, cdo. 6.

⁷⁵ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Apelación de sentencia de Amparo, exp. 3878-2007, apdo. V, de 21 de diciembre de 2009.

⁷⁶ SCJN, Amparo en revisión 781/2011, *María Monarca Lázaro y otra*, de 14 de marzo de 2012. Asimismo, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *Joel Cruz Chávez y otros vs. Quincuagésima Novena Legislatura del Estado de Oaxaca y otras*, SUP-JDC-11/2007, sentencia de 6 de junio de 2007.

⁷⁷ Tribunal Constitucional del Perú, sentencia de 9 de junio de 2010 (exp. 0022-2009-PI/TC), párrs. 23 y 41, y Tribunal Constitucional del Perú, sentencia de 19 de febrero de 2009 (exp. 03343-2007-PA/TC), párr. 30.

o Venezuela,⁷⁸ quienes han señalado la necesidad de respetar las normas de consulta previa y de dicho Convenio.⁷⁹

5. REFLEXIÓN FINAL

Teniendo en consideración todo lo dicho hasta aquí, es importante subrayar que el control de convencionalidad no es una herramienta que busque imponer a los Estados una visión homogénea en materia de derechos humanos. El principio pro persona, la complementariedad (subsidiariedad) y la lógica del pluralismo normativo se encuentran en la génesis de esta doctrina, pues los Estados conservan la libertad de adoptar criterios más protectores que aquellos previstos por el derecho internacional de los derechos humanos, en general, y por el *corpus iuris interamericano*, en particular. El deber de aplicar los criterios más protectores deriva del propio artículo 29 de la Convención Americana, el cual establece normas de interpretación, y cuya razón de ser es que, ante la posibilidad de la interpretación o aplicación de dos o más normas, se opte por aquella que brinde un mayor goce a los derechos humanos.

En definitiva, el control de convencionalidad es un fenómeno único en las relaciones entre tribunales nacionales y cortes internacionales. No existe algo similar en el ámbito europeo, en parte porque carece de una disposición como la establecida en el artículo 2 de la Convención Americana, el cual impone a los Estados la obligación de adecuar su sistema legislativo y sus prácticas con la Convención Americana, contrario al caso europeo donde más bien se induce a esta adecuación.⁸⁰

⁷⁸ Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sentencia de 6 de diciembre de 2005 (exp. 2005-5648).

⁷⁹ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, cit., párr. 164.

⁸⁰ Jimena Quesada, Luis, *Control de Constitucionalidad y control de convencionalidad. Hacia la formación de un derecho constitucional europeo* (Congreso de la Asociación Española de Derecho Constitucional), Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 285-317. Asimismo, véase los trabajos contenidos en Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, México, Porrúa-UNAM, 2012.

Es por este diseño conceptual que el control de convencionalidad se ha convertido en uno de los elementos más importantes en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano,⁸¹ al operar como una institución jurídica que ha fortalecido el diálogo jurisprudencial entre las autoridades nacionales de los Estados parte de la Convención y la Corte Interamericana, lo cual, tenemos la convicción, que continuará generando estándares en materia de derechos humanos para toda la región, basados en el principio *pro persona*.

BIBLIOGRAFÍA

- BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Ius constitutionale commune en derechos humanos en América Latina. Una aproximación conceptual*, México, Porrúa-UNAM-IMPL, 2013.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Conventionality Control. The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights. Symposium: The Constitutionalization of International Law in Latin America”, *American Journal for International Law Unbound*, vol. 109, 2015.
- , “Control de convencionalidad (sede interna)”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola y FIGUEROA MEJÍA, Giovanni, *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, vol. I, México, PJJ-CJF-III-UNAM, 2014.
- , “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011.
- y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos. Entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, Valencia-México, Tirant lo Blanch-

⁸¹ Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Ius constitutionale commune en derechos humanos en América Latina. Una aproximación conceptual*, México, Porrúa-UNAM-IMPL, 2013.

- Corte IDH-UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año 5, núm. 28, 2011.
- GÓNGORA MERA, Manuel, “Diálogo Policéntrico”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola y FIGUEROA MEJÍA, Giovanni, *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, vol. I, México, PJJ-CJF-III-UNAM, 2014.
- GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo, *The Doctrine of Conventionality Control. An Innovative Doctrine in the Inter-American System of Human Rights*, Tesis doctoral, Biblioteca de la Universidad de Notre Dame, 2015.
- JACOBS, Francis, “Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: the European Court of Justice”, *Texas International Law Journal*, vol. 38, núm. 3, 2003.
- JIMENA QUESADA, Luis, *Control de Constitucionalidad y control de convencionalidad. Hacia la formación de un derecho constitucional europeo (Congreso de la Asociación Española de Derecho Constitucional)*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.
- SAGÜES, Néstor Pedro, “El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las constituciones nacionales”, *La Ley*, año LXXIII, núm. 35, 2009.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, México, Porrúa-UNAM, 2012.
- SLAUGHTER, Anne-Marie, “A typology of Transjudicial Communication”, *University of Richmond Law Review*, vol. 29, 1994.
- , “A Global Community of Courts”, *Harvard International Law Journal*, vol. 44, 2003.
- WATERS, Melissa, “Mediating Norms and Indentity: The Role of Transnational Judicial Dialogue in Creating and Enforcing International Law”, *Georgetown Law Journal*, vol. 93, núm. 2, 2005.

PARTE 2
Estudios comparados

Efectos generales de las sentencias sobre derechos humanos: convencionalidad y constitucionalidad. Algunas notas sobre los casos mexicano y español

*Luis López Guerra**

1. INTRODUCCIÓN

Los sistemas internacionales de protección de derechos humanos establecidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se superponen, cada uno en su ámbito geográfico, a la variedad de los ordenamientos jurídicos de los Estados parte. Estos ordenamientos son resultado de desarrollos peculiares, que han dado lugar también a distintos y heterogéneos sistemas de fuentes y de estructuras políticas, judiciales y administrativas. Como consecuencia, y para hacer posible la efectiva vigencia del Convenio del que son parte, los Estados deben establecer, en atención a sus particularidades, la forma en que los mandatos convencionales deban insertarse en el ordenamiento nacional.

Y ello, al menos, respecto de dos aspectos esenciales. Por un lado, determinando cuál será el nivel normativo que los manda-

* Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid. Exjefe del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Durante su mandato de nueve años, fue vicepresidente de sección (2014-2015) y presidente de sección (2015-2017). Fue magistrado del Tribunal Constitucional de España, vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial y Secretario de Estado de Justicia.

tos del convenio ocupan en la jerarquía normativa interna; por otro, precisando cuáles serán los órganos y procedimientos para hacer real y efectiva la garantía de los derechos reconocidos en ese convenio.

Como es evidente, a la hora de verificar (en esta y otras materias) cuál es el sistema de fuentes del Derecho, y cómo se instrumenta la garantía de los derechos de las personas, la atención se dirige (si no únicamente, sí en forma destacada) al texto constitucional, encargado, según la famosa fórmula del artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de establecer “la separación de los poderes y la garantía de los derechos”. Será en último término a los mandatos constitucionales a los que habrá que hacer referencia para determinar las vías y medios por los que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos cobra vigencia (se “interioriza”) en cada ordenamiento nacional.¹

A este respecto, paulatinamente, los textos constitucionales han ido incluyendo cláusulas relativas a la posición del Derecho Internacional en los respectivos ordenamientos: en muchas ocasiones también esas cláusulas hacen referencia expresa a la cuestión particular del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Desde esta perspectiva, y en cuanto los instrumentos y normas del Derecho Internacional son objeto de una integración (más o menos precisa) en la Constitución, puede hablarse de una “internalización constitucional” del derecho internacional, y, más concretamente, y en lo que aquí interesa, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Pero algunas precisiones terminológicas parecen necesarias.

Conviene precisar, en efecto, qué se entiende por “internalización constitucional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, pues puede que ello se lleve a cabo con una mayor o menor concreción. Cabe que la Constitución haga referencia, sin mayores distinciones, a la posición en el sistema de fuentes de las normas de derecho internacional, sin mención expresa de

¹ Me remito, en este aspecto, a mis consideraciones en López Guerra, Luis, “Constitutionality, Conventionality and National Courts”, *New Developments in Constitutional Law. Essays in Honour of Andrés Sajó*, La Haya, Eleven International Publishing, 2018, pp. 259-270.

la variedad que supone el derecho que versa sobre la garantía de los derechos humanos; o cabe que la Constitución se refiera, en forma expresa y directa, a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Ejemplo de la primera técnica pudieran ser el artículo 55 de la Constitución francesa, de 1958, o el artículo 115 de la Constitución italiana, tras la reforma de 2007. Ejemplos de la segunda podrían ser el artículo 10.2 de la Constitución española, o el artículo 1 de la Constitución mexicana, tras la reforma de 2011.

Cabría aún (prosiguiendo con este enfoque un tanto escolástico) una precisión adicional: en todo caso, la “internalización constitucional” significaría la integración de un bloque normativo sobre una materia en la Constitución, sin que ello implique forzosamente que esa integración se lleve a cabo confirmando a las normas en cuestión un rango constitucional.²

Si bien no faltan ejemplos de la conversión de los tratados internacionales sobre derechos humanos en normas con rango constitucional³ —y, por tanto, con la misma fuerza activa y pasiva que las normas constitucionales—, no suele ser esta la fórmula más utilizada: más bien, la línea más frecuentemente seguida parece ser la de efectuar en el texto constitucional una afirmación general de reconocimiento de la fuerza vinculante del derecho internacional (usualmente los acuerdos y convenios, haciendo a veces una referencia a los tratados sobre derechos humanos)

² A una “constitucionalización” en este sentido “fuerte” (atribución de rango constitucional) parece aludir el juez Ferrer Mac-Gregor cuando indica que “una de las manifestaciones más claras sobre esta constitucionalización del derecho internacional lo constituye otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos”. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Control de constitucionalidad, interpretación conforme y diálogo judicial. Una visión desde América Latina y Europa*, México, Porrúa-UNAM, 2012, pp. 91-184.

³ Por ejemplo los que da, respecto de América Latina, Fix-Zamudio, Héctor, “La creciente internacionalización de las Constituciones latinoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos”, en Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *op. cit.*, pp. 185-268.

y dejando la precisión de los efectos de ese reconocimiento a poderes distintos del constituyente. Como resultado, el panorama en derecho comparado es muy variado. Hay casos en que la Constitución reconoce explícitamente rango constitucional al derecho internacional de los derechos humanos (p. ej., las constituciones de Guatemala, Colombia, Argentina o Venezuela;⁴ y en Europa, la Constitución de Bosnia Herzegovina). En otros casos, ese rango constitucional se confiere genéricamente al derecho internacional, sin referencia expresa a los derechos humanos (Costa Rica).

Una fórmula más flexible sería la de reconocer la primacía del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno, pero sin otorgarle rango constitucional ni especificar su posición en el sistema de fuentes. La fórmula más amplia consiste en que el reconocimiento de esa primacía se efectúe genéricamente en favor del derecho internacional (acuerdos y tratados) sin referencia a la materia de derechos humanos y sin especificar su alcance, esto es, sin precisar si las normas de ese derecho tienen rango constitucional, o infraconstitucional pero supralegal. Finalmente, como es el caso del artículo 55 de la Ley Fundamental de Bonn, cabe que las normas de derecho internacional se coloquen al nivel de la legislación interna (al nivel de las leyes federales).

En los supuestos en que el rango de las normas de derecho internacional de los derechos humanos —bien con referencia expresa a ellas, bien como parte del derecho internacional— dentro del sistema de fuentes no parece expresamente especificado en el texto constitucional, corresponde a agentes distintos del poder constituyente — esto es, a administración, legislador y tribunales— interpretar los mandatos constitucionales, estableciendo no solo el lugar del respectivo Convenio dentro de la jerarquía de fuentes, sino también, y con evidentes efectos prácticos, los órganos encargados de la garantía de los derechos allí reconocidos. Obviamente, ambos aspectos se encuentran íntimamente conectados. Sin embargo, y como se verá, no puede hablarse, en derecho comparado, de una conexión automática entre el rango

⁴ Véase Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*

constitucionalmente establecido de un convenio internacional y el nivel del órgano que controle su cumplimiento.

Los casos de México y España representan una muestra de que, partiendo de supuestos similares de reconocimiento constitucional del derecho internacional de los derechos humanos —en la variedad arriba apuntada, consistente en la no precisión expresa constitucional del rango interno de ese derecho, más allá del reconocimiento, en forma general, de su fuerza vinculante—, puede llegarse a resultados distintos en cuanto a los mecanismos de garantía y a la especificación de los órganos encargados de esa garantía.

Así, nos movemos en dos marcos normativos distintos respecto del derecho internacional de los derechos humanos: por un lado, en el caso de México, en el marco de la CADH y de su interpretación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y, por otro, en el caso español, en el del CEDH y su interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

2. EL CASO MEXICANO: ¿CONTROL SUSTANTIVO Y DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD?

Por lo que se refiere a la posición de la CADH en el sistema de fuentes mexicano, la literatura jurídica y la jurisprudencia de los tribunales han venido a completar la regulación constitucional que no establece explícitamente cuál es esa posición en la jerarquía de normas estatales. En lo que atañe a la posición general de las normas de derecho internacional en el derecho mexicano, como ha señalado Héctor Fix-Zamudio, la interpretación tradicional del artículo 133 de la Constitución (siguiendo la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (SCJN) respecto del artículo 6 de la Constitución de ese país) colocaba a los tratados internacionales al mismo nivel que las leyes federales.⁵

⁵ *Ibidem*, pp. 185-268, esp. p. 199. Véase también Ortega García, Ramón, *El modelo constitucional de derechos humanos en México. Estudios sobre constitucionalización del Derecho*, México, Tirant Lo Blanch, 2013.

La SCJN cambió su jurisprudencia en 1999, colocando a los tratados internacionales por encima de las leyes, aunque debajo de la Constitución.⁶ Por lo que se refiere concretamente al derecho internacional de los derechos humanos, y en especial a la CADH, su posición evolucionó como resultado de cambios constitucionales y jurisprudenciales. Puede señalarse además que esa evolución se vio profundamente influenciada por la jurisprudencia de la Corte IDH referente a México. Las primeras sentencias condenatorias relativas a este país se produjeron en fecha comparativamente tardía respecto de otros países: se iniciaron en el caso *Castañeda Gutman*, en 2008,⁷ y continuaron con la serie de sentencias relativas al fuero militar (*Radilla Pacheco*,⁸ *Fernández Ortega y otros*,⁹ *Rosendo Cantú y otra*,¹⁰ *Cabrera García y Montiel Flores*¹¹).

A raíz de estas sentencias tuvo lugar un proceso de elaboración jurisprudencial que —junto a la reforma constitucional de 2011— vino a conformar una fórmula de integración de la CADH en el derecho doméstico. La comprensión de esta fórmula —compleja y posiblemente aún en fase de evolución— se ve facilitada por las líneas trazadas por la jurisprudencia de la SCJN, a partir de la originada en el proceso de ejecución interna de una de las condenas a México arriba citadas, en el caso *Radilla Pacheco*. La SCJN, en este proceso de ejecución, en su sentencia del caso *Varios 912/2010*, trazó unas directrices iniciales. Estas directrices

⁶ SCJN, resolución de 11 de mayo de 1999.

⁷ Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184.

⁸ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209.

⁹ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215.

¹⁰ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216.

¹¹ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 220.

especificaban que no era competencia de la Suprema Corte revisar las sentencias de la Corte Interamericana; que las sentencias de esa Corte relativas a México eran obligatorias para todos los poderes públicos y que, en consecuencia, todos los jueces debían seguir los principios establecidos en esas sentencias, efectuando un control de convencionalidad e inaplicando las normas contrarias al Convenio. En cuanto a los criterios contenidos en sentencias de la Corte IDH en casos no relativos a México, deberían ser orientadoras en la interpretación del derecho.¹² Como se verá, esta última directriz se vería afectada por el desarrollo posterior de la jurisprudencia de la SCJN.

La sentencia de la SCJN en el caso *Varios* se produjo en septiembre de 2011, tras la reforma del artículo 1 de la Constitución de México. Esta reforma vino a incluir a la Constitución mexicana en el grupo arriba mencionado, de aquellos textos constitucionales que, proclamando expresamente la fuerza vinculante de los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, no precisan con detalle su posición en la jerarquía de fuentes, tanto respecto de los mandatos constitucionales como de los preceptos con rango de ley: “En los Estados Unidos Mexicanos, todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá ser restringido ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la ley establezca”.

La sentencia en el caso *Varios* supone ya en la práctica una precisión y concreción del artículo 1 de la Constitución por lo que se refiere a la posición de la Convención —y de su interpretación por la Corte Interamericana— en relación con las normas internas con rango de ley. El mandato jurisprudencial en relación con el control de convencionalidad implica la eventual inaplicación de esas normas en caso de contradicción con los mandatos de la Convención; y más aún, esa contradicción habrá de apreciarse teniendo en cuenta la interpretación —en los casos relativos a México— de la Corte IDH.

¹² García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *op. cit.*, pp. 269-306.

Quedaba evidentemente abierta la cuestión sobre la posición de las normas de la Convención y de su interpretación por la Corte IDH respecto a los mismos mandatos constitucionales. ¿Suponía el carácter “superior” de las normas convencionales sobre derechos humanos en relación con la ley que tales normas habían adquirido carácter y rango de norma constitucional? En este punto, la respuesta es compleja. La Suprema Corte se ocupó de esta cuestión en su resolución de la *contradicción de tesis 293/2011*.¹³ El tema a resolver versaba sobre la contradicción entre dos posiciones: la de que los tratados internacionales en materia de derechos humanos debían ubicarse a nivel de la Constitución (posición del Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativas y de Trabajo del Décimo Primer Circuito) y, de forma opuesta, la de que los tratados internacionales en esa materia se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución (posición del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito). La respuesta de la SCJN no deja de ser matizada. En palabras del jurista mexicano Ortega García,

del análisis de la sentencia de la Suprema Corte se deduce que una mayoría de ministros se pronunció en defensa del principio de supremacía constitucional, lo que les llevó a concluir que las normas de la Constitución y las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen igual jerarquía, pero en caso de conflicto, si la Constitución prevé una restricción a un derecho humano en particular, debe prevalecer la propia Constitución.¹⁴

La sentencia fue objeto de un voto particular muy crítico del ministro Cossío Díaz, que ponía el acento en el carácter equívoco de la resolución, por cuanto afirmaba a la vez la misma jerarquía de los mandatos internacionales sobre derechos humanos y la norma constitucional, por un lado, y sostenía que en caso de restricción constitucionalmente prevista debería prevalecer esta, por el otro.

¹³ SCJN, sentencia de 3 de septiembre de 2013.

¹⁴ Ortega García, Ramón, *op. cit.*, p. 94. Por cierto que el autor añade inmediatamente: “Es obvio que esta idea es contradictoria”.

En todo caso, lo que sí dejó claro la sentencia en *contradicción de tesis* fue que la jurisprudencia de la Corte Interamericana en interpretación de la Convención, incluso en aquellos supuestos en que el Estado mexicano no hubiera sido parte en el procedimiento, tendría fuerza vinculante para las autoridades (incluida la judicial) de ese Estado, yendo pues más allá en este aspecto de lo establecido en la sentencia en el caso *Varios*.

Cabe destacar que, hasta el momento, el resultado de este desarrollo ha sido una situación en la que la jurisprudencia de la SCJN ha sido el agente de la forma específica mexicana de la “internalización” del derecho internacional de los derechos humanos (y particularmente de la CADH) partiendo de unas —más bien— genéricas disposiciones constitucionales, y viniendo a precisar, hasta el momento, y según las resoluciones indicadas, la posición de la Convención en el sistema de fuentes, la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH y los órganos encargados de poner en práctica la efectiva vigencia de la Convención, incluso en supuestos de colisión con el derecho interno.

Este último punto resulta de especial relevancia para el jurista práctico, en cuanto que determina ante qué órganos y mediante qué procedimientos ha de hacerse valer, en su caso, la primacía del derecho convencional. En este aspecto, la sentencia en el caso *Varios* vino a recoger la posición de la Corte Interamericana respecto del control de convencionalidad. Como es sabido, de acuerdo con esta doctrina, a partir de la sentencia en el caso *Almonacid Arellano y otros*,¹⁵ la primacía del derecho convencional sobre el nacional conduce a la no validez jurídica de las normas internas irreconciliables con los mandatos de la Convención y, por ende, a su no aplicabilidad por las autoridades nacionales. El control de convencionalidad se ejerce tanto por la Corte Interamericana como por los órganos judiciales nacionales: y se trataría de un control *ex officio*, realizado en relación con las normas convencionales según su interpretación por la Corte IDH. Ciertamente, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso*, esta Corte

¹⁵ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, párr. 124.

ha señalado que ese control deberá llevarse a cabo dentro de las peculiaridades del ordenamiento procesal de cada país.¹⁶

La Corte IDH no se ha pronunciado específicamente sobre si el control de convencionalidad, dentro de cada Estado, debe corresponder, en forma general, al juez competente para conocer del caso en cuestión (supuesto de control difuso de convencionalidad) o si puede —o debe— corresponder, dentro de cada país a un órgano especializado (control concentrado).¹⁷ En principio, y salvo lo que pudiera resultar de desarrollos jurisprudenciales ulteriores, podría aventurarse que, de acuerdo con *Almonacid Arellano* y jurisprudencia posterior, la doctrina del control de convencionalidad implica, al menos por defecto, la existencia de un control difuso; esto es, a menos que las normas internas — constitucionales, legales o jurisprudenciales— no dispongan otra cosa, ese control corresponderá al juez ordinario que deba aplicar la Convención, si encuentra que el derecho interno entra en colisión con ella.

No han faltado opiniones en favor del control difuso como principio general, resultado de *Almonacid Arellano* (así en el voto particular del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el caso *Cabrera García y Montiel Flores*).¹⁸ En cualquier caso, esta ha sido la fórmula adoptada por el ordenamiento mexicano a partir de la sentencia de la Suprema Corte en *Varios*. Se configura así un modelo en el que la primacía del derecho convencional de los derechos humanos se traduce en la inaplicabilidad, por el juez ordinario, de la normativa interna en los supuestos de contradicción con los mandatos sustantivos de la Convención. La sentencia en la *contradicción de tesis* referida viene además a suponer un desarrollo

¹⁶ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 158, párr. 128.

¹⁷ La Corte Interamericana ha precisado que “la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad”. Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C, núm. 276, párr. 124.

¹⁸ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, cit., Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

de *Varios*, por cuanto confiere a la jurisprudencia de la Corte IDH un efectivo carácter *erga omnes*; tanto la generada en los casos en que México hubiera sido parte como, en forma general, en todos los demás casos, aun cuando el Estado mexicano no hubiera participado en ellos. En forma quizás simplificadora podría caracterizarse, desde esa perspectiva, el modelo mexicano, como de control sustantivo y difuso de convencionalidad.

3. EL CASO ESPAÑOL: ¿CONTROL SUSTANTIVO CONCENTRADO DE CONVENCIONALIDAD?

Partiendo de supuestos, al menos en parte similares a los presentes en el ordenamiento mexicano, en España se ha puesto en práctica (hasta muy recientemente, como se verá) un modelo distinto de “internalización del derecho internacional de los derechos humanos”, en lo que se refiere al CEDH¹⁹ y de su interpretación por el Tribunal Europeo. Tanto el ordenamiento mexicano como el español incluyen en sus respectivas constituciones cláusulas (art. 1 de la Constitución mexicana y art. 10.2 de la Constitución española) relativas a la inserción en el derecho interno del derecho internacional de los derechos humanos. En ambos casos, tales cláusulas no proceden a una especificación de cuál sea el rango normativo, en derecho interno, de las respectivas convenciones y, como consecuencia, esa especificación —relativa tanto al rango normativo, como a la determinación de los órganos judiciales competentes en caso de conflicto— ha debido ser efectuada por vía legal y, sobre todo, jurisprudencial.

Ahora bien, en ambos casos se ha llegado a conclusiones diferentes, tanto en aspectos sustantivos como procedimentales. Cabe señalar que en el caso español, el desarrollo jurisprudencial ha conducido a un modelo en que el control de convencionalidad se confunde con el control sustantivo de constitucionalidad, y donde tal control tiene un carácter concentrado, encomendado al Tribunal Constitucional, y no, como en el caso mexicano, a los jueces ordinarios.

¹⁹ Otro sería el caso en el supuesto de la Carta Europea de Libertades Fundamentales, que queda fuera de la presente exposición.

El proceso de “internalización constitucional” del Convenio Europeo puede comprenderse más fácilmente si se tiene en cuenta el significado que este ha tenido en el desarrollo del sistema constitucional español actual. Durante la larga dictadura del general Franco, todas las corrientes democráticas de la opinión jurídica española consideraban que los modelos establecidos por las democracias europeas, sobre la base de los principios comunes recogidos en el Convenio, representaban el ejemplo a seguir para la construcción de un sistema constitucional democrático homologable a los del entorno europeo. Un objetivo esencial durante el periodo de transición de la dictadura a la democracia fue la integración de España en el sistema del Convenio. España ingresó en el Consejo de Europa en 1977, inmediatamente tras las elecciones de junio de ese año, primeras en la democracia. Como ejemplo del significado del Convenio en el proceso constituyente posterior a las elecciones, baste señalar que durante la tramitación del nuevo texto constitucional se llegó a proponer formalmente por el partido mayoritario en el congreso de los diputados que, en lugar de incluir en la Constitución una tabla de derechos, se efectuara simplemente una remisión al respecto en la Constitución a los mandatos del derecho internacional de los derechos humanos y señaladamente al Convenio. Tal proposición no fue aceptada, pero muestra la existencia de un estado de opinión claramente favorable a la sujeción a los mandatos convencionales. Poco después de la entrada en vigor de la nueva Constitución, España ratificó el Convenio y reconoció la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo en los procedimientos de garantía convencionales.

La “internalización constitucional” del Convenio se llevó a cabo, en el texto fundamental, mediante dos vías. Así, respecto de la posición general en el ordenamiento jurídico español, de los tratados y acuerdos internacionales, el artículo 96.1 de la Constitución adoptó un enfoque monista: los acuerdos y tratados válidamente ratificados por España, tienen fuerza vinculante a partir de su publicación. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional,²⁰ esos acuerdos y tratados están subordinados a

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de España (STC) 137/89, de 20 de julio de 1989 (BOE núm. 190, de 10 de agosto de 1989), y declaración 1/1992, de 1 de julio de 1992 (BOE núm. 177, de 24 de julio de 1992).

la Constitución, pero su fuerza normativa es superior a la de las leyes. Las previsiones de un tratado internacional no pueden verse alteradas por la ley parlamentaria. En caso de conflicto entre las previsiones de un tratado y las contenidas en una ley, los mandatos del tratado tendrán primacía a la hora de su aplicación por las autoridades.²¹

Como se pudo señalar, ello podría significar que, en cuanto tratado internacional, ratificado por España, las disposiciones del Convenio deberían gozar de fuerza vinculante inmediata, también en caso de conflicto con el derecho interno. No obstante, la posición constitucional del Convenio ha sido interpretada, hasta muy recientemente, de forma distinta, a partir de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

En la práctica, ha sido este artículo constitucional (y no el art. 96 de la Constitución) el que ha guiado la actuación de los tribunales españoles —y especialmente del Tribunal Constitucional— a la hora de decidir sobre el rango de las normas convencionales sobre derechos humanos, la resolución de los posibles conflictos entre derecho convencional y derecho interno y los órganos jurisdiccionales competentes para decidir sobre tales conflictos.

Como se ha señalado, el Tribunal Constitucional ha establecido que los tratados internacionales, aun disponiendo de una fuerza normativa superior a las leyes aprobadas por el Parlamento, están sujetos a la Constitución. En consecuencia, el Convenio Europeo, en cuanto tratado internacional, no tiene rango constitucional. Por ello, el Tribunal Constitucional estima que los mandatos del Convenio no pueden ser utilizados directamente como término de referencia para determinar la constitucionalidad o

²¹ STC 49/88, de 22 de marzo de 1988 (BOE núm. 89, de 13 de abril de 1988) y, STC 26/91, de 11 de febrero de 1991 (BOE núm. 64, de 15 de marzo de 1991).

inconstitucionalidad de una norma con rango de ley.²² En otras palabras, el Tribunal Constitucional no declarará inconstitucional una ley simplemente porque sus previsiones sean contrarias a alguna cláusula del Convenio, o de sus protocolos, si tal cláusula no se corresponde con algún precepto constitucional. Pues será la Constitución, y no los tratados internacionales, el único punto de referencia para emitir un juicio de constitucionalidad sobre una norma con rango de ley.

Ahora bien, ello no significa que el Convenio no tenga relevancia a la hora de decidir sobre la constitucionalidad de una norma legal. Desde sus primeras sentencias, el Tribunal Constitucional estableció que, como resultado de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución, los derechos fundamentales deberían ser interpretados según los mandatos del derecho internacional de los derechos humanos, y señaladamente a la luz del Convenio Europeo. De ello deriva que, al examinar la compatibilidad de una norma legal con un derecho fundamental recogido en la Constitución, el Tribunal deberá tener en cuenta el contenido de ese derecho en el Convenio, así como la interpretación de ese contenido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo, jurisprudencia que posee, según el Tribunal Constitucional, un “singular valor interpretativo”.²³

Teniendo en cuenta que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española son prácticamente idénticos a los reconocidos en el Convenio y sus protocolos, en la gran mayoría de los casos una vulneración de un derecho reconocido en el Convenio supondrá también la vulneración de un derecho fundamental reconocido en la Constitución. En otras palabras, la vulneración de un derecho convencional implicará la vulneración “sustantiva” de un derecho fundamental. En los reveladores términos de la sentencia 36/91,

[...] el artículo 10.2 C.E. [...] no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución,

²² STC 64/91, de 22 de marzo de 1991 (BOE núm. 98, de 24 de abril de 1991).

²³ STC 50/1989, de 21 de febrero de 1989 (BOE núm. 62, de 14 de marzo de 1989).

pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución [...].²⁴

De acuerdo con el Tribunal Constitucional, la violación de un derecho del Convenio, reconocido en la Constitución, es una violación de la Constitución.²⁵

Lo que deriva de este enfoque es claro. En el sistema español, el Tribunal Constitucional ostenta el monopolio del control constitucional de las normas legales. Por ello, si un tribunal ordinario, en la resolución de un caso, considera que una norma con rango de ley aplicable al mismo es contraria al contenido, según la interpretación del TEDH de un mandato del Convenio, correspondiente a un derecho recogido en la Constitución y, en consecuencia —y a la vista de la identidad entre los mandatos convencional y constitucional—, contraria a un derecho fundamental en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución, deberá, antes de emitir una decisión sobre el caso planteado, elevar al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad sobre la norma afectada, ya que un juez ordinario no puede juzgar por sí mismo sobre la adecuación a la Constitución de una norma con rango de ley.

De esta forma, quien decide en último término sobre la compatibilidad entre las normas internas y los mandatos del Convenio es el Tribunal Constitucional. Este Tribunal, cuando decide sobre estas materias, no procede pues a declarar que una ley es inconstitucional por oponerse a los mandatos del Convenio, leídos a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo; lo que hace es declarar que lo dispuesto en esa ley se opone a un derecho reconocido en la Constitución. Desde esa perspectiva, el control de convencionalidad ejercido por el

²⁴ STC 36/91, de 14 de febrero de 1991 (BOE núm. 66, de 18 de marzo de 1991), f. 5.

²⁵ STC 245/91, de 16 de diciembre de 1991 (BOE núm. 13, de 15 de enero de 1992), f. 3

Tribunal Constitucional es equivalente a un control sustantivo de constitucionalidad (se examina el contenido de la ley en cuestión y su compatibilidad sustantiva con un mandato de la Constitución, a la luz del Convenio). Se trata pues de un control de convencionalidad-constitucionalidad concentrado, esto es, efectuado exclusivamente por un órgano, el Tribunal Constitucional. El juez ordinario puede colaborar en este control, planteando la cuestión de inconstitucionalidad, pero la decisión última corresponde sólo al Tribunal Constitucional. Decisión que, al versar sobre un juicio de constitucionalidad, tendrá como efecto, si la conclusión es negativa, un pronunciamiento no solo de inaplicabilidad, sino más rotundamente, de nulidad radical de la norma impugnada.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha introducido recientemente algunas novedades al respecto. Debe señalarse que se ha suscitado una cierta discusión en España (paralelamente a desarrollos similares en América Latina) respecto de la posibilidad de introducir en España lo que podría llamarse un control difuso de convencionalidad. La Constitución reserva al Tribunal Constitucional la tarea de controlar la constitucionalidad de las leyes, excluyendo a los jueces ordinarios. Y, no obstante, como se ha indicado y según la Constitución, los tratados internacionales se ubican en un rango superior al de las leyes. Ello significa que si una ley contradice la previsión de un tratado internacional, deberá aplicarse, en principio, preferentemente el mandato del tratado y no la ley que lo contradiga. Según la más extendida opinión académica –y mantenida por el Tribunal Constitucional–, tal ley no tiene por qué considerarse inconstitucional, sino simplemente no aplicable al caso.

Como consecuencia, se ha propuesto por parte de la doctrina que, aplicando el artículo 96.1 de la Constitución, cuando un juez considere que una ley es contraria al Convenio Europeo, interpretado por el TEDH, no necesitará plantear una cuestión “sustantiva” de constitucionalidad al Tribunal Constitucional, sino que podrá proceder inmediatamente a ignorar la ley interna y aplicar en su lugar la disposición (interpretada por la jurisprudencia del TEDH) del Convenio. Según esta interpretación, el Tribunal Constitucional conservaría su función de control

concentrado de constitucionalidad, mientras que los tribunales ordinarios mantendrían un control difuso de convencionalidad.²⁶

Esta propuesta de control difuso de convencionalidad ha encontrado una sorprendente respuesta confirmatoria por parte del Tribunal Constitucional en su ya citada sentencia 140/2018. En ella, y tras citar expresamente la doctrina de la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano y otros*, el Tribunal Constitucional estableció que:

El marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. Como viene estableciendo de forma incontrovertida la jurisprudencia previa, la determinación de cuál sea la norma aplicable al caso concreto es una cuestión de legalidad que no le corresponde resolver al Tribunal Constitucional sino, en principio, a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el artículo 117.3 CE²⁷ (cursivas añadidas)

Queda por ver si el Tribunal Constitucional mantiene en el futuro esta línea, expresada hasta el momento en una sola sentencia.

²⁶ Sobre el control “difuso” de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH véase, por ejemplo, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, Este enfoque ha recibido una acogida mixta en España. Algunos constitucionalistas como Jimena Quesada han apoyado esa postura. Véase Jimena Quesada, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013. Otros constitucionalistas, como Ferreres Comella consideran que tal sistema “difuso” socavaría el sistema de control constitucional de las leyes. Ferreres Comella, Víctor, “El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo”, en Saiz Arnaiz, Alejandro y Zelaia Garagarza, Maite, *Integración europea y poder judicial*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2007, pp. 231-270.

²⁷ STC 140/2018, de 20 de diciembre de 2018 (BOE núm. 22, de 25 de enero de 2019), f. 6.

BIBLIOGRAFÍA

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano”, en SAIZ ARNAIZ, Alejandro y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.) *Control de constitucionalidad, interpretación conforme y diálogo judicial. Una visión desde América Latina y Europa*, México, Porrúa-UNAM, 2012.
- FERRERES COMELLA, Víctor, “El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo”, en SAIZ ARNAIZ, Alejandro y ZELAIA GARAGARZA, Maite, *Integración europea y poder judicial*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2007.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La creciente internacionalización de las constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos”, en SAIZ ARNAIZ, Alejandro y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Control de constitucionalidad, interpretación conforme y diálogo judicial. Una visión desde América Latina y Europa*, México, Porrúa-UNAM, 2012.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en SAIZ ARNAIZ, Alejandro y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Control de constitucionalidad, interpretación conforme y diálogo judicial. Una visión desde América Latina y Europa*, México, Porrúa-UNAM, 2012.
- JIMENA QUESADA, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, “Constitutionality, Conventionality and National Courts”, *New Developments in Constitutional Law. Essays in Honour of András Sajó*, La Haya, Eleven International Publishing, 2018.
- ORTEGA GARCÍA, Ramón, *El modelo constitucional de derechos humanos en México. Estudios sobre constitucionalización del Derecho*, México, Tirant lo Blanch, 2013.

La supervisión de cumplimiento de sentencias en los sistemas regionales de derechos humanos: un análisis comparado

*Lucas Sánchez de Miquel**

1. INTRODUCCIÓN

El cumplimiento de las sentencias es una piedra angular de cualquier sistema jurídico. En contraste con la jurisdicción nacional, en la internacional las sentencias normalmente no son de aplicación directa sino que más bien deben ser implementadas en el ordenamiento jurídico interno. Este proceso, que conduce al cumplimiento, es conocido como la ejecución de las sentencias internacionales.¹ En los sistemas jurídicos internacionales, y particularmente en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, los casos no se cierran con la emisión de una sentencia definitiva, sino que permanecen abiertos durante la llamada “fase de ejecución”.²

* Investigador en el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional.

¹ Keller, Helen y Marti, Cedric, “Reconceptualizing the Implementation: The Judicialization of the Execution of the European Court of Human Rights’ Judgments”, *European Journal of International Law*, vol. 26, núm. 4, 2016, p. 830.

² Beristain, Carlos Martín, *Diálogos sobre la reparación: Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2010, p. 119.

En relación a estos sistemas regionales de derechos humanos, tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establecen expresamente que los Estados parte “se comprometen” a acatar las sentencias de los respectivos órganos jurisdiccionales.³ El deber de los Estados de cumplir con sus obligaciones resultantes de un tratado internacional, incluyendo entre estas las sentencias de los tribunales internacionales, se desprende del principio *pacta sunt servanda*.⁴ El cumplimiento rápido y satisfactorio de las sentencias es crucial no solo para la efectividad de los sistemas de protección de los derechos humanos,⁵ sino también para la legitimidad de los tribunales que emiten dichas sentencias.⁶ No obstante, la ejecución de sentencias es considerada el “talón de Aquiles” de dichos sistemas regionales de derechos humanos.⁷

El cumplimiento de las decisiones de derechos humanos ha sido un tema de interés en los últimos años en la literatura jurídica académica.⁸ En este sentido, han sido identificados varios

³ Véase el art. 46 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y el art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

⁴ Art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969. Véase asimismo Pasqualucci, Jo M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 229.

⁵ Véase sobre este punto Krsticevic, Viviana, “Reflexiones sobre la ejecución de las decisiones del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”, en Tojo, Liliana y Kristicevic, Viviana (coords.), *Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, Buenos Aires, CEJIL, 2007, pp. 15-112.

⁶ Anagnostou, Dia y Mungiu-Pippidi, Alina, “Domestic Implementation of Human Rights Judgments in Europe: Legal Infrastructure and Government Effectiveness Matter”, *European Journal of International Law*, vol. 25, núm. 1, 2014, p. 206.

⁷ Leach, Philip y Donald, Alice, “Human Rights Implementation: Our Shared Responsibility”, *EJIL: Talk!*, de 22 de marzo de 2015, <https://www.ejiltalk.org/human-rights-implementation-our-shared-responsibility/>

⁸ Véase, por ejemplo, De Vos, Christian M. y Baluarte, David C., *From Judgment to Justice: Implementing International and Regional Human Rights Decisions*, Open Society Justice Foundation, 2010; Vannuccini, Sabrina, “Member states’ compliance with the Inter-American Court of Human

factores que afectan al cumplimiento, principalmente en la esfera nacional. Entre estos factores, uno de los más importantes es la política interna del Estado en cuestión,⁹ pero también importa su capacidad institucional, es decir, la presencia de mecanismos operativos efectivos para la reparación de violaciones de derechos humanos.¹⁰ Las diversas instituciones internas, como los parlamentos,¹¹ los tribunales¹² o las instituciones nacionales de derechos humanos,¹³ también tienen un papel importante en la ejecución de las sentencias.

Además de ello, otro aspecto que puede influir en el cumplimiento son los mecanismos de control internacional, es decir, la

Rights' judgments and orders requiring non-pecuniary reparations", *Inter-American and European Human Rights Journal* 7, 2014, pp. 225-244; Larsen, Kjetil Mujezinović, "Compliance with judgments from the European Court of Human Rights", *Nordic Journal of Human Rights* 31, 2013, pp. 496-512; De Vos, Christian M., "From Rights to Remedies: Structures and Strategies for Implementing International Human Rights Decisions", *International Yearbook of Minority Issues*, vol. 12, 2013, pp. 1-192.

⁹ Hillebrecht, Courtney, *Domestic Politics and International Human Rights Tribunals: The problem of compliance*, Cambridge University Press, 2014.

¹⁰ Hillebrecht, Courtney, "The Domestic Mechanisms of Compliance with International Human Rights Law: Case Studies from the Inter-American Human Rights System", *Human Rights Quarterly*, vol. 34, núm. 4, 2012, pp. 959-985. En este sentido, véase también Beristain, Carlos Martín, *op. cit.*, p. 120; así como Hawkins, Darren y Jacoby, Wade, "Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American Courts of Human Rights", *Journal of International Law and International Relations*, vol. 6, núm. 1, 2010, pp. 35-85.

¹¹ Véase Donald, Alice y Leach, Philip, "The Role of Parliaments Following Judgments of the European Court of Human Rights", en Hunt, Murray, Hooper, Hayley y Yowell, Paul (eds.), *Parliaments and Human Rights: Redressing the Democratic Deficit*, Oxford, Hart Publishing, 2015, pp. 59-94.

¹² Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (ed.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013. Véase asimismo, con otra perspectiva, Huneus, Alexandra, "Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights", *Cornell International Law Journal*, vol. 44, 2011, pp. 494-533.

¹³ Buyse, Antoine, "The Court's Ears and Arms: National Human Rights Institutions and the European Court of Human Rights", en Wouters, Jan y Meuwissen, Katrien, *National Human Rights Institutions in Europe*, Cambridge, Interseta, 2013, pp. 179-186.

supervisión de cumplimiento de sentencias.¹⁴ Estos dos sistemas regionales de derechos humanos han desarrollado diferentes formas de supervisar la ejecución de las sentencias de sus respectivos tribunales. Mientras en el Sistema Europeo de Derechos Humanos la supervisión es llevada a cabo principalmente por un órgano político, el Comité de Ministros del Consejo de Europa (CdM), a través de un proceso en cierta medida político; en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos la supervisión es realizada por el mismo tribunal que emite las sentencias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), y lo hace mediante un procedimiento contradictorio, similar al seguido en la etapa previa a la sentencia. Este es un aspecto que a menudo permanece fuera del foco de análisis, especialmente desde una perspectiva comparada. Por ello, el objetivo de este capítulo es realizar un análisis comparado de la supervisión de la ejecución de sentencias en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos.

Para llevar a cabo dicho análisis comparado, este artículo se dividirá en cuatro secciones. En la primera sección serán analizados los objetos de la supervisión, es decir, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y de la Corte IDH. Las principales diferencias en este sentido están relacionadas con las reparaciones ordenadas después de determinar una violación, y ello también es de suma importancia para el proceso de supervisión. La siguiente sección se centrará en los órganos institucionales que llevan a cabo la supervisión de la ejecución de sentencias. Aquí las diferencias están relacionadas tanto con el número de órganos que participan de forma efectiva en el proceso de supervisión como con la naturaleza de estos órganos, tal y como se mencionó. Posteriormente, serán comparados los propios procesos de supervisión. Estos no difieren de forma sustancial, ya que ambos se basan en la recopilación y evaluación de información concerniente con la ejecución de sentencias. Sin embargo, también aquí hay diferencias relacionadas con la regu-

¹⁴ Para una definición de control internacional, véase Gamarra, Yolanda y Vicente, Alejandra, “El discreto control de los órganos políticos sobre las decisiones de las instituciones judiciales: Un análisis comparado de los sistemas americano y europeo”, en Fernández Sánchez, Pablo Antonio (ed.), *Obra Jurídica del Consejo de Europa: en conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa*, Sevilla, Gandulfo Ediciones, 2010, pp. 74-78.

lación de los respectivos procedimientos y con la participación de las víctimas y de otras entidades. En la última sección se analizarán los mecanismos que pueden ser utilizados por los órganos encargados de la supervisión durante estos procedimientos. Algunos de estos mecanismos son similares, como la emisión de resoluciones respecto a casos concretos. No obstante, otros mecanismos, como los mecanismos “participativos” (los debates ante el CdM por un lado y las audiencias ante la Corte IDH por el otro) o los mecanismos para incumplimientos persistentes, difieren de forma sustancial.

El texto concluye recapitulando las principales diferencias entre los dos sistemas de supervisión y considerando los aspectos que cada uno de estos sistemas podría aprender del otro para mejorar la ejecución de sentencias, y de esta manera aumentar también la efectividad general y la legitimidad de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. Este artículo no pretende sugerir que un sistema es mejor, o que un sistema debería adoptar los procedimientos de supervisión del otro, dado que ambos tribunales operan en contextos muy distintos. No obstante, se resaltan algunos aspectos que podrían ser mejorados observando lo que hacen sus homólogos del otro lado del Atlántico.

2. LAS SENTENCIAS BAJO SUPERVISIÓN

Para poder analizar la supervisión de la ejecución de sentencias, primeramente es necesario tener una visión general de los objetos bajo supervisión: las sentencias del TEDH y de la Corte IDH. Ello se debe a que la forma y contenido de estas sentencias tiene una gran influencia sobre la posterior supervisión de la ejecución de las mismas.

La principal diferencia entre las sentencias de ambos órganos judiciales reside en las reparaciones ordenadas por estos. Las sentencias del TEDH son en esencia declaratorias, de conformidad con el principio de subsidiariedad que gobierna todo el proceso.¹⁵ La única referencia que se hace en el CEDH a las repara-

¹⁵ Véase Peters, Anne y Altwicker, Tilmann, *Europäische Menschenrechtskonvention*, München, Beck, 2012, p. 286; Karper, Irene, *Reformen des Eu-*

ciones relativas a violaciones de derechos humanos se encuentra en el artículo 41, de acuerdo al cual el Tribunal puede conceder una “satisfacción equitativa” a la parte perjudicada, pero únicamente “si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación”.¹⁶ De esta manera, el objetivo primario es lograr la *restitutio in integrum*, en el caso de que ello sea permitido por el derecho nacional respectivo. No obstante, también cabe destacar que la práctica judicial del TEDH ha sido sometida a importantes cambios en las últimas décadas, en las cuales dicho tribunal ha ido indicando cada vez más a menudo las reparaciones en sus sentencias.¹⁷

Por un lado, a finales de los noventa empezó a ordenar medidas individuales específicas para reparar la violación.¹⁸ Estas medidas individuales normalmente son indicadas en la parte argumentativa de la sentencia en forma de recomendación,¹⁹ si bien en algunos casos también son indicados en la parte dispo-

ropäischen Gerichts- und Rechtsschutzsystems, Nomos, 2010, pp. 117-118, y Leach, Philip, “The European system and approach”, en Sheeran, Scott (ed.), *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, Londres, Routledge, 2013, p. 415.

¹⁶ Véase el art. 41 del CEDH. Véase de forma general Ichim, Octavian, *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

¹⁷ Véase al respecto, Keller, Helen y Marti, Cedric, *op. cit.*, p. 836. Véase asimismo Peters, Anne y Altwicker, Tilmann, *op. cit.*, pp. 288-289; Leach, Philip, “On Reform of the European Court of Human Rights”, *European Human Rights Law Review*, vol. 14, 2009, pp. 725-735.

¹⁸ En 1998, ordenó por primera vez una forma concreta de restitución, en el caso *Papamichalopoulos*, concretamente la devolución de una propiedad. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). *Papamichalopoulos y otros vs. Grecia*, sentencia de 31 de octubre de 1995 (Req. núm. 14556/89). Para más información véase Okresek, Wolf, “Maßnahmen für eine effiziente Durchführung der Urteile des EGMR”, en Bammer, Armin (ed.), *Rechtsschutz gestern-heute-morgen*, Wien, Graz, Neuer Wiss. Verlag, 2008, pp. 633-644, especialmente p. 635.

¹⁹ El Tribunal, por ejemplo, indicó en el *Caso Sejdovic vs. Italia* que la reapertura de procedimientos jurídicos internos sería la medida apropiada para cumplir con su obligación. Véase, TEDH. *Sejdovic vs. Italia*, sentencia de 10 de noviembre de 2004 (Req. núm. 56581/00), párr. 55.

sitiva, convirtiéndose así en una orden vinculante.²⁰ Por el otro, poco después el TEDH también comenzó a indicar medidas generales en sus sentencias. Esto empezó principalmente a través de la introducción del procedimiento de sentencias piloto, usado por primera vez en 2004.²¹ En una sentencia piloto, el Tribunal identifica un problema sistémico y puede ordenar la adopción de medidas generales para resolverlo.²² El TEDH puede ordenar la adopción de medidas generales de acuerdo al artículo 46 del CEDH siempre que un caso revele problemas de naturaleza sistémica, no solo en las sentencias piloto.²³

La Corte IDH, por su parte, es conocida por su rica jurisprudencia en materia de reparaciones. De acuerdo al artículo 63 de la CADH —el cual ofrece una base jurídica más sólida para ordenar reparaciones específicas— cuando la Corte decida que ha habido una violación de los derechos contenidos en la Convención, “dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados”, y “si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias [...] y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. El concepto de reparación ha sido interpretado de forma muy amplia en la jurisprudencia interamericana.²⁴ En contraste con el Sistema Europeo, la com-

²⁰ Por ejemplo en el caso *Assanidze vs. Georgia* fue ordenada la liberación de un preso, ya que de acuerdo al TEDH la naturaleza de la violación no permitía ninguna reparación distinta. TEDH. *Assanidze vs. Georgia*, sentencia de 8 de abril de 2004 (Req. núm. 71503/01), párrs. 202-203 y párr. 14 a) de la parte dispositiva.

²¹ TEDH. *Broniowski vs. Polonia*, sentencia del 22 de junio de 2004 (Req. núm. 31443/96), párr. 193. Véase sobre el tema, Ruedin, Xavier-Baptiste, *Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme: procédure, obligations des Etats, pratique et réforme*, Helbing & Lichtenhahn, 2009, p. 50.

²² Art. 61.3 del Estatuto del TEDH. Véase asimismo Leach, Philip, “The European System...”, *cit.*, p. 416.

²³ Keller, Helen y Marti, Cedric, *op. cit.*, p. 838. Véase sobre el tema, Lambert Abdelgawad, Elisabeth, “The Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights: Towards a Non-coercive and Participatory Model of Accountability”, *ZaöRV* 69, 2009, pp. 471-506.

²⁴ Véase sobre este punto concreto Nash Rojas, Claudio, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, 2a. ed., Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2009.

petencia de ordenar reparaciones concretas no es subsidiaria a la posibilidad de obtenerlas a nivel interno.²⁵ La parte dispositiva de las sentencias de la Corte IDH normalmente contiene una lista extensa y detallada de las medidas que el Estado debe tomar para reparar la violación. Esto significa que los Estados necesitan seguir una serie de pasos muy específicos para cumplir con la sentencia.²⁶

Esto es en cierta medida una respuesta a la naturaleza de las violaciones de derechos humanos tratadas por la Corte IDH, entre las que se pueden encontrar desapariciones forzosas, ejecuciones extrajudiciales, masacres y otras violaciones graves a los derechos humanos, a menudo perpetradas por regímenes autoritarios o durante conflictos armados internos.²⁷ Estas sentencias a menudo se refieren a violaciones de derechos humanos sufridas por comunidades o grupos sociales enteros. Por ello, la jurisprudencia de la Corte IDH ha tenido un gran impacto en la región y ha desencadenado muchos cambios, y el hecho de indicar medidas concretas de reparación en sus sentencias ha tenido un papel fundamental en esta tarea.²⁸ La Corte IDH agrupa las reparacio-

²⁵ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C, núm. 7, párr. 30.

²⁶ Hawkins, Darren y Jacoby, Wade, *op. cit.*, p. 44.

²⁷ Véase sobre esto Piovesan, Flávia, “*Ius Constitutionale Commune* Latinoamericano en Derechos Humanos e Impacto del Sistema Interamericano: Rasgos, Potencialidades y Desafíos”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, México, Porrúa, 2013, pp 181-206. Asimismo, véase Gamarra, Yolanda y Vicente, Alejandra, *op. cit.*, pp. 95-96.

²⁸ Véase en el mismo sentido García-Sayán, Diego, “The Inter-American Court of Human Rights: Its Decisive Impact on Latin American Rights”, en Domínguez, Jorge y Covarrubias, Ana (eds.), *Routledge Handbook of Latin America in the World*, Routledge, 2014, pp. 329-346; así como Casse, Douglass, “El Alcance e Impacto cada vez mayores de las Reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *La justicia constitucional y su internacionalización*, México, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2010, pp. 215-258, y Soley, Ximena, “The transformative dimensión of inter-American jurisprudence”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.),

nes que ordena en seis categorías:²⁹ restitución,³⁰ rehabilitación,³¹ satisfacción,³² garantías de no repetición,³³ obligación de investigar, juzgar y, si procede, condenar,³⁴ y la compensación y reembolso de costas y gastos.³⁵

Aunque se puede observar una progresiva aproximación de la práctica relativa a las reparaciones en ambos sistemas, continúan existiendo importantes diferencias. Hasta el momento, la gran mayoría de las sentencias del TEDH siguen siendo de natu-

Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune, Oxford, OUP, 2017.

²⁹ Corte IDH. Informe Anual 2016, p. 72.

³⁰ Esto incluye, por ejemplo, la liberación de presos o la readmisión de trabajadores. Véase, siguiendo estos ejemplos, Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, núm. 177, punto resolutivo 7, y Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, núm. 72, punto resolutivo 7, respectivamente.

³¹ Una reparación típica de esta categoría es el pago del tratamiento médico y psicológico de las víctimas. Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 211, punto resolutivo 16.

³² Esto puede ser, por un lado, medidas de carácter más bien simbólico, como poner a una calle el nombre de las víctimas o construir un monumento en su honor y, por el otro lado, medidas que ordenan una reparación económica. Para un ejemplo de reparaciones simbólicas véase Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 101, parte dispositiva.

³³ Esta categoría incluye las reformas legislativas —incluso constitucionales—, así como los cambios en las políticas públicas o el archivo de sentencias judiciales. Para un ejemplo emblemático en relación a las reformas legislativas, véase Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C, núm. 87.

³⁴ Esta es una categoría particular del Sistema Interamericano. Véase al respecto Basch, Fernando, “The Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights Regarding States’ Duty to Punish Human Rights Violations and Its Dangers”, *American University International Law Review*, 2007, pp. 196-229.

³⁵ Normalmente esto es ordenado en todas las sentencias y es el tipo de reparación con la que los Estados cumplen más a menudo. Véase De Vos, Christian M. y Baluarte, David C., *op. cit.*, p. 289.

raleza declaratoria, y le encomiendan al Estado la elección de las reparaciones. Además, en caso de que indiquen reparaciones, a menudo solamente se sugiere en qué dirección deberían ir estas, o se definen a grandes rasgos, mientras que las sentencias de la Corte IDH siempre definen las reparaciones de forma muy concreta y extensa.³⁶

Esto también tiene un gran impacto sobre el proceso de supervisión. El primer paso de la ejecución siempre es identificar lo que la propia sentencia exige. Por ello, mientras la Corte IDH se limita a supervisar la implementación de las medidas que ordenó en la fase judicial previa, una parte importante del trabajo del CdM al supervisar la ejecución está relacionada con la evaluación de medidas de reparación escogidas por el Estado correspondiente. Cuando el CdM ha aceptado estas medidas puede empezar la verdadera supervisión de su implementación. En este sentido, se trata de una característica que hace que se pueda considerar la supervisión de cumplimiento llevada a cabo por el CdM como una actividad cuasijurisdiccional, ya que evaluar la adecuación de las medidas de reparación es algo de lo cual normalmente se encargan los propios jueces.

Indicar las reparaciones concretas puede, además, mejorar la efectividad general del sistema de protección de los derechos humanos, ya que el margen de maniobra político se reduce drásticamente, y de esta manera se limitan las “negociaciones de cumplimiento”, que pueden conducir a un cumplimiento minimalista.³⁷ También facilita la tarea de determinar el incumplimiento de los Estados, ya que las medidas concretas pueden servir como puntos de referencia para los órganos de supervisión. No obstante, actualmente también ha comenzado a debatirse si la Corte IDH debería dejar un mayor margen a los Estados a la hora de elegir las reparaciones de una violación, puesto que ello podría facilitar -y de esta forma aumentar- el cumplimiento de sentencias en

³⁶ Sobre la redacción abstracta de las reparaciones ordenadas por el TEDH, véase Keller, Helen y Marti, Cedric, *op. cit.*, p. 838.

³⁷ Greer, Steven C, *The European Convention on Human Rights*, CUP, 2006, pp. 160-161. Esto también fue indicado por el Tribunal Europeo. Véase, TEDH. *Oleksandr Volkov vs. Ukraine*, sentencia de 9 de enero de 2013, (Req. núm. 21722/11), párrs. 194-195.

general.³⁸ Sin embargo, no está del todo claro si ello mejoraría la efectividad general del sistema.

3. LOS ÓRGANOS DE SUPERVISIÓN

Algunas de las principales diferencias entre ambos sistemas están relacionadas con los órganos que llevan a cabo la supervisión, tanto en lo que respecta a la cantidad de órganos institucionales que participan en el proceso de supervisión, por un lado, como a la naturaleza de dichos órganos, por el otro. Este tipo de diferencias están vinculadas principalmente al engranaje institucional en que cual se sitúan ambos sistemas de protección de los derechos humanos, es decir, el engranaje del Consejo de Europa (CdE) y de la Organización de los Estados Americanos (OEA), respectivamente.

3.1. La cantidad de órganos de supervisión

En el Sistema Europeo, como se ha indicado, el principal órgano que lleva a cabo la supervisión, de acuerdo al artículo 46.2 del CEDH, es el Comité de Ministros, un órgano político intergubernamental del Consejo de Europa, formado por los ministros de asuntos exteriores de cada Estado miembro, o por sus representantes.³⁹ Sin embargo, no realizan esta tarea por sí solos, ya que hay varios otros órganos del CdE que participan en el proceso de supervisión, como la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (APCE), el Comisario de Derechos Humanos, el propio TEDH o, de manera muy importante, el Departamento para la Ejecución de Sentencias de la Secretaría del CdE.

³⁸ Al respecto véase, por ejemplo, Follesdal, Andreas, “Exporting the Margin of Appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights?”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15 (2), 2017, pp. 359-371.

³⁹ Art. 14 del Estatuto del Consejo de Europa (CdE). En la práctica, los ministros raramente están presentes, sino que delegan sus responsabilidades en sus representantes. Para más detalles véase Ruedin, Xavier-Baptiste, *op. cit.*, p. 5.

El Departamento para la Ejecución de Sentencias, como órgano administrativo, asiste a los Estados en la elección de las reparaciones adecuadas,⁴⁰ compara la información del Estado relativa a la ejecución con la de organizaciones no gubernamentales (ONG) o instituciones nacionales de derechos humanos⁴¹ y, además, hace sugerencias al CdM en relación con los casos concretos, que normalmente son seguidas por los representantes.⁴² La participación de este departamento en el proceso de supervisión fue formalizada en 2015, a través de la adopción del “Mandato del Departamento para la Supervisión de Sentencias del TEDH”.⁴³

Otro órgano que participa activamente en la supervisión es la APCE.⁴⁴ Las tareas de supervisión son realizadas por su subcomité para la supervisión de la ejecución de sentencias del TEDH, establecido en 2015 como parte del Comité de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos. De acuerdo al mandato de este subcomité, debe centrarse particularmente en “los casos más pertinentes de inejecución de sentencias, especialmente aquellos que señalen la existencia de problemas sistémicos o que requieran medidas

⁴⁰ Véase Zwaak, Leo F., “Effectiveness and fulfillment of the judgments on human rights: the experience of the European system”, *Revista IIDH*, vol. 46, 2007, p. 347.

⁴¹ *Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements*, Adopted by the Committee of Ministers on 10 May 2006 at the 964th meeting of the Ministers’ Deputies, Rule 9.1, 9.2 and 9.3, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d7e18

⁴² Habrá algunas excepciones, especialmente en los casos políticamente sensibles. Véase en este sentido Çali, Başak y Koch, Anne, “Foxes Guarding the Foxes? The Peer Review of Human Rights Judgments by the Committee of Ministers of the Council of Europe”, *Human Rights Law Review*, vol. 14, núm. 2, 2014, p. 318.

⁴³ Mandat du Service de l’exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016805a997d>

⁴⁴ Véase en general Drzemczewski, Andrew, “The Parliamentary Assembly’s Involvement in the Supervision of the Judgments of the Strasbourg Court”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 28, 2010, p. 165-179, y Kleijssen, Jan, “The Monitoring Procedure of the Council of Europe’s Parliamentary Assembly”, en Alfredsson, Gudmundur *et al.* (eds.), *International Human Rights Monitoring Mechanisms*, Nijhoff, Leiden, 2009, pp. 523-528.

individuales urgentes”.⁴⁵ La APCE también puede elaborar informes sobre el tema,⁴⁶ o llevar a cabo visitas *in situ* en Estados con problemas relativos a la ejecución de sentencias, para informar a los parlamentos nacionales sobre el estado de la ejecución de las sentencias contra su Estado y para analizar junto a estos cómo avanzar en dicha ejecución.⁴⁷

El TEDH también se ha vuelto más activo en el proceso de supervisión a través de los desarrollos en su jurisprudencia,⁴⁸ y otras instituciones del Consejo de Europa también elaboran informes sobre la ejecución de sentencias, como la Comisión de Venecia,⁴⁹ o contactan con la sociedad civil, como lo hace el Co-

⁴⁵ Traducción libre del artículo 2 del mandato del subcomité para la implementación de sentencias del TEDH (AS/Jur/CourDH), aprobado por el Comité el 29 de enero de 2015.

⁴⁶ Hasta el momento han sido publicados por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (APCE) ocho informes sobre la ejecución de sentencias del TEDH, en los cuales son considerados los problemas de Estados concretos. Véase, por ejemplo, *Implementation of judgments of the European Court of Human Rights: 8th Report*, AS/Jur(2015)17, <http://website-pace.net/documents/19838/1085720/20150623-ImplementationJudgements8-EN.pdf/67c5cb2a-3032-4183-9f3e-45c668257ede>

⁴⁷ Véase, por ejemplo, Resolution 1516 (2006), Doc. 11020, report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights, Text adopted by the Assembly on 2 October 2006, párr. 5, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17472&lang=en>; Committee on Legal Affairs and Human Rights, Implementation of judgments of the European Court of Human Rights, Introductory memorandum, AS/Jur (2008) 24, 26 May 2008, párr. 3. Véase, asimismo, Drzemczewski, Andrew, *op. cit.*, pp. 171-172.

⁴⁸ Sobre este punto, véase Sicilianos, Linos-Alexander, “The Role of the European Court of Human Rights in the Execution of its own Judgments: Reflections on Article 46 ECHR”, en Seibert-Fohr, Anja (ed.), *Judgments of the European Court of Human Rights*, Nomos, 2014, pp. 285-315. Sin embargo, esta participación del TEDH en la supervisión de sus propias sentencias fue rechazada por el propio TEDH por una mayoría de 9 votos contra 8 en la sentencia del caso *Moreira Ferreira vs. Portugal (Nº 2)*. TEDH. *Moreira Ferreira vs. Portugal (Nº 2)*, sentencia de 11 de julio de 2017 (Req. núm 19867/12).

⁴⁹ Véase, por ejemplo, Venice Commission, *Opinion on the Implementation of the Judgments of the European Court of Human Rights*, CDL-AD (2002) 34, de 18 de diciembre de 2002, [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2002\)034-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2002)034-e)

misario de Derechos Humanos.⁵⁰ Por tanto, se puede observar que hay diferentes órganos políticos, administrativos y judiciales que cooperan y se refuerzan mutuamente a lo largo de todo el proceso de supervisión.

Esto ha sido considerado por la doctrina como algo positivo, destacando que la interacción y la fecundación mutua (*'cross-fertilization'*) entre los diferentes órganos contribuye a mejorar el sistema.⁵¹ También permite ejercer presión sobre el Estado desde diversos frentes. Mientras el CdM ejerce dicha presión a nivel gubernamental, la APCE la puede ejercer a nivel parlamentario y el TEDH desde el frente judicial.⁵² Como afirma Philip Leach, para tratar los asuntos graves relacionados con los derechos humanos “en ocasiones es necesaria una combinación de mecanismos jurídicos, políticos y diplomáticos”.⁵³ Por último, la implicación de varios órganos puede ser útil para obtener información de diversas fuentes sobre el progreso de la ejecución, por ejemplo a través de las visitas *in situ* de la APCE o a través del Comisario de Derechos Humanos.⁵⁴

Este aspecto es diferente en el Sistema Interamericano, donde la Corte IDH lleva a cabo la supervisión de manera casi individual, con la colaboración de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos (CIDH), si bien en principio otros órganos institucionales de la OEA, en especial la Asamblea General de la OEA (AG), deberían participar activamente en el proceso. La Convención Americana, a diferencia de su contraparte europea, no asigna de forma específica la función de supervisar la

⁵⁰ Véase Hammarberg, Thomas y Dalhuisen, John, “The Council of Europe Commissioner for Human Rights”, *International Human Rights Monitoring Mechanisms: Essays in Honour of Jakob Th. Möller*, Nijhoff, Leiden, 2009, pp. 515-521.

⁵¹ Véase, por ejemplo, Lambert-Abdelgawad, Elisabeth, *op. cit.*, pp. 488-490; Okressek, Wolf, *op. cit.*, p. 644.

⁵² Sobre la presión parlamentaria ejercida por la APCE, véase Drzemczewski, Andrew, *op. cit.*, p. 178.

⁵³ Véase Leach, Philip, “The European system...”, *cit.*, p. 408.

⁵⁴ Sundberg, Fredrik G. E., “Control of Execution of Decisions under the European Convention on Human Rights”, en Alfredsson, Gudmundur *et al.* (eds.), *International Human Rights Monitoring Mechanisms*, 2a. ed., Nijhoff, Leiden, 2009, pp. 478-479.

ejecución de sentencias. La CADH solo menciona la ejecución de sentencias en su artículo 65, según el cual la Corte IDH debe informar a la AG “de manera especial y con las recomendaciones pertinentes, [sobre] los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”.⁵⁵ De ello se deriva que la AG debería tener una mayor implicación en la fase de supervisión de cumplimiento, como se argumentará más adelante.

La Corte IDH asumió la responsabilidad de supervisar la ejecución de sentencias desde la primera que emitió.⁵⁶ En 2003, Panamá cuestionó la competencia de la Corte para supervisar la ejecución de sus sentencias, en el marco de la supervisión de cumplimiento de la sentencia del caso *Baena Ricardo vs. Panamá*.⁵⁷ Este desafío a su autoridad permitió a la Corte IDH adoptar una decisión fundamental sobre el alcance sus propias competencias.⁵⁸ En dicha decisión, se destaca que “[l]a Corte, como todo órgano con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz*)”.⁵⁹ También se refiere al principio de efectividad, afirmando que, si la supervisión de cumplimiento no fuese uno de los elementos que abarca la jurisdicción, “significaría afirmar que las sentencias emitidas por la Corte son meramente declarativas y no efectivas”.⁶⁰ La posición de Panamá fue de esta forma rechazada, y desde entonces ningún otro país ha cuestionado la autoridad de la Corte IDH en este ámbito. Por el contrario, en la mayoría de casos los Estados han entregado los informes solicitados por la Corte.

⁵⁵ Véase el art. 65 de la CADH.

⁵⁶ Véase Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *op. cit.*, párr. 60.

⁵⁷ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas, *op. cit.*

⁵⁸ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 104. Véase, asimismo, Ventura Robles, Manuel E, “La supervisión del cumplimiento de sentencias en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. 18, 2007, pp. 190-194, y Schneider, Jan, *Reparation and Enforcement of Judgments*, Berlín, 2015, pp. 206-209.

⁵⁹ Corte IDH. *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Competencia, *op. cit.*, párr. 68.

⁶⁰ *Ibidem*, párr. 72.

El otro órgano del Sistema Interamericano que participa de forma efectiva en el proceso de supervisión es la CIDH.⁶¹ Su principal función consiste en presentar observaciones a los informes de los Estados y a las observaciones de las víctimas sobre dichos informes, así como atender a audiencias de supervisión y defender su postura en ellas.⁶² Al ser la CIDH un órgano experto, objetivo e imparcial, y con un buen acceso a información a través de visitas *in situ* y otras fuentes, su participación puede ser importante para avanzar en el cumplimiento de ciertos casos. Sin embargo, el hecho de que tengan que emitir observaciones relativas a todos los informes estatales hace que en muchas ocasiones dichas observaciones se hayan limitado “a resumir la posición de las partes y establecer algún tipo de valoración general sobre la información planteada” o hayan “reiterado la posición de los representantes”.⁶³ Por ello, tal vez sería conveniente limitar la participación de la CIDH a los casos especialmente problemáticos, de forma similar a la intervención de la APCE en el Sistema Europeo.

Como se mencionó anteriormente, otro órgano fundamental que debería estar implicado en el proceso de supervisión, de acuerdo al artículo 65 de la CADH, es la AG, el principal órgano político de la OEA. El referido artículo determina que la Corte IDH debe informar a la AG y que esta debe tener en cuenta dicha información. Sin embargo, ni este artículo ni ningún otro instrumento jurídico indica qué tipo de acciones deberían ser llevadas a cabo por la AG en respuesta a la información suministrada. Por ello, el papel de este órgano en el proceso de supervisión ha resultado ser más bien problemático, como se explica a continuación.⁶⁴

⁶¹ La participación de la Corte IDH en el proceso de supervisión está determinada en el artículo 69.1 del Reglamento de la Corte IDH.

⁶² Al igual que en los procedimientos judiciales, la Corte IDH “representa al orden público” en los procedimientos de supervisión. Véase Sandoval, Clara, “The Inter-American System of Human Rights and approach”, en Sheeran, Scott (ed.), *op. cit.*, p. 431.

⁶³ Calderón Gamboa, Jorge, “Fortalecimiento del rol de la CIDH en el proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias y planteamiento de reparaciones ante la Corte IDH”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 10, 2014, p. 111.

⁶⁴ Véase Schneider, Jan, *op. cit.*, pp. 197-205.

La participación de la AG en el proceso de supervisión tuvo un comienzo prometedor. La primera vez que la Corte IDH reenvió casos a la AG en virtud del artículo 65 fue en 1994. La Corte indicó en su Informe Anual de ese año que no había recibido ninguna información por parte de Surinam sobre la ejecución de dos sentencias en su contra, y solicitó a la AG que exhortase al Estado para que este presentase la información.⁶⁵ La AG respondió a esta demanda e incluyó entre sus observaciones al Informe Anual de la Corte IDH de 1994 el “instar al Gobierno de Surinam que informe a la Corte [IDH] sobre el estado del cumplimiento de las sentencias de la Corte en los casos *Aloeboetoe et al.* y *Gangaram Panday*”.⁶⁶ El Estado reaccionó y los casos pudieron ser cerrados en 1997 y 1998, respectivamente. Esta fue la única ocasión en la que la AG participó activamente en la supervisión. En la siguiente ocasión en la que se le requirió hacerlo, en 1998 en un caso contra Trinidad y Tobago durante cuya ejecución dicho Estado denunció la Convención,⁶⁷ la AG no hizo ninguna referencia a ello en su resolución sobre el Informe Anual. Lo mismo sucedió en 1999, cuando Perú declaró que varios casos contra el gobierno de Fujimori eran inejecutables, y anunció su inminente retirada del reconocimiento de la jurisdicción de la Corte.⁶⁸ Esto llevó en 2005 a la adopción por parte de la Corte IDH de una resolución en la que declaró que, en los casos reenviados a la AG en virtud del artículo 65, abandonaría sus funciones de supervisión.⁶⁹ El objetivo era presionar a la AG para que se implicase más en el proceso de supervisión, pero no tuvo éxito. Entre 2003 y 2012, la Corte dejó de aplicar el artículo 65 de la CADH para informar a la AG sobre casos de incumplimiento. No obstante, en 2012, la Corte IDH reenvió a la AG el caso *Apitz Barbera y otros vs.*

⁶⁵ Corte IDH. Informe Anual 1994, pp. 18 y 19.

⁶⁶ Corte IDH. Informe Anual 1995, p. 15.

⁶⁷ Corte IDH. Informe Anual 1998, pp. 40-41. En relación a este caso, véase asimismo Ventura Robles, Manuel, *op. cit.*, pp. 72-180.

⁶⁸ Ventura Robles, Manuel, *op. cit.*, pp. 49 y 50.

⁶⁹ Corte IDH. Resolución de 29 de junio de 2005. Supervisión de cumplimiento de sentencias (Aplicabilidad del artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/general_29_06_05.pdf

Venezuela,⁷⁰ cuyas medidas de reparación fueron consideradas como “inejecutables” por la Corte Suprema de Venezuela, lo que conllevó su posterior denuncia de la CADH.⁷¹ La AG, sin embargo, no se refirió al caso en su siguiente resolución, y la situación sigue siendo la misma hoy en día.⁷²

Pese a la falta de implicación de la AG, la Corte realizó un nuevo intento en 2015, aplicando el artículo 65 en un total de 13 casos relativos a cuatro países.⁷³ No obstante este reforzado ímpetu por parte de la Corte, la única declaración de la AG relativa a la ejecución de sentencias fue la frase habitual en la que indica que todas las sentencias de la Corte IDH son obligatorias para los Estados que han reconocido su jurisdicción.⁷⁴

Esto ha sido criticado por académicos, resaltando que la responsabilidad es de los Estados miembros de la OEA, que han disminuido su función como garantes colectivos del sistema.⁷⁵ En este sentido, una mayor interacción entre todos los órganos de la OEA para llevar a cabo la supervisión de forma coordinada, así como un diálogo entre los diferentes órganos de supervisión y otras instituciones domésticas, como parlamentos⁷⁶ o instituciones nacionales de derechos humanos,⁷⁷ sería una gran ventaja.

⁷⁰ Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, núm. 182.

⁷¹ Corte IDH. Informe Anual 2012, p. 62.

⁷² Corte IDH. Informe Anual 2015, p. 71.

⁷³ *Ibidem*, pp. 68-71.

⁷⁴ Véase las Declaraciones y Resoluciones Aprobadas por la Asamblea General, Cuadragésimo Sexto Período Ordinario de Sesiones, AG/doc.5557/16, de 16 de junio de 2016, p. 154, <http://scm.oas.org/IDMS/Redirectpage.aspx?class=AG/DOC.&classNum=5557&lang=s>

⁷⁵ Véase por ejemplo Krsticevic, Viviana, *op. cit.*, pp. 15-112.

⁷⁶ En el Sistema Europeo, la APCE lleva a cabo un diálogo con los parlamentos nacionales relativo, entre otros aspectos, a la ejecución de sentencias. Sin embargo, en la Organización de los Estados Americanos (OEA) no existe un órgano parlamentario supranacional de este tipo.

⁷⁷ El Comisario de Derechos Humanos del CdE tiene como punto de contacto a las instituciones nacionales de derechos humanos (véase Resolución (99)

3.2. La naturaleza de los órganos de supervisión

La principal diferencia en relación con los órganos de supervisión, que a su vez es consecuencia de muchas otras diferencias relativas al proceso y mecanismos de supervisión, reside en la naturaleza de dichos órganos. El órgano principal de supervisión en el Sistema Europeo es el Comité de Ministros, un órgano político, mientras que en el Sistema Interamericano es la Corte Interamericana, un órgano judicial.

El hecho de que un órgano político sea el encargado de supervisar la ejecución de las sentencias habitualmente se considera como algo ventajoso, ya que “crea una apropiación política colectiva de los procesos de cumplimiento, proporciona una amplia gama de oportunidades para intercambios constructivos en relación con los desafíos técnicos de la implementación y ejerce presión sobre los que se niegan a cumplir”.⁷⁸ Sin embargo, esto también ha sido considerado como un punto débil, ya que los representantes de los Estados están inevitablemente vinculados a los intereses políticos de su Estado a la hora de llevar a cabo la supervisión. Debido a ello puede suceder que los Estados implicados en la supervisión eviten criticar a otros Estados, ya que no quieren ser objeto de críticas ellos mismos, o simplemente por falta de interés en las circunstancias internas de otros países.⁷⁹ Además, en la práctica, el proceso de supervisión puede volver-

50 on the Council of Europe Commissioner for Human Rights, adopted by the Committee of Ministers on 7 May 1999 at its 104th Session, Art. 3 c), para, entre otros, discutir asuntos relacionados con el cumplimiento de sentencias. Véase al respecto Annual Activity Report 2008, por Thomas Hammarberg, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Presented to the Committee of Ministers and the Parliamentary Assembly, CommDH (2009)12, de 22 de abril de 2009. En el Sistema Interamericano, las instituciones nacionales de derechos humanos están empezando poco a poco a implicarse en los procesos de supervisión. Véase por ejemplo Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 26 de febrero de 2016.

⁷⁸ Çali, Başak y Koch, Anne, *op. cit.*, p. 304. (traducción propia)

⁷⁹ *Ibidem*, p. 306.

se una negociación diplomática, en la cual entren en juego otros intereses de los Estados en sus respectivas relaciones, que trasciendan el interés por la ejecución de una sentencia en concreto. Por esta razón, una de las principales dificultades del sistema de supervisión político es que dichos actores políticos realicen sus funciones de forma objetiva e imparcial. Esto es incluso más importante teniendo en cuenta la anteriormente mencionada jurisprudencia del TEDH, en la cual no se suelen ordenar medidas concretas. En dicho caso, el CdM tiene que evaluar si las medidas escogidas por el Estado son adecuadas para reparar la violación, lo cual puede ser considerado como una tarea jurisdiccional. Por ello, al tener dicha tarea tales consecuencias de gran alcance, es crucial que sea desarrollada objetivamente y con independencia de los respectivos gobiernos.

En el Sistema Europeo este riesgo de politización extrema del proceso se intenta contrarrestar a través de la delegación de competencias a un órgano tecnocrático, el Departamento para la Ejecución de Sentencias del TEDH, que forma parte de la Secretaría del CdE. El hecho de que este órgano asista a los Estados a la hora de determinar las medidas apropiadas y preparar un plan de acción sirve como protección ante las negociaciones para un cumplimiento mínimo.⁸⁰ El CdM, además, habitualmente sigue las recomendaciones del Departamento para la Ejecución de Sentencias cuando ha de decidir si cerrar un caso o si llevarlo a debate en la siguiente reunión del CdM.⁸¹ Esta estrecha interacción entre el CdM y un órgano tecnocrático puede servir como contrapeso para evitar la politización del proceso de supervisión. No obstante, y pese a que una participación política es necesaria para hacer frente a los Estados que se niegan a cumplir, parece más dudoso que un órgano de este tipo esté en la mejor posición para determinar si una sentencia declaratoria ha sido cumplida y si el caso puede ser archivado.

Respecto al Sistema Interamericano, tanto desde la academia como desde la propia judicatura se ha argumentado que la Corte IDH solo tiene posibilidades limitadas de ejercer presión sobre

⁸⁰ Véase Sundberg, Fredrik G. E., *op. cit.*, p. 484.

⁸¹ Çali, Başak y Koch, Anne, *op. cit.*, pp. 316-319.

los Estados para que estos cumplan con las sentencias, y que sería más sencillo ejercer dicha presión a través de la implicación política en el proceso de supervisión.⁸² El juez Cançado Trindade, expresidente de la Corte IDH, abogó por una “europeización” del proceso de supervisión durante su mandato, es decir, por un sistema en el cual la función de supervisar la ejecución de sentencias no siguiese en manos de los órganos judiciales de la OEA, sino de sus órganos políticos. Se debe destacar especialmente su propuesta de crear un nuevo órgano subsidiario en el Consejo Permanente de la OEA, cuya función sería la supervisión permanente de la ejecución de sentencias.⁸³ Sin embargo, han pasado más de diez años desde esta propuesta y no parece que en el seno de la OEA se haya avanzado en esa dirección.⁸⁴

4. EL PROCESO DE SUPERVISIÓN

El proceso de supervisión no difiere de forma fundamental en ambos sistemas, en el sentido de que ambos procesos se basan principalmente en la recopilación de información de diferentes fuentes relativas a la ejecución y la posterior evaluación del estado de la ejecución por parte de los órganos de supervisión a la luz de dicha información.⁸⁵ No obstante, también aquí existen

⁸² Véase, por ejemplo, Cavallaro, James y Brewer, Stephanie Erin, “Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: the Case of the Inter-American Court”, *Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, Harvard Law School, Paper N° 09-31, 2008, pp. 783-784; Pasqualucci, Jo M., *op. cit.*, p. 305, y Beristain, Carlos Martin, *op. cit.*, p. 168. Véase asimismo Corte IDH. *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2011, Voto Concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi, y Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo 2005. Serie C, núm. 123, Voto Razonado del Juez Manuel E. Ventura Robles.

⁸³ Ventura Robles, Manuel, *op. cit.*, pp. 185-190.

⁸⁴ Véase Cançado Trindade, citado en Beristain, Carlos Martin, *op. cit.*, p. 134.

⁸⁵ Véase European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Report on the Implementation of International Human Rights Treaties in Domestic Law and the Role of Courts, adopted by the Venice Commission at its 100th plenary session (Roma, 10-11 de octubre de

algunas diferencias importantes, que serán analizadas a continuación.

4.1. La regulación del proceso

La primera diferencia entre los procesos de supervisión se relaciona con la regulación de los mismos. En un principio, ambos órganos de supervisión desarrollaron sus respectivos procesos de supervisión mediante la práctica, ya que estos no se encontraban regulados en ningún instrumento jurídico.⁸⁶ En el Sistema Europeo, la primera regulación del proceso fue adoptada por el Comité de Ministros en el 2001, en forma de un reglamento específico para la supervisión,⁸⁷ el cual fue substituido por un nuevo reglamento en 2006 y desde entonces ha estado sujeto a varias reformas.⁸⁸ Este reglamento fue complementado en 2004 por unos métodos de trabajo para la supervisión,⁸⁹ los cuales también han sido modificados en varias ocasiones.⁹⁰

2014), CDL-AD(2014)036, párr. 74, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2014\)036-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2014)036-e)

⁸⁶ Véase sobre esto Staden, Andreas von, *Shaping human rights policy in liberal democracies: Assessing and explaining compliance with the judgments of the European Court of Human Rights*, Princeton University, 2009, p. 121.

⁸⁷ Règles adoptées par le Comité des Ministres (CdM) en vue de l'application de l'article 46, paragraphe 2, de la Convention européenne des Droits de l'Homme le 10 janvier 2001, lors de la 736e réunion des Délégués des Ministres, in Conseil de l'Europe – Direction générale des droits de l'homme, Garantir l'efficacité de la Convention européenne Droits de l'homme. *Recueil des textes*, pp. 85-88.

⁸⁸ Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements, 2006, *op. cit.* The last amendment was in January 2017, https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectId=09000016806dd2a5

⁸⁹ Human rights working methods, CM/Inf(2004)8 Final, April 7, 2004, [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CM/Inf\(2004\)8&Language=english&Ver=final&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CM/Inf(2004)8&Language=english&Ver=final&direct=true)

⁹⁰ Véase el Anexo III de *Supervision of the execution of judgments of the European Court of Human Rights: procedure and working methods for the Committee of Ministers' Human Rights meetings*, GR-H(2016)2-final, March 30, 2016, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016806303a9#

Por otro lado, en el Sistema Interamericano la regulación del proceso de supervisión consiste únicamente en un artículo del reglamento general de la Corte IDH,⁹¹ y dicho artículo no fue introducido en el reglamento hasta 2009.⁹²

Esto conlleva que el CdM está atado a una serie de reglas y pasos procesales concretos a la hora de llevar a cabo la supervisión, mientras que la Corte IDH, al estar el proceso regulado de forma más bien corta y abstracta, dispone de más flexibilidad para realizar esta tarea. Esto también es una consecuencia de la diferente naturaleza de ambos órganos de supervisión. El CdM, siendo un órgano político, es más lógico que esté atado a reglas procedimentales exhaustivas, para evitar así la politización y las negociaciones diplomáticas durante el proceso. Esto es diferente en el caso de la Corte IDH, que al ser un órgano judicial, que ya ha tratado el caso previamente, es ventajoso que pueda realizar la supervisión de forma flexible, ya que de esta forma puede decidir qué mecanismos se ajustan mejor a cada caso concreto. Esto también abre la puerta para que la Corte IDH introduzca innovaciones procedimentales, como ya ha hecho en el pasado con las audiencias de supervisión o las visitas *in situ*.

De todas formas, hay que resaltar que en el Sistema Europeo continuamente se intenta mejorar el proceso de supervisión, a través de la elaboración de documentos por parte de los principales órganos del CdE, como la APCE,⁹³ por organismos creados especialmente para este propósito, como el Comité Directivo de Derechos Humanos o el Grupo de Sabios⁹⁴ (*‘Group of Wise*

⁹¹ Art. 69 del Reglamento de la Corte IDH.

⁹² Véase en general Galvis Patiño, María Clara, “Las reformas de 2009 al Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una regulación de prácticas existentes y un ajuste del Reglamento de noviembre de 2000”, *Derecho PUCP*, núm. 63, 2009, pp. 153-172.

⁹³ Véase, por ejemplo, APCE, “Implementation of judgments of the European Court of Human Rights: 8th Report”, de 23 de junio de 2015, AS/Jur(2015)17, <http://website-pace.net/documents/19838/1085720/20150623-ImplementationJudgements8-EN.pdf/67c5cb2a-3032-4183-9f3e-45c668257ede>

⁹⁴ Steering Committee for Human Rights (CDDH), Committee of Experts on the Reform of the Court (DH-GDR), Securing the long-term effectiveness of the supervisory mechanism of the European Convention on Human

Persons'),⁹⁵ o incluso por otros organismos expertos, como la Comisión de Venecia.⁹⁶ Estos documentos habitualmente contienen recomendaciones para el CdM, y en ocasiones también para otros órganos o para los Estados. También se celebran periódicamente conferencias políticas de alto nivel para la mejora del sistema.⁹⁷ Esto no sucede en el Sistema Interamericano. Aquí de nuevo parece que la Corte IDH es el único órgano de la OEA que se esfuerza por mejorar el proceso de supervisión. Los otros órganos casi nunca se refieren a la supervisión de la ejecución de sentencias, y cuando lo hacen utilizan un lenguaje muy abstracto.⁹⁸

4.2. Los respectivos procesos de supervisión

Los procesos de supervisión empiezan en ambos sistemas cuando el respectivo tribunal emite la sentencia y esta tiene carácter firme.⁹⁹ En el Sistema Europeo, el TEDH a continuación trans-

Rights, DH-GDR(2015)004, de 20 de mayo de 2015, [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/reformechr/dh_gdr/DH-GDR\(2015\)004_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/reformechr/dh_gdr/DH-GDR(2015)004_en.pdf)

⁹⁵ Interim report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers, CM(2006)88, de 10 de mayo de 2006, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CM%282006%2988&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864&direct=true>

⁹⁶ Comisión de Venecia, CDL-AD (2014) 036, *op. cit.*

⁹⁷ En la última reunión, celebrada en Bruselas en 2015, se preparó un plan de acción para la mejora del proceso de supervisión. Véase Declaración de Bruselas, de 27 de marzo de 2015, www.echr.coe.int/Documents/Brussels_Declaration_ENG.pdf

⁹⁸ Por ejemplo, en los documentos publicados relativos a la sesión de 2016 de la Asamblea General de la OEA, esta declaró únicamente que las sentencias de la Corte IDH son vinculantes para los Estados bajo su jurisdicción. Véase Declaraciones y Resoluciones Aprobadas por la Asamblea General, 46º Período Ordinario de Sesiones, AG/doc.5557/16, de 16 de junio de 2016, p. 154.

⁹⁹ En el Sistema Europeo la sentencia es definitiva, de acuerdo al artículo 44 del CEDH, cuando es emitida por la Gran Sala o cuando es emitida por una Sala y no se solicita el recurso a la Gran Sala en un periodo de tres meses o la solicitud es rechazada. En el Sistema Interamericano, las sentencias de la Corte IDH siempre son definitivas.

fiere el caso al Comité de Ministros, para que este supervise su ejecución.¹⁰⁰ En el Sistema Interamericano, se transfiere a la Unidad para la Supervisión del Cumplimiento de Sentencias, que fue establecida en 2015 en la Secretaría de la Corte IDH y cuya función es exclusivamente la supervisión de la ejecución de sentencias.¹⁰¹ En el Sistema Europeo, el CdM primero necesita decidir si la ejecución de la sentencia será supervisada a través del procedimiento estándar o reforzado.¹⁰² Todos los casos serán supervisados a través del procedimiento estándar a no ser que sean sentencias que requieran medidas individuales urgentes o que revelen problemas complejos y/o estructurales, o sentencias piloto o interestatales.¹⁰³ Estos casos serán supervisados a través del procedimiento reforzado.¹⁰⁴ La principal diferencia entre ambas vías es que los casos bajo el procedimiento estándar no son debatidos en las reuniones del CdM, las propuestas o decisiones solo son tratadas en forma escrita. La participación del CdM en esta vía se limita a la aprobación de los planes o informes de acción y a la adopción de una resolución final cuando todas las medidas necesarias hayan sido adoptadas.¹⁰⁵ El Departamento para

¹⁰⁰ Artículo 46.2 del CEDH.

¹⁰¹ Véase Corte IDH. Informe Anual 2015, *op. cit.*, p. 55.

¹⁰² Comité de Ministros, *Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights: implementation of the Interlaken Action Plan – Modalities for a twin-track supervision system*, CM/Inf/DH(2010)37, de 6 de septiembre de 2010, párr. 10. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804a327f>

¹⁰³ *Ibidem*, párr. 8

¹⁰⁴ El uso del procedimiento reforzado también puede ser solicitado por los Estados miembros o por el secretario general, no así por las víctimas. *Ibidem*, párr. 9. Véase asimismo *Supervision of the execution of the judgments and decisions of the European Court of Human Rights: implementation of the Interlaken Action Plan - Outstanding issues concerning the practical modalities of implementation of the new twin track supervision system*, CM/Inf/DH(2010)45 final, de 7 de diciembre de 2010, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804a3e07>

¹⁰⁵ *Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights: implementation of the Interlaken Action Plan – Modalities for a twin-track supervision system*, CM/Inf/DH(2010)37, *op. cit.*, párr. 12.

la Ejecución de Sentencias de la Secretaría del CdE se encarga del resto de temas relativos a la supervisión.¹⁰⁶ Esto es diferente si el caso es supervisado bajo el procedimiento reforzado, mediante el cual puede ser llevado a debate ante el CdM. También puede emitir resoluciones interinas al respecto, que usualmente contienen sus preocupaciones relativas a la ejecución. Por otro lado, en el Sistema Interamericano la ejecución de todos los casos se supervisa siguiendo el mismo procedimiento, ya que todos los casos resueltos por la Corte IDH son de una importancia similar y la cantidad de sentencias es considerablemente más pequeña que en el Sistema Europeo.

Después de recibir la sentencia, los órganos de supervisión solicitarán al Estado que presente información sobre la ejecución de la misma. En el Sistema Europeo, el Estado tendrá que presentar un plan de acción, en el cual describa las medidas que tiene intención de tomar para cumplir con la sentencia —o un informe de acción si considera que ya ha tomado todas las medidas necesarias—¹⁰⁷ en un plazo de seis meses.¹⁰⁸ En el Sistema Interamericano, la Corte IDH solicitará al Estado la presentación de un informe en el que describa el progreso en la implementación de las reparaciones ordenadas en la sentencia. Este informe estatal a continuación será transmitido a las víctimas y sus representantes para que formulen las observaciones que consideren oportunas. La CIDH también se posicionará, tanto en relación con el informe estatal como a las observaciones de las víctimas.¹⁰⁹ Este aspecto es diferente en el Sistema Europeo, en el cual no se

Véase asimismo Comité de Ministros, *Supervision of the execution of the judgments and decisions of the European Court of Human Rights: implementation of the Interlaken Action Plan – elements for a roadmap*, CM/Inf (2010) 28-rev., de 24 de junio de 2010, párr. 7, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805d1fbd#

¹⁰⁶ Véase el apartado 5.1 de este artículo.

¹⁰⁷ *Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights: implementation of the Interlaken Action Plan – Modalities for a twin-track supervision system*, CM/Inf/DH(2010)37, *op. cit.*, párrs. 13 y 14.

¹⁰⁸ *Ibidem*, párr. 12.

¹⁰⁹ Art. 69.1 del Reglamento de la Corte IDH.

pide la opinión de las víctimas en relación con la ejecución de la sentencia, si bien el CdM “considerará cualquier comunicación de la parte lesionada en relación al pago de la justa satisfacción o a la toma de medidas individuales”.¹¹⁰ De esta diferencia procedimental –así como de otras diferencias relativas a los mecanismos de supervisión– se deduce que la participación de las víctimas en el proceso de supervisión es significativamente mayor en el Sistema Interamericano que en el europeo.

Ambos órganos de supervisión también pueden obtener información de fuentes adicionales, como la sociedad civil y otras instituciones nacionales. La diferencia en este ámbito concreto es que en el Sistema Europeo la información solo puede ser presentada por las ONG y las instituciones nacionales de derechos humanos, y que el CdM “tendrá el derecho de considerar”.¹¹¹ Por el contrario en el Sistema Interamericano la Corte “puede requerir” esta información de otras fuentes,¹¹² y se permite la presentación de *amicus curiae* de forma general.¹¹³ De este hecho puede deducirse que la participación de la sociedad civil y otras organizaciones también es mayor en el Sistema Interamericano, ya que no hay ninguna limitación respecto a quién puede presentar información, y la Corte puede requerir expresamente información de cualquier fuente que considere relevante. Esto es una diferencia importante, ya que las instituciones nacionales de derechos humanos y las ONG son actores convenientes para proporcionar información sobre la ejecución, debido a su posición particular que les permite tener acceso a dicha información y ejercer presión sobre el Estado.

¹¹⁰ Traducción libre de la Regla 9 de las Reglas del Comité de Ministros para la supervisión de la ejecución de sentencias y de los términos de los acuerdos amistosos, adoptadas por el Comité de Ministros el 10 de mayo de 2006 en la 964a reunión de los Delegados de los Ministros (“*shall consider any communication from the injured party with regard to payment of the just satisfaction or the taking of individual measures*”), https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d7e18

¹¹¹ Reglas del Comité de Ministros para la supervisión, *op. cit.*, rule 9.2.

¹¹² Art. 69.2 del Reglamento de la Corte IDH.

¹¹³ Reglamento de la Corte IDH, art. 44, párr. 4.

Después de recopilar esta información de varias fuentes sobre la ejecución, los órganos de supervisión de ambos sistemas la evaluarán y emitirán un comunicado sobre el estado de la ejecución. En caso de que el CdM o la Corte IDH consideren que el Estado no ha tomado todas las medidas necesarias para cumplir con la sentencia, disponen de varios mecanismos para cumplir con su función y ejercer presión sobre el Estado, que se analizarán a continuación. Una vez que el órgano de supervisión correspondiente considere que el Estado ha cumplido con todos los aspectos de la sentencia, emitirá una resolución final y archivará el caso.

Además de las diferencias relacionadas con la subdivisión de los casos en “categorías de supervisión” y de la participación de las víctimas y de otros actores en el procedimiento, hay otra diferencia importante relacionada con el procedimiento, concretamente el acceso público a los documentos relativos al mismo. En este sentido, el CdM pone a disposición del público todos los documentos relacionados con el proceso de supervisión, incluyendo el orden del día de las reuniones y la información suministrada por el Estado u otras fuentes.¹¹⁴ Por el contrario, en el Sistema Interamericano hasta hace poco solo las resoluciones públicas de supervisión estaban disponibles en la página web de la Corte IDH, no así los informes estatales o las observaciones de las víctimas.¹¹⁵ Hacer que el proceso sea lo más transparente po-

¹¹⁴ Le excepción en este sentido son los debates del CdM, que se celebran a puerta cerrada. Véase Okressek, Wolf, *op. cit.*, p. 641.

¹¹⁵ Mediante Acuerdo de Corte 1/19 de 11 de marzo de 2019, la Corte IDH acordó “publica[r] la información relativa al cumplimiento de las garantías de no repetición que sea presentada en la etapa de supervisión de cumplimiento de sus sentencias”, lo cual incluye, *inter alia*, los respectivos informes estatales y escritos de observaciones de los representantes de las víctimas y de la Comisión Interamericana. Esta información deberá ser remitida por separado de aquella relativa a las otras medidas de reparación que hubieran sido ordenadas por la Corte IDH en la sentencia del caso. Cabe destacar que, en el acuerdo, la Corte IDH reconoció “el interés mostrado por la academia, organizaciones no gubernamentales y demás integrantes de la sociedad civil, en participar en el cumplimiento de las Sentencias a través de diversas vías, tales como la presentación de escritos en calidad de *amicus curiae*, aportar a la difusión de estándares jurisprudenciales, así como estudiar, opinar y debatir sobre aspectos esenciales y desafíos tanto del

sible e informar al público en general es un instrumento importante para ejercer presión sobre los Estados.¹¹⁶ En este sentido, una forma de mejorar la transparencia del proceso de supervisión sería publicar todos los documentos relacionados con dicho procedimiento, especialmente la información suministrada por el Estado, las víctimas y otras fuentes.

5. LOS MECANISMOS DE SUPERVISIÓN

Los órganos de supervisión pueden utilizar varios mecanismos durante el proceso. Para efectos de la comparación se han dividido en tres categorías: resoluciones de supervisión, mecanismos “participativos” y mecanismos para el incumplimiento persistente. Normalmente los mecanismos de estas tres categorías se deberían aplicar de forma ascendente, es decir, en primer lugar se emiten las resoluciones, a continuación, si el caso presenta problemas importantes, se utilizan los mecanismos participativos y, por último, en casos extremos, se podrían aplicar los mecanismos para incumplimientos persistentes.

5.1. Las resoluciones de supervisión

Un mecanismo que resulta bastante similar en ambos sistemas son las resoluciones emitidas por los órganos de supervisión. Estas resoluciones son adoptadas por el CdM y la Corte IDH para proporcionar información sobre el progreso de la ejecución o, en ocasiones, para expresar preocupación y/o hacer sugerencias relativas a la ejecución. En ambos sistemas, una resolución de supervisión puede referirse a un caso o a varios contra el mismo Estado, esto último solo si las medidas ordenadas son de una na-

cumplimiento de las Sentencias como de su impacto”. Corte IDH. Acuerdo de Corte 1/19, “Precisiones sobre la publicación de información contenida en los expedientes de los casos en etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia”, de 11 de marzo de 2019, http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/acuerdo_de_corte.cfm?acuerdo=2&lang=es&lang_ac=es

¹¹⁶ Zwaak, Leo, *op. cit.*, p. 384. Véase asimismo Gamarra, Yolanda y Vicente, Alejandra, *op. cit.*, p. 86.

turalidad similar.¹¹⁷ Las respectivas secretarías del CdE y la Corte IDH ya apoyan y guían al Estado durante la fase de ejecución, sin embargo las resoluciones de los órganos de supervisión tienen como objetivo formalizar este apoyo y hacerlo público, así como destacar los problemas concretos para la ejecución, ejerciendo de esta forma presión sobre el Estado.

En este caso se trata de un mecanismo comparable debido a que en ambos sistemas las referidas resoluciones consisten en una evaluación por parte de los órganos de supervisión del progreso efectuado en la ejecución de la sentencia, y de los aspectos que siguen pendientes para el cumplimiento integral. La única diferencia en este sentido es que la Corte IDH emite una resolución de cumplimiento en cada uno de los casos que están en la fase de supervisión, mientras que el CdM solo emite las resoluciones interinas en los casos que están siendo supervisados bajo el procedimiento reforzado y cuya ejecución presente problemas o preocupaciones determinadas. Esta diferencia se debe a la cantidad de casos que se encuentran bajo supervisión en ambos sistemas, cuyo número es mucho mayor en el Sistema Europeo.

5.2. Los mecanismos “participativos”

En relación con los mecanismos de supervisión que son diferentes en ambos sistemas, se pueden encontrar los llamados “mecanismos participativos”. Este tipo de mecanismos son activados en ambos sistemas cuando un caso presenta dificultades concretas para ejecutar la sentencia y/o cuando la sentencia revele graves problemas estructurales. Me refiero a ellos como mecanismos participativos porque en ambos sistemas el Estado afectado —y en el Sistema Interamericano también las víctimas— participan

¹¹⁷ Por ejemplo, en 2015, 4 resoluciones conjuntas fueron emitidas en el Sistema Interamericano, relativas a un total de 22 sentencias diferentes. Véase, Corte IDH. Informe Anual 2015, *op. cit.*, p. 66. En cuanto al Sistema Europeo, véase, por ejemplo, la Resolución Interina CM/ResDH(2011)292, *Execution of the judgments of the European Court of Human Rights in 154 cases against the Russian Federation concerning actions of the security forces in the Chechen Republic of the Russian Federation*, adoptada por el CdM el 2 de diciembre de 2011.

en ellos. Estos mecanismos son, en el Sistema Europeo, los debates de supervisión en el CdM, y en el Sistema Interamericano las audiencias de supervisión ante la Corte IDH.

En los debates de supervisión del CdM, el representante estatal cuyo caso se ha seleccionado para el debate tendrá que defender la posición del Estado al que representa y explicar su incumplimiento a los otros miembros del CdM, los cuales posteriormente discutirán el caso e intentarán llegar a una solución o alcanzar un acuerdo con el representante en cuestión. Como sucede con las resoluciones interinas, los debates en el CdM solo se celebran bajo el proceso de supervisión reforzado. La principal ventaja de estos debates es que permiten al CdM utilizar una de sus principales herramientas para la supervisión, concretamente la presión diplomática.¹¹⁸ En las audiencias de supervisión ante la Corte IDH, que fueron introducidas en 2007,¹¹⁹ están presentes los representantes de Estado, de las víctimas y de la CIDH. Diseñados como procedimientos contradictorios, son similares al resto de audiencias judiciales.¹²⁰ El Estado comienza explicando el progreso en la ejecución de la sentencia y a continuación esta información se contrasta con las observaciones al respecto de los representantes de las víctimas y de la CIDH. La Corte, a su vez, intenta facilitar la ejecución promoviendo acuerdos entre las partes, sugiriendo posibles alternativas o determinando plazos para la ejecución.¹²¹ Las audiencias pueden ser celebradas en una sesión pública o privada y, de forma similar a las resoluciones de supervisión, puede referirse a un caso individual o a varios casos contra el mismo Estado. La ventaja de estas audiencias es que las víctimas pueden tener voz en el proceso de supervisión, es decir, pueden exponer sus observaciones sobre la ejecución al mismo nivel y bajo las mismas condiciones que el Estado. Por el contrario, en los debates del CdM ni las víctimas ni sus representantes están presentes, se celebran a un nivel exclusivamente intergubernamental.

¹¹⁸ Véase Comisión de Venecia, *Opinion on the Implementation of the Judgments of the European Court of Human Rights*, CDL-AD (2002), párr. 43. Véase asimismo Ruedin, Xavier-Baptiste, *op. cit.*, p. 30.

¹¹⁹ Corte IDH. Informe Anual 2007, p. 42

¹²⁰ Gamarra, Yolanda y Vicente, Alejandra, *op. cit.*, p. 97.

¹²¹ Corte IDH. Informe Anual 2010, pp. 4-5.

A la luz de estas audiencias se demuestra que el procedimiento de supervisión en el Sistema Interamericano puede ser considerado como una continuación del proceso judicial previo. También otro mecanismo participativo, que la Corte IDH introdujo en 2015, las visitas *in situ* para la supervisión,¹²² es comparable a las visitas que realiza la misma Corte para obtener información en los procesos judiciales. En algunos casos, estas visitas pueden ser muy útiles para poder hacer una mejor evaluación del progreso de la ejecución y para proponer posibles soluciones. Este mecanismo también empodera a las víctimas en el proceso de supervisión, ya que juegan un papel importante en las visitas. Además de los representantes de la Corte IDH y de las víctimas, los representantes del Estado y de la CIDH también están presentes en las mismas. Hasta ahora, este mecanismo solo ha sido utilizado en tres ocasiones, en casos contra Panamá y Guatemala relativos a comunidades indígenas.¹²³ No obstante, la introducción de este nuevo mecanismo demuestra que la Corte IDH siempre está dispuesta a introducir mejoras en el proceso de supervisión, lo cual es posible debido a la regulación flexible de dicho proceso, como fue mencionado anteriormente. Este mecanismo es similar a las visitas *in situ* que lleva a cabo la APCE o el Comisario de Derechos Humanos en el Sistema Europeo, a través de las cuales el CdM puede obtener información sobre la ejecución de las sentencias. Sin embargo, la diferencia es que en el Sistema Interamericano es el órgano principal de supervisión el que realiza las visitas, lo cual es más efectivo que realizarlas por un órgano subsidiario, como sucede en el Sistema Europeo, donde el CdM está atado a un procedimiento mucho más estricto y no puede llevar a cabo las visitas él mismo.¹²⁴ La razón de esta mayor efec-

¹²² Corte IDH. Informe Anual 2015, *op. cit.*, p. 74.

¹²³ Los casos concretos son Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C, núm. 284; *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C, núm. 116; y *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C, núm. 250.

¹²⁴ Véase sobre este punto Ruedin, Xavier-Baptiste, *op. cit.*, p. 81.

tividad es que de esta manera el órgano principal de supervisión puede obtener información de primera mano sobre el estado de la ejecución y sobre los problemas u obstáculos que puedan estar relacionados con ésta.

5.3. Los mecanismos para el incumplimiento persistente

Los mecanismos para casos en los que el Estado incumple de forma persistente con su obligación de cumplimiento con las sentencias también resultan muy diferentes. La incorporación de los párrafos 4 y 5 al artículo 46 del CEDH, que tuvo lugar en 2010 con la entrada en vigor del Protocolo 14, tiene como objetivo tratar estos casos, a través de un mecanismo llamado “procedimiento de infracción”. Consiste en un procedimiento mediante el cual el CdM puede transferir al TEDH la cuestión de si un Estado ha incumplido su obligación resultante del artículo 46.1 del CEDH.¹²⁵ A continuación el Tribunal determinará, en una segunda sentencia, si el Estado realmente ha violado su deber de cumplimiento.¹²⁶ Este mecanismo necesita ser adoptado por una mayoría de dos tercios de los representantes del CdM, y debe ser utilizado solo en casos excepcionales, por ejemplo cuando el Estado y el CdM no se ponen de acuerdo sobre las medidas necesarias para cumplir con la sentencia o cuando el Estado no puede o no quiere implementar dichas medidas.¹²⁷ La intención con este mecanismo es establecer un paso intermedio entre las resoluciones interinas y las medidas de última instancia, como la expulsión del CdE.¹²⁸ Dicha expulsión es el último y más riguroso

¹²⁵ Art. 46.4 del CEDH. Véase también Ruedin, Xavier-Baptiste, *op. cit.*, p. 409.

¹²⁶ Peters, Anne y Altwicker, Tilmann, *op. cit.*, p. 295.

¹²⁷ Véase *Rapport explicatif du Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention*, 13 de mayo de 2004, párr. 100, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d388a>

¹²⁸ Forst, Deborah, “The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights: Limits and Ways Ahead”, *ICL Journal*, 2013, p. 16. Asimismo, véase, Schneider, Jan, *op. cit.*, p. 180.

mecanismo para los Estados que infringen su deber de cumplir de forma permanente. De acuerdo al artículo 8 del Estatuto del CdE, el CdM puede suspender provisionalmente el derecho a la representación de un Estado parte que ha violado de forma grave el artículo 3 del mismo Estatuto,¹²⁹ y puede solicitar su retirada en virtud del artículo 7. Si el Estado no cumple con esta solicitud, el CdM “puede decidir que el Miembro de que se trata ha cesado de pertenecer al Consejo”.¹³⁰ Se argumenta, sin embargo, que esto sería más bien una medida contraproducente, ya que los Estados afectados por estas medidas serían en realidad los que más necesitarían la disciplina del CdE.¹³¹ Por esa razón, parece difícil que este mecanismo llegue a ser utilizado por el CdM. No obstante, se considera que la mera existencia de estos mecanismos, así como la amenaza de usarlos, pueden ser un incentivo para la ejecución de sentencias.¹³² Asimismo, en caso de que fuesen utilizados, permitirían un gran aumento en la visibilidad y atención hacia el caso, y de esta manera también en la presión internacional contra el Estado.

Por otro lado, en el Sistema Interamericano, el último y más severo mecanismo para los Estados que violan de forma constante su deber de cumplimiento es la aplicación del artículo 65 de la CADH para informar a la AG sobre dicha circunstancia. Como se mostró anteriormente, este es un mecanismo algo problemático, ya que la AG no lleva a cabo ninguna acción jurídica o política cuando se le informa sobre los casos de incumplimiento. El mecanismo ha sido utilizado en varias ocasiones, todas ellas sin éxito.¹³³ Por ello, la posibilidad o la amenaza de utilizarlo no puede considerarse que tenga ninguna influencia sobre el comportamiento de los Estados, ya que son conscientes de que la aplica-

¹²⁹ El art. 3 del Estatuto contiene la obligación de acuerdo a la cual cada Estado miembro debe aceptar el principio “en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su Jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.

¹³⁰ Art. 8 del Estatuto del Consejo de Europa.

¹³¹ Véase Leach, Philip, “The European System...”, *cit.*, p. 448.

¹³² *Idem.* Véase asimismo Ruedin, Xavier-Baptiste, *op. cit.*, p. 416.

¹³³ Con la notable excepción de la primera vez, como fue explicado anteriormente.

ción del artículo 65 no tendrá consecuencias para ellos. De esta última comparación puede derivarse que en el Sistema Interamericano no hay ningún mecanismo efectivo contra los Estados que se encuentran en un estado constante de incumplimiento con las sentencias, mientras que en el Sistema Europeo hay dos mecanismos que, si bien hasta el momento permanecen inexplorados, tienen el potencial de influenciar el comportamiento de los Estados en relación a dicho cumplimiento.

6. CONCLUSIONES

Como se ha demostrado a lo largo de este trabajo, la supervisión de la ejecución de sentencias en los sistemas regionales de derechos humanos analizados difiere considerablemente. En ese sentido, la principal diferencia se encuentra en la naturaleza política de los órganos, procesos y mecanismos de supervisión en el Sistema Europeo y la naturaleza judicial de los mismos en el Sistema Interamericano. Esto resulta evidente cuando uno compara, por ejemplo, los mecanismos “participativos” de supervisión, es decir, los debates en el CdM entre los representantes estatales y las audiencias de supervisión ante la Corte IDH. Los primeros son similares a los debates políticos entre representantes estatales que se producen en cualquier organización internacional, mientras que los segundos pueden ser considerados como una continuación del proceso judicial. También han sido señalados otros aspectos que difieren, tales como la regulación del proceso de supervisión o la participación de varios actores en el mismo.

En conclusión, se ha demostrado que ninguno de los dos sistemas de supervisión es perfecto, y que hay varios aspectos que los sistemas regionales de derechos humanos pueden aprender uno del otro para mejorar dicha supervisión. Por ejemplo, una cosa que el Sistema Europeo podría mejorar observando la práctica de su homólogo es la importante participación de las víctimas en el proceso de supervisión. Como se explicó, estas juegan un papel importante en el Sistema Interamericano, al ser la supervisión un proceso contradictorio. Por otro lado, en el Sistema Europeo la única participación permitida para las víctimas es la presentación de observaciones, que pueden ser consideradas por

el CdM. Para hacer el proceso de supervisión más accesible para las víctimas se podría por ejemplo invitar a estas o a sus representantes a que expresen sus opiniones ante el CdM en los casos controvertidos, ya sea en los debates de supervisión o en audiencias especiales con este objetivo.

En el Sistema Interamericano, probablemente sería necesario una reforma institucional, puesto que se necesita una mayor participación política para ejercer presión sobre los Estados que se niegan de forma constante a cumplir con su obligación de ejecutar las sentencias de derechos humanos. Esto es poco probable que ocurra a través de la Asamblea General de la OEA, como se ha podido comprobar a través de los múltiples intentos de hacer que ésta participase. Otro problema importante se desprende del hecho que no todos los Estados de la OEA —y por tanto no todos los Estados que conforman la AG y los demás órganos políticos de la OEA— han ratificado la CADH y han reconocido la jurisdicción de la Corte IDH. No obstante, todos los Estados miembros de la OEA tienen derecho a voto en los asuntos que afectan al Sistema Interamericano. La consecuencia de ello es que, en el caso de una participación efectiva de la AG en el proceso de supervisión, los Estados podrían ser controlados por otros que no son parte de la CADH y por tanto no están sometidos a ningún tipo de control en este sentido.¹³⁴ Ello entonces no sería un procedimiento de control mutuo, como se da en el Sistema Europeo. Una posible solución para este problema sería la creación de un nuevo órgano político en la estructura institucional de la OEA, formado únicamente por representantes de los Estados que estén sometidos a la jurisdicción de la Corte IDH y cuya función sea explícitamente encargarse de la supervisión en los casos problemáticos. Sin embargo, la creación de un órgano de este tipo depende principalmente de la voluntad política de todos los Estados miembros de la OEA, con lo cual parece poco probable que esto suceda a corto plazo. A este respecto, hay que aclarar que esto no significa que la Corte IDH debería abandonar sus funciones de supervisión; el nuevo órgano político solamente debería complementar el trabajo hecho por la Corte en los casos en los que el Estado muestre alguna resistencia. No obstante, la última

¹³⁴ Véase Beristain, Carlos Martin, *op. cit.*, pp. 133 y 134.

palabra debería permanecer en manos de la Corte IDH, debido a su imparcialidad y experticia, así como a la naturaleza de la tarea, ya que la determinación de si una sentencia ha sido cumplida de forma completa y efectiva es una decisión más judicial que política.

No obstante ello, en relación con las posibles mejoras en ambos sistemas también hay una diferencia importante. En el Sistema Europeo, los diferentes órganos que forman el CdE trabajan conjuntamente para la mejora del sistema en general, incluyendo la supervisión de cumplimiento. Regularmente llevan a cabo reuniones de alto nivel con la participación de representantes estatales y preparan propuestas o recomendaciones. Con ello, se puede observar que el Sistema Europeo está buscando constantemente su propio desarrollo, de una forma que reduzca la carga de trabajo del TEDH y del CdM y que aumente la eficacia del sistema. A través de estas recomendaciones y posteriores reformas ya se ha conseguido algún progreso, como la reciente estabilización de casos nuevos ante el TEDH. Por el contrario, en el Sistema Interamericano parece como si la Corte IDH y la CIDH fuesen las únicas instituciones que se esfuerzan por una mejora del sistema de protección de los derechos humanos. En consecuencia, los cambios recientes en este sentido han surgido únicamente de la práctica de estos órganos. El resto de órganos de la OEA, particularmente los órganos políticos, han descuidado al referido sistema en los últimos tiempos. Todavía está por ver si la reciente decisión —adoptada por la Asamblea General de la OEA— de doblar el presupuesto de la Corte IDH y la CIDH representa un punto de inflexión en este sentido y si los Estados van a empezar a asumir de forma efectiva sus obligaciones como garantes colectivos del sistema.

BIBLIOGRAFÍA

ANAGNOSTOU, Dia y MUNGIU-PIPPIDI, Alina, “Domestic Implementation of Human Rights Judgments in Europe: Legal Infrastructure and Government Effectiveness Matter”, *European Journal of International Law*, vol. 25, núm. 1, 2014.

- BASCH, Fernando, “The Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights Regarding States’ Duty to Punish Human Rights Violations and Its Dangers”, *American University International Law Review*, 2007.
- BERISTAIN, Carlos Martin, *Diálogos sobre la reparación: Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2010.
- BUYSE, Antoine, “The Court’s Ears and Arms: National Human Rights Institutions and the European Court of Human Rights”, en Wouters, Jan y Meuwissen, Katrien, *National Human Rights Institutions in Europe*, Cambridge, Interselia, 2013.
- CALDERÓN GAMBOA, Jorge, “Fortalecimiento del rol de la CIDH en el proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias y planteamiento de reparaciones ante la Corte IDH”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 10, 2014.
- ÇALI, Başak y KOCH, Anne, “Foxes Guarding the Foxes? The Peer Review of Human Rights Judgments by the Committee of Ministers of the Council of Europe”, *Human Rights Law Review*, vol. 14, núm. 2, 2014.
- CASSEL, Douglass, “El Alcance e Impacto cada vez mayores de las Reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *La justicia constitucional y su internacionalización*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2010.
- CAVALLARO, James y BREWER, Stephanie Erin, “Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: the Case of the Inter-American Court”, *Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, Harvard Law School, Paper N° 09-31, 2008.
- DE VOS, Christian M., “From Rights to Remedies: Structures and Strategies for Implementing International Human Rights Decisions”, *International Yearbook of Minority Issues*, vol. 12, 2013.

- DE VOS, Christian M. y BALUARTE, David C., *From Judgment to Justice: Implementing International and Regional Human Rights Decisions*, Open Society Justice Foundation, 2010.
- DONALD, Alice y LEACH, Philip, “The Role of Parliaments Following Judgments of the European Court of Human Rights”, en Hunt, Murray, Hooper, Hayley y Yowell, Paul (eds.), *Parliaments and Human Rights: Redressing the Democratic Deficit*, Oxford, Hart Publishing, 2015.
- DRZEMCZEWSKI, Andrew, “The Parliamentary Assembly’s Involvement in the Supervision of the Judgments of the Strasbourg Court”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 28, 2010.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (ed.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- FOLLESDAL, Andreas, “Exporting the Margin of Appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights?”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15 (2), 2017.
- FORST, Deborah, “The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights: Limits and Ways Ahead”, *ICL Journal*, 2013.
- GALVIS PATIÑO, María Clara, “Las reformas de 2009 al Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una regulación de prácticas existentes y un ajuste del Reglamento de noviembre de 2000”, *Derecho PUCP*, núm. 63, 2009.
- GAMARRA, Yolanda y VICENTE, Alejandra, “El discreto control de los órganos políticos sobre las decisiones de las instituciones judiciales: Un análisis comparado de los sistemas americano y europeo”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio (ed.), *Obra Jurídica del Consejo de Europa: en conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa*, Sevilla, Gandulfo Ediciones, 2010.
- GARCÍA-SAYÁN, Diego, “The Inter-American Court of Human Rights: Its Decisive Impact on Latin American Rights”, en DOMINGUEZ, Jorge y Covarrubias, Ana (eds.), *Routledge Handbook of Latin America in the World*, Routledge, 2014.
- GREER, Steven C., *The European Convention on Human Rights*, CUP, 2006.

- HAMMARBERG, Thomas y DALHUISEN, John, “The Council of Europe Commissioner for Human Rights”, *International Human Rights Monitoring Mechanisms: Essays in Honour of Jakob Th. Möller*, Nijhoff, Leiden, 2009.
- HAWKINS, Darren y JACOBY, Wade, “Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American Courts of Human Rights”, *Journal of International Law and International Relations*, vol. 6, núm. 1, 2010.
- HILLEGRECHT, Courtney, *Domestic Politics and International Human Rights Tribunals: The problem of compliance*, Cambridge University Press, 2014.
- , “The Domestic Mechanisms of Compliance with International Human Rights Law: Case Studies from the Inter-American Human Rights System”, *Human Rights Quarterly*, vol. 34, núm. 4, 2012.
- HUNEEUS, Alexandra, “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, vol. 44, 2011.
- ICHIM, Octavian, *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- Karper, Irene, *Reformen des Europäischen Gerichts und Rechtsschutzsystems*, Nomos, 2010.
- KELLER, Helen y MARTI, Cedric, “Reconceptualizing the Implementation: The Judicialization of the Execution of the European Court of Human Rights’ Judgments”, *European Journal of International Law*, vol. 26, núm. 4, 2016.
- KLEIJSEN, Jan, “The Monitoring Procedure of the Council of Europe’s Parliamentary Assembly”, en ALFREDSSON, Gudmundur et al. (eds.), *International Human Rights Monitoring Mechanisms*, Nijhoff, Leiden, 2009.
- KRSTICEVIC, Viviana, “Reflexiones sobre la ejecución de las decisiones del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”, en TOJO, Liliana y KRSTICEVIC, Viviana (coords.), *Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, Buenos Aires, CEJIL, 2007.

- LAMBERT ABDELGAWAD, Elisabeth, "The Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights: Towards a Non-coercive and Participatory Model of Accountability", *ZaöRV* 69, 2009.
- LARSEN, Kjetil Mujezinović, "Compliance with judgments from the European Court of Human Rights", *Nordic Journal of Human Rights* 31, 2013.
- LEACH, Philip y DONALD, Alice, "Human Rights Implementation: Our Shared Responsibility", *EJIL: Talk!*, de 22 de marzo de 2015, <https://www.ejiltalk.org/human-rights-implementation-our-shared-responsibility/>
- LEACH, Philip, "The European system and approach", en Sheeran, Scott (ed.), *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, Londres, Routledge, 2013.
- , "On Reform of the European Court of Human Rights", *European Human Rights Law Review*, vol. 14, 2009.
- NASH ROJAS, Claudio, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, 2a. ed., Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2009.
- OKRESEK, Wolf, "Maßnahmen für eine effiziente Durchführung der Urteile des EGMR", en BAMMER, Armin (ed.), *Rechtsschutz gestern-heute-morgen*, Wien, Graz, Neuer Wiss. Verlag, 2008.
- PASQUALUCCI, Jo M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- PETERS, Anne y ALTWICKER, Tilmann, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Munich, Beck, 2012.
- PIOVESAN, Flávia, "Ius Constitutionale Commune Latinoamericano en Derechos Humanos e Impacto del Sistema Interamericano: Rasgos, Potencialidades y Desafíos", en BOGDANDY, Armin von et al. (eds.), *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, México, Porrúa, 2013.
- RUEDIN, Xavier-Baptiste, *Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme: procédure, obligations des Etats, pratique et réforme*, Helbing & Lichtenhahn, 2009.

- SANDOVAL, Clara, “The Inter-American System of Human Rights and approach”, en Sheeran, Scott (ed.), *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, Londres, Routledge, 2013.
- SCHNEIDER, Jan, *Reparation and Enforcement of Judgments*, Berlin, 2015.
- SICILIANOS, Linos-Alexander, “The Role of the European Court of Human Rights in the Execution of its own Judgments: Reflections on Article 46 ECHR”, en SEIBERT-FOHR, Anja (ed.), *Judgments of the European Court of Human Rights*, Nomos, 2014.
- SOLEY, Ximena, “The transformative dimensión of inter-American jurisprudence”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune*, Oxford, OUP, 2017.
- STADEN, Andreas von, *Shaping human rights policy in liberal democracies: Assessing and explaining compliance with the judgments of the European Court of Human Rights*, Princeton University, 2009.
- SUNDBERG, Fredrik G. E., “Control of Execution of Decisions under the European Convention on Human Rights”, en ALFREDSSON, Gudmundur *et al.* (eds.), *International Human Rights Monitoring Mechanisms*, 2a. ed., Nijhoff, Leiden, 2009.
- VANNUCCINI, Sabrina, “Member states’ compliance with the Inter-American Court of Human Rights’ judgments and orders requiring non-pecuniary reparations”, *Inter-American and European Human Rights Journal* 7, 2014.
- VENTURA ROBLES, Manuel E, “La supervisión del cumplimiento de sentencias en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. 18, 2007.
- ZWAAK, Leo F., “Effectiveness and fulfillment of the judgments on human rights: the experience of the European system”, *Revista IIDH*, vol. 46, 2007.

Buenas prácticas en el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Javier García Roca*
Argelia Queralt Jiménez**

1. INTRODUCCIÓN

La finalidad de este trabajo es dar a conocer los resultados de una investigación colectiva titulada *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*.¹ Pretendemos hacer una síntesis de

* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Catedrático de Derecho Constitucional en la misma casa de estudios y director de su Instituto de Derecho Parlamentario (Congreso de los Diputados-UCM). Fue catedrático en la Universidad de Valladolid y Decano de su Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. Es presidente de la Asociación de Constitucionalistas de España (ACE). Ha sido Letrado del Tribunal Constitucional, por concurso-oposición, órgano constitucional donde trabajó siete años, y ha colaborado como experto independiente en justicia constitucional con la Comisión de Venecia del Consejo de Europa.

** Doctora en Derecho y profesora agregada Serra Hunter de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Ha realizado estancias de investigación en el Instituto Universitario Europeo (Italia), en la Universidad Lumière Lyon II, Francia y en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público de Heildeberg, Alemania.

¹ García Roca, Javier y Carmona Cuenca, Encarna (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo*

las partes de esta investigación que están relacionadas con la eficacia, cumplimiento, ejecución y supervisión de ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), de suerte que en cada epígrafe reenviaremos al capítulo del libro que se sintetiza. Hemos tratado de exponer con fidelidad las posiciones e informaciones de los diferentes autores del libro, a quienes corresponde la autoría intelectual y los frutos de las investigaciones, y continuar reflexionando sobre los mismos asuntos desde una perspectiva más amplia, dialogando con los autores que reseñamos, para continuar avanzando en desentrañar los problemas. Una síntesis con tesis. Un estudio más profundo de los muchos temas que tratamos, dada la transversalidad del objeto, reclama la lectura directa de los diversos estudios que citamos, más extensos, así como un análisis directo de las numerosas sentencias e informes de ejecución, y de la amplia doctrina científica que en aquellos se da noticia y no podemos aquí detallar. Nuestras citas a las fuentes de conocimiento son, pues, por remisión.

Nos parece que sintetizar todo este caudal de información y reflexión tiene innegable interés comparado y es una atalaya desde la que se puede observar confortablemente el diálogo entre los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos,² que es otro de los objetivos que dicha obra colectiva pretende para continuar progresando hacia una globalización de los derechos frente a los casi siempre problemáticos y elusivos nacionalismos políticos y particularismos jurídicos. Descolgarse del trabajo global en red en la protección de los derechos humanos es siempre problemático. Nuestro equipo de investigación sigue inspirado por la idea de que los derechos humanos no tienen fronteras, como en todos sus estudios previos, y que la mejor Europa es la Europa de los derechos: la cultura y el lenguaje de los derechos.

y de la Corte Interamericana, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

² Véase nuestra investigación previa García Roca, Javier *et al.*, *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Cizur Menor, Civitas-Thomson-Reuters, 2012.

2. EL EFECTO DE COSA INTERPRETADA
Y LAS FUNCIONES DE ARMONIZACIÓN
Y DESARROLLO O ESPECIFICACIÓN DE LOS DERECHOS³

Tutela individual y eficacia general de cosa interpretada. Cabe destacar el efecto de cosa interpretada como un instrumento privilegiado que ayuda al cumplimiento de las sentencias de Estrasburgo y a la supervivencia del Sistema Europeo, según Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Argelia Queralt recuerdan en nuestro libro.⁴ Para comprenderlo, es necesario dejar en un segundo plano por un momento la tutela individual de los derechos convencionales que ofrece el TEDH, y centrarse en dos funciones más generales, el desarrollo y la armonización de los derechos humanos. Esta dimensión objetiva del amparo o acceso directo europeo es, si cabe, más importante que la tutela subjetiva e individual de los derechos. Una dimensión general que aproxima al TEDH a las funciones de una jurisdicción constitucional y, en general, del derecho procesal constitucional. Esta ha sido una de las perspectivas colectivas de la investigación, como se evidencia en la conferencia introductoria del antiguo juez europeo Lech Garlicki y en el trabajo sobre interpretación vinculante que luego comentaremos.⁵

Estándares convencionales, espacio jurisdiccional europeo y concurrencia de jurisdicciones. Más allá de las miles de de-

³ En este apartado, seguimos las elaboraciones de Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Queralt Jiménez, Argelia, “El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo. ¿Dos caras de una misma moneda?”, en García Roca, Javier y Carmona Cuenca, Encarna (eds.), *op. cit.*, pp. 133-168.

⁴ Sobre el mismo punto véase Queralt Jiménez, Argelia, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2008, p. 154, y Queralt Jiménez, Argelia, “El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH”, en García Roca, Javier y Fernández Sánchez, Pablo A., *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, CEPC, 2009, pp. 289-323 y 229-255.

⁵ Garlicki, Lech, “Judgments of the European Court of Human Rights (their structure, impact and authority)” en García Roca, Javier y Carmona Cuenca, Encarna (eds.), *op. cit.*, pp. 41-70.

mandas que recibe cada año el TEDH, a lo largo de sus 70 años de funcionamiento, ha ido desarrollando el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y creando unos estándares convencionales europeos, comunes a los 47 Estados que conforman el Sistema, y también a la Unión Europea, aunque no se haya adherido todavía al CEDH por los reparos —en la práctica un veto— formulados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Cabe afirmar que el TEDH ha desarrollado un parámetro de convencionalidad —e incluso de constitucionalidad— que se aplica en un espacio jurisdiccional europeo en el que aquel cohabita con los tribunales ordinarios y los tribunales constitucionales y supremos de cada Estado, así como con el TJUE. En este triángulo de jurisdicciones se producen diálogos diversos, dependiendo de las normas, de las diversas relaciones transnacionales y de su práctica efectiva. Un instrumento privilegiado de la relación entre los tribunales internos y el TEDH es el efecto de cosa interpretada de sus sentencias. La *res interpretata* es, pues, un vehículo de diálogo en esta comunidad de intérpretes jurisdiccionales que debe liderar el Tribunal Europeo, intérprete final y supremo del sistema del Convenio.

Efecto armonizador. Las altas cortes nacionales como mediadores. Estos efectos interpretativos generales, con una eficacia eminentemente *pro futuro*, impulsan un proceso de armonización u homogeneización de los derechos fundamentales. Tales amplios efectos han implicado a los tribunales ordinarios y, particularmente, a los tribunales constitucionales a través de la recepción en sus decisiones de los estándares fijados en Estrasburgo. Los altos tribunales nacionales se convierten en mediadores o intermediadores, divulgando la jurisprudencia del TEDH e imponiendo los estándares convencionales a los órganos judiciales nacionales en sus decisiones.

¿Carácter vinculante de la cosa interpretada? El valor de precedente. El Tribunal Europeo parece haber reconocido, no siempre de forma clara, la cosa interpretada, pero es una categoría construida por la doctrina científica⁶ antes que por la juris-

⁶ Véase los numerosos trabajos de Argelia Queralt, entre otros, Queralt Jiménez, Argelia, *La interpretación...*, *cit.*, y Queralt Jiménez, Argelia, “El alcance del efecto...”, *cit.*

prudencia, como uno de los efectos inherentes a sus sentencias, que les otorga un alcance *erga omnes* (típicamente constitucional). Pero no ha dado hasta hora el paso de defender su carácter vinculante como en este trabajo construimos. El TEDH es poco amigo de teorizaciones y tiende a hacer interpretaciones tópicas y aproximaciones pragmáticas. Sin embargo, la cosa interpretada es la única categoría que refleja y describe el funcionamiento real del sistema, al igual que ocurre con los tribunales constitucionales y la categoría de interpretación vinculante. La situación ha impelido al TEDH a utilizar su propia jurisprudencia para determinar cuál es el estándar respecto de cada uno de los derechos y libertades convencionales, y a establecerlo como un canon de convencionalidad que debe ser respetado por las autoridades internas de cualquiera de los Estados miembros, y no solo por el concreto Estado parte implicado en un determinado caso. Es un reconocimiento implícito del carácter de precedente al que igualmente nos referiremos. Cada vez son más las voces, también desde el propio TEDH, que defienden el carácter vinculante del efecto de cosa interpretada como en este estudio y en la investigación colectiva que sintetizamos. Este carácter de las interpretaciones del TEDH es un elemento indispensable para la supervivencia del propio Sistema, entre otras muchas razones, por el amplísimo número de demandas a las que debe hacer frente, así como por ser un elemento indisociable a un sistema del Convenio y a una jurisdicción de Estrasburgo que se erige en intérprete de los derechos humanos en el territorio europeo: una función de especificación o desarrollo.

Obligatoriedad de la cosa interpretada: el acervo convencional. Las bases de esta construcción teórica son, en síntesis, las siguientes: cuando los Estados parte se obligan a respetar los compromisos jurídicos que se derivan del CEDH, lo hacen también respecto a la jurisprudencia del TEDH y asumen el acervo convencional (*acquis conventionnel*) europeo. Negar al TEDH la obligatoriedad de la cosa interpretada de sus sentencias definitivas sería tanto como negar la evolución del propio CEDH y su efectividad. Ahora bien, la obligatoriedad que genera la cosa interpretada, que deriva del artículo 1 del CEDH, es una obligación de resultado y entraña un deber de compatibilidad de los ordenamientos internos con ese acervo convencional. Si un juez

interno se aparta de los estándares fijados por el TEDH podrá provocar una nueva sentencia estimatoria de esta jurisdicción o, quizá, provocar una revisión de su jurisprudencia, pero, en cualquier caso, el Tribunal Europeo será el que decida en última instancia cuál es la interpretación compatible con el CEDH, esto es, ejercerá como intérprete supremo respecto de los derechos y libertades del CEDH. Así, una vez que el Estado ha ratificado válidamente el CEDH, quedará obligado por el *acquis conventionnel* europeo, compuesto por las obligaciones del Convenio e, indisolublemente, por el desarrollo jurisprudencial efectuado por el Tribunal de Estrasburgo.⁷ Observar la jurisprudencia del TEDH y compatibilizar los estándares internos con el estándar europeo implica cumplir con la obligación del artículo 1 del CEDH. En definitiva, es el propio sistema de garantía el que genera un principio general de compatibilidad con el estándar europeo definido por la interpretación convencional que el TEDH ofrece en sus sentencias. La propia jurisdicción europea controlará en último término dicha compatibilidad.

El Convenio Europeo como protección de mínimos. Este proceso de armonización y desarrollo, de integración europea a través de derechos fundamentales, se produce respecto de un sistema que se erige en el CEDH y fue pensado como un catálogo de mínimos, pues debía convertirse en el denominador común que todos los Estados parte pudieran compartir en materia de derechos fundamentales. El objetivo era sumar el máximo de Estados posible, aunque ello supusiera renunciar a algún derecho. En segundo lugar, el CEDH instituye un sistema de garantía subsidiario, por lo que solo podrá acudir ante sus órganos cuando fallen las vías internas de protección o recurso efectivo. El europeo es un Sistema que asume la heterogeneidad de los Estados que lo integran. No debe olvidarse que son parte del CEDH 47 Estados, y que coexisten en este modelo tradiciones nacionales muy diversas —jurídicas, sociales políticas, culturales e incluso religiosas—, acompañadas de relaciones internacionales variadas y no siempre complementarias. Ahora bien, todos los Estados parte del CEDH han reconocido compartir una serie de valores

⁷ TEDH, *Maestri vs. Italia*, sentencia de 17 de febrero de 2004 (Req. núm. 39748/98).

y creencias comunes respecto del respeto y garantía de los derechos y libertades de las personas cuya salvaguardia han dejado en manos del TEDH. El Tribunal ha elaborado un estándar mínimo europeo en el que quedan reflejados dichos valores y creencias comunes, inherentes a las sociedades democráticas —*open minded societies*, le gusta decir—, que se convierten en un límite a la heterogeneidad y al pluralismo.

Compatibilidad entre los estándares nacionales y europeos. Margen de apreciación y obligaciones de resultado. El Sistema Europeo pretende que los estándares internos sean compatibles con el europeo, pero no necesariamente idénticos. Los Estados parte gozan de un margen de apreciación nacional en la elección de los medios para cumplir sus obligaciones convencionales de resultado. La identidad podría exigirse respecto de un texto único e imperturbable por los cambios en su entorno, al modo de un único código civil europeo. Sin embargo, la función de desarrollo de los derechos que el TEDH realiza permite que el entendimiento de los derechos y libertades experimenten constantes cambios, es un *ongoing debate* cuyos términos se transforman al tiempo de los cambiantes contextos. Lo que protege el CEDH y fiscaliza el TEDH es que, independientemente de cuáles sean los medios y desarrollos escogidos, los ordenamientos internos sean compatibles con las obligaciones derivadas del CEDH, pudiéndose afirmar que en la relación entre el CEDH y los ordenamientos internos subyace un principio general de compatibilidad del derecho interno con el *acquis conventionnel*. De este modo, se respeta la obligación de resultado que deriva del artículo 1 del CEDH. Una cuestión diferente es determinar cuál sea el impacto real de la cosa interpretada en los diferentes ordenamientos internos. Desde la perspectiva interna, cabe afirmar que existe un seguimiento normalizado y generalizado del canon europeo por las jurisdicciones internas, aunque es desigual en su intensidad. En efecto, el análisis concreto de la relación de las diversas jurisdicciones internas con la jurisprudencia de Estrasburgo muestra diferencias. Las razones que explican este diferente seguimiento, los distintos diálogos que se establecen con Estrasburgo, se explican a través de la existencia de una serie de condiciones, unas inherentes al Sistema Europeo y otras a los sistemas estatales de protección.

3. EL VALOR DE PRECEDENTE
E INTERPRETACIÓN VINCULANTE⁸

Las disposiciones del CEDH tienen efecto directo. Las sentencias del TEDH son vinculantes, pero no siempre directamente aplicables. Este es un relevante problema teórico, previo al asunto que nos ocupa, pero que es imprescindible abordar para fundar con solidez y coherencia cuanto sigue en materia de cumplimiento. Como recuerdan García Roca y Nogueira, las normas del CEDH, al igual que las de todo tratado, tienen —por ejemplo, en España— una jerarquía superior a la ley, pero inferior a la Constitución, según la doctrina del Tribunal Supremo y del Consejo de Estado. Mas la posición en rango normativo del Convenio Europeo varía en cada ordenamiento. El Convenio tiene rango constitucional en algunos Estados o incluso supraconstitucional. Esta solución es frecuente en Iberoamérica, donde se llega a admitir expresamente la primacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que le permite claramente desplazar normas internas. Pero es rara en Europa, donde es más habitual que el CEDH posea simplemente una jerarquía superior a la ley e inferior a la Constitución. La supremacía material de los contenidos del Convenio, a la que lleva la obligación de una interpretación conforme, no se traduce necesariamente en su supremacía formal sobre las normas constitucionales.

No obstante, las relaciones entre el sistema del Convenio y los ordenamientos nacionales son semejantes con independencia de su lugar en jerarquía. Funcionan de la misma manera de cara a una interpretación conforme, según imponen el artículo 16 de la Constitución portuguesa y el artículo 10.2 de la Constitución española. Pero puede haber diferencias, según el rango interno del Convenio, de cara a la inaplicación de la ley nacional que la contradice. La inaplicación es un resultado inevitable si el Convenio tiene más jerarquía que la Constitución, o igual a la misma, o superior a la ley.

⁸ En este apartado, seguimos las elaboraciones de García Roca, Javier y Nogueira Alcalá, Humberto, “El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante”, en García Roca, Javier y Carmona Cuenca, Encarna (eds.), *op. cit.*, pp. 71-132.

Ahora bien, en todos los trabajos de nuestro equipo de investigación se ha insistido en que las relaciones entre los ordenamientos nacionales, de la Unión y del Consejo de Europa no pueden seguir contemplándose en clave de jerarquía de acuerdo con el derecho interno, sino reconociendo el actual escenario de “pluralismo constitucional”. El Tribunal de Estrasburgo califica el CEDH como un “instrumento constitucional del orden público europeo”. Una ordenación fundada exclusivamente en la jerarquía es un enfoque típico de la teoría escalonada del derecho propia del periodo de entreguerras, que es hoy un escenario obsoleto. Nos ocupamos de relaciones entre ordenamientos independientes, cuya validez no depende cada uno del otro, y no de ordenaciones entre fuentes del derecho de un único ordenamiento. La jerarquía no es tan esencial. Esta, previa comprensión, harto realista, deviene esencial para ubicar adecuadamente al intérprete.

Las disposiciones normativas del CEDH tienen “efecto directo o aplicación directa”. Los tratados válidamente celebrados y una vez publicados forman parte del ordenamiento interno, según el artículo 96.1 de la Constitución española. El artículo 1.5 del Código Civil español recuerda que las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales “serán de aplicación directa” después de su publicación. Pueden distinguirse los países donde la recepción es automática y simplemente se exige la publicación oficial, de aquellos otros (más raros) donde se exige un acto normativo interno de recepción especial por ley. Pero los tratados internacionales, una vez incorporados, son normas internas, lo que implica su obligatoriedad y aplicabilidad. Por todo ello, el CEDH tiene eficacia directa: es derecho interno para los Estados parte.

Asimismo, las sentencias del TEDH deben gozar de la misma eficacia directa que el CEDH. No hay razones para disociar su eficacia de la propia de las normas convencionales. Una legislación que regule su implementación puede ser aconsejable para revisar sentencias firmes, pero no es imprescindible. Eficacia directa y efecto útil deben reclamarse como características del sistema, tanto respecto de las normas como de la jurisprudencia.

La fuerza vinculante de las sentencias europeas y la obligación de los poderes públicos de implementarlas. Pero la afir-

mación debe matizarse, como hacen García Roca y Nogueira. Las sentencias del TEDH tienen fuerza vinculante (*legally binding*), pero no son directamente ejecutivas (*self-executing*). Este es el problema. La cuestión ha tenido una intensa evolución que no se refleja todavía en la literalidad del Convenio y no es además probable que se reforme. Habrá pues que acostumbrarse a esta situación algo esquizofrénica o demediada. El texto ha sufrido una mutación y ya no es el de 1950, sino otro distinto. Es menester razonar fuera del marco tradicional entre sentencias “declarativas” y “constitutivas”, como se hace a menudo en España, y recoge todavía el conocido Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español de 2008, posición que no es tan común en Europa. Los argumentos deben partir directamente de las normas convencionales. El artículo 46.1 del CEDH reconoce la eficacia vinculante (*binding force*) de las sentencias para los Estados —y el correspondiente compromiso de acatarlas— solo cuando “hayan sido parte” del proceso. Pero ya no es así. El Tribunal Europeo aplica sus precedentes con total indiferencia sobre los Estados demandados y extiende sus efectos a cualesquiera supuestos de hecho análogos. Para observarlo, basta con leer las fichas (*case details*) de las sentencias en el epígrafe “*Strasbourg Case-Law*”, que expresamente reconocen las fuentes de la argumentación que se reflejan en los fundamentos jurídicos.

No es razonable que un Estado parte diferencie la intensidad de su vinculación a la jurisprudencia según haya sido o no parte en el proceso. Razones de economía procesal obligan a pensar que carece de sentido no cumplir la doctrina dictada respecto de otros Estados y asumir el riesgo de una previsible y próxima condena. La clara y presente amenaza de una inminente lesión de derechos de un justiciable impide razonar de ese modo desde una adecuada perspectiva garantista. No sería un compromiso leal de acatamiento. Las sentencias europeas se dictan en un sistema que es multilateral y los Estados parte no pueden invocar la tradicional triple identidad de la cosa juzgada civil. El escenario es distinto y se aproxima al de las sentencias constitucionales que gozan de una eficacia *erga omnes*: abstracta y general.

Bien es verdad que las sentencias del TEDH a menudo no son directamente aplicables. Su cumplimiento reclama en ocasiones

—no siempre— de “decisiones judiciales interpuestas” para poder ser aplicadas, por ejemplo, para poder revisar una sentencia firme y readmitir a quien fue despedido de manera inválida, o para liberar a un preso y anular su condena. Pero las sentencias del TEDH obligan a los poderes públicos a implementarlas y, en particular, los órganos judiciales nacionales son instrumentos de ejecución del Convenio.

A veces, la implementación de una sentencia supranacional puede reclamar una modificación reglamentaria, legislativa o incluso una reforma constitucional. De todas estas situaciones hay buenos ejemplos. La vinculación a las sentencias europeas se predica, por tanto, de todos los poderes públicos. Pero cuanto más amplia sea la libertad de configuración normativa de esos poderes, mayor margen de apreciación pueden tener en el cumplimiento.

Los derechos convencionales como derechos fundamentales análogos a los constitucionales. El Convenio Europeo reconoce facultades jurídicas que permiten a sus titulares actuar de la manera más conveniente al libre desarrollo de su personalidad. No es una declaración de buenas intenciones, unos genéricos principios típicamente internacionales. El sistema del Convenio permitió, por vez primera en derecho internacional, condenar a un Estado soberano al violar los derechos de sus súbditos y a instancias de los mismos. El derecho subjetivo nace del reconocimiento en la norma convencional, así como del interés jurídico protegido, ligado a la dignidad de la persona y a unos valores que son fundamento del ordenamiento, tanto como de la obligación internacional de respeto, que es la contrapartida del derecho subjetivo y, sobre todo, de unos remedios jurisdiccionales directamente accionables a instancia de cada sujeto: *no right without a remedy*. El *direct acces* europeo posee morfología de amparo constitucional. El Convenio tiene cuerpo de tratado y alma de Constitución, y algunos de sus contenidos vienen protegidos por la primacía del derecho de la Unión en virtud de su recepción en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

Los derechos subjetivos del Convenio tienen naturaleza fundamental, pues están tan ligados a la dignidad humana y al libre

desarrollo de la personalidad como los derechos constitucionales, y son en esencia los mismos. La positivación de los derechos fundamentales ya no se hace solo en las constituciones, puede también hacerse en el CEDH y, con mayor claridad, en la CDFUE, que posee primacía sobre las normas constitucionales, así como sobre todo el derecho de la Unión. No es casual que expresamente se llamen allí “fundamentales”, pese a no ser la Carta formalmente una Constitución. Revela que la materia es típicamente constitucional y debe por ello gozar de una cláusula de supremacía material.

En sentido contrario, algunos piensan que cláusulas constitucionales de apertura al CEDH —como el artículo 10.2 de la Constitución española— no permiten “crear” derechos fundamentales, sino solamente “interpretarlos”. Pero esta distinción tiene algo de sofisma: una razón falsa con mera apariencia de verdad. No es una descripción adecuada al funcionamiento real del sistema del Convenio, sino un juicio apriorístico basado en una inadecuada interpretación literal. ¿Cuál es la diferencia entre un derecho nuevo y un contenido nuevo de un derecho viejo? ¿Por dónde discurre esta delgada línea roja? No hay apenas diques frente a una cláusula aditiva. Basta leer la jurisprudencia del TEDH para hallar infinidad de contenidos de los derechos que no están en las constituciones nacionales, o solo se contemplan de forma inmanente e indirecta. La amplia construcción del derecho a la vida privada y familiar es un buen ejemplo. Las normas convencionales y sus exégesis por el TEDH actualizan constantemente las normas constitucionales. Han hecho de las declaraciones constitucionales un *numerus apertus* al Convenio. La jurisprudencia europea mantiene al día y actualiza los catálogos de derechos.

En España ha habido numerosas reformas legislativas impulsadas por las sentencias del TEDH. Este dato confirma la vinculación del legislador nacional a los derechos fundamentales del Convenio, quien no puede traspasar su contenido esencial. Esta circunstancia demuestra la fundamentalidad de los derechos convencionales.

El problema es que, en Europa, se sigue disociando en exceso control de constitucionalidad y convencionalidad, en vez de superarse sus delgadas fronteras y a diferencia de en Iberoamé-

rica. Pero su compleja fusión, como previsible escenario futuro, la plena europeización de las jurisdicciones constitucionales, no puede ser tratada aquí.

Interpretación conforme y posibilidad de la inaplicación de la legislación nacional contraria al CEDH. En España no se reconoce expresamente la primacía del CEDH como ocurre con las normas de la Unión, o la preferencia que se establece para los tratados sobre derechos en la Constitución de Brasil. Pero desde luego podría hacerse. Si el Convenio tiene rango de tratado, y como tal es superior a la ley, cualquier órgano judicial debe aplicar el tratado con preferencia a la ley en un caso de contradicción normativa. De hecho, la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales, resuelve la incógnita en este sentido en su artículo 31: “Las normas jurídicas contenidas en los tratados válidamente celebrados y publicados oficialmente *prevalecerán* sobre cualquier otra norma jurídica del ordenamiento en caso de conflicto, salvo las de rango constitucional”. Un principio de prevalencia de los tratados frente a las leyes que explicita el legislador y que es inmanente al artículo 94 de la Constitución española y al artículo 1.5 del Título Preliminar del Código Civil. La solución española parece tener validez general dondequiera que exista un principio de indisponibilidad de los tratados por las leyes.

En el derecho comparado europeo, la inaplicación judicial del derecho nacional incompatible con el Convenio no puede negarse, según razonan García Roca y Nogueira, apoyándose en diversos autores que citan. Así ocurre claramente en los países europeos donde el CEDH tiene rango de Constitución de hecho o de derecho. En Holanda (arts. 91, 93 y 94 de la Ley Fundamental) se reconoce la prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno, al tratarse de un verdadero sistema monista; en el último de esos preceptos se establece que las normas legales no pueden aplicarse si están en conflicto con las previsiones de los tratados internacionales, dado su carácter vinculante. Esta cláusula obliga al control de convencionalidad. En Austria se ha reconocido de hecho carácter constitucional al CEDH y los conflictos entre la Constitución y el CEDH se gobiernan por el principio *lex posterior derogat legi priori*. En Bélgica, algunos aca-

démicos consideran los dos derechos europeos como superiores al nacional. En Luxemburgo, los tribunales confirman el carácter directamente aplicable (*self-executing*) de las normas del Convenio. En los países escandinavos se contempla el CEDH como *lex superior* en la práctica judicial, pese a las escasas bases normativas para ello.

Pero, en la realidad de las cosas, estas contradicciones normativas no son frecuentes y suele bastar con acomodar la ley nacional mediante una interpretación conforme con un alcance corrector de las aristas lesivas de los derechos. No resta un gran espacio para la inaplicación judicial. La cosa podría ser diversa para el derecho de la Unión, mucho más reglamentista y que, por ello, concede escaso margen para la acomodación de la ley nacional por vía exegética, un escenario donde sí se producen inaplicaciones, por ejemplo en materia tributaria. Pero las normas y la jurisprudencia del TEDH sobre derechos son suficientemente elásticas o dúctiles y esto hace casi siempre posible una interpretación correctora.

Una interpretación conforme al CEDH es, pues, el escenario habitual: una doble interpretación constitucional *secundum Conventionem*, que es una interpretación correctora “hasta donde sea posible”. Así, la *Human Rights Act* incorporó el Convenio al Reino Unido en 1998 e impuso la necesidad de interpretar las leyes de conformidad con el Convenio “*so far as it is possible*” (art. 3). Un mandato que está en la naturaleza de las cosas. La inaplicación judicial debe reservarse a los supuestos de insalvable contradicción, es una última *ratio*, según sostienen García Roca y Nogueira.

La obligación de respetar las sentencias del TEDH y garantizar los derechos. Es esta una condición de supervivencia de un Sistema Europeo que establece una protección multilateral; tal obligación de los Estados es inherente a una jurisdicción internacional de esas características. Las autoridades nacionales son también jueces y legisladores del sistema. La obligación de respeto a las sentencias del TEDH se funda en el artículo 46 del CEDH, referido a la fuerza vinculante y la ejecución, que establece que las partes se comprometen a “acatar” las sentencias definitivas. La obligación es aún más intensa en las versiones oficiales en

inglés y francés: *undertake to abide, s'engagent à se conformer*. No es solo una obligación de mero acatamiento formal de las sentencias, sino de respeto a la doctrina en ellas establecida. Una obligación de resultado: alcanzar realmente el cumplimiento de lo resuelto. Un compromiso leal de cumplimiento. También engarza con el artículo 1 del CEDH, donde se consagra la obligación internacional de respetar y garantizar los derechos. Se exige allí cumplir las normas convencionales y abstenerse de actuar en su contra, al tiempo que satisfacer una obligación positiva de protección: adecuar la organización de los Estados al pleno ejercicio efectivo de los derechos. Este principio de respeto y garantía de las obligaciones es el basamento para lograr la plena efectividad de las sentencias europeas y de los propios derechos.

La conexión entre una interpretación vinculante y las medidas generales de reparación. Las medidas generales impuestas en las sentencias del TEDH como medidas de reparación conectan con dicha obligación de garantía: remover defectos estructurales y prevenir las amenazas o factores de riesgo. Mediante estas, el TEDH impone sus interpretaciones vinculantes a los Estados parte, que deben adaptarse al Convenio para garantizar efectivamente los derechos. La plena conexión de sentido entre una interpretación vinculante y las medidas generales de reparación es muy estrecha. Las segundas son la otra cara de la primera.

Eficacia de cosa interpretada e interpretación vinculante. Una interpretación constructiva de normas. La terminología no es unánime: *consolidated interpretation, consistent interpretation, interpretative authority, res interpretata, chose interprétée*. García Roca y Nogueira eligen “cosa interpretada” y, como complemento, “interpretación vinculante”, para indicar que los Estados deben cumplir lealmente las obligaciones derivadas del sistema del Convenio, según resultan de la interpretación del TEDH. Dos categorías extraídas del derecho procesal constitucional que coadyuvan a reforzar la técnica de la cosa interpretada y el control de convencionalidad, según exponen Ferrer Mac-Gregor y Queralt.⁹

Tres rasgos —afirman los autores— fuerzan a que la interpretación vinculante del TEDH sea una interpretación constructi-

⁹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Queralt Jiménez, Argelia, *op. cit.*

va de normas, antes que meramente aclaradora de disposiciones escritas. Primero, la apertura de las normas convencionales que reconocen derechos fundamentales. Así se subraya en el voto disidente en el caso *Hirst vs. Reino Unido*, “*a judge made Convention, lack of precision of the wording*”.¹⁰ Segundo, los supuestos de hecho son parte de las normas convencionales, pero no están escritos en ellas, como ocurre en las normas penales o tributarias; estamos ante un derecho espontáneo. El caso se entremezcla con las disposiciones escritas y las integra y transforma hasta crear normas. Los derechos fundamentales son necesariamente un *case-law*; sin hechos no hay normas sobre derechos. Tercero, es una interpretación evolutiva y abierta a *nowadays present conditions*, como le gusta decir al TEDH.

Esta interpretación vinculante y constructiva de normas sobre derechos se proyecta sobre una triple concurrencia de jurisdicciones —de la Unión, el Consejo de Europa y los Estados— en la protección de derechos. Será menester una división del trabajo conforme a la subsidiariedad. Son precisos criterios que ordenen la colaboración judicial. Así, interpretar los derechos de una manera abstracta y general por el TEDH, más que reparar uno a uno miles de derechos individuales, lleva necesariamente a identificar los defectos estructurales de las leyes nacionales. De ahí la relevancia de las sentencias piloto y de otras técnicas semejantes que luego expondremos.

El valor vinculante de la interpretación del TEDH. Esta eficacia “*allowed the Convention to become deeply embeded in national law*”. La idea de cosa interpretada emana de la doctrina científica más que de la jurisprudencia europea, que no suele emplearla, aunque el Sistema funcione conforme a esta lógica. Pero debemos precisarla a la luz de las categorías de precedente e interpretación vinculantes habituales en el derecho procesal constitucional.

El alcance de la interpretación convencional no puede venir circunscrita a los Estados que hayan sido parte del proceso como

¹⁰ TEDH. *Hirst vs. Reino Unido* (núm. 2), sentencia de la Gran Sala (GS) de 6 de octubre de 2005 (Req. núm. 74025/01), *Opinion dissidente commune* a MM. Wildhaber, Costa, Lorenzen, Kovler et Jebens.

—erróneamente— reza el artículo 46 del CEDH: a la identidad de partes. La identidad de interpretación depende de la identidad de situaciones: unas mismas violaciones y unas regulaciones semejantes hacen una la razón judicial de decidir. Una interpretación vinculante depende de la identidad de los supuestos de hecho: violaciones y normas. La vinculación a la motivación de las sentencias, a los razonamientos generales y estándares convencionales que en ellas se recogen es esencial.

La interpretación vinculante del TEDH no es la cosa juzgada civil. Su aplicación no demanda los tradicionales requisitos de la *cosa juzgada* formal: la triple identidad de los sujetos, el objeto, el *petitum* y la causa de pedir. Posee unos efectos mayores: una eficacia general, abstracta y *erga omnes*, al igual que ocurre con las sentencias constitucionales. Entraña la autoridad de “cosa juzgada material” en su valor sobre el fondo del asunto: el estado jurídico de una cuestión sobre la que ha recaído una sentencia firme que tiene la eficacia de vincular al mismo órgano jurisdiccional y a otros en los diversos procesos.

La comparación con la vinculación a las sentencias constitucionales permite extraer rasgos comunes, pues la eficacia de sus pronunciamientos parece semejante. Las sentencias convencionales vinculan a todos los juzgadores y poderes públicos y en ello se aproximan a las sentencias constitucionales. El fundamento de esta eficacia general deriva de diversos bienes, en especial, la seguridad jurídica, que reclama la certidumbre en el entendimiento de los derechos fundamentales, y la estabilidad de las relaciones jurídicas, con mayor razón en un sistema colectivo y multilateral cuya compleja unidad y coherencia interna deben mantenerse. Las sentencias convencionales producen el efecto de cosa juzgada (*res iudicata*), pero su eficacia no se agota en ellas, poseen *res interpretata*.

El carácter vinculante de las sentencias de los tribunales constitucionales deriva de que son los intérpretes supremos de sus constituciones, y lo mismo ocurre con las cortes que nos ocupan y sus sistemas convencionales. Es pues razonable extender la eficacia de sus sentencias. El artículo 61.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español (LOTIC) dice al regular con carácter general todos los conflictos de competencias: “[...] la de-

cisión del Tribunal Constitucional *vinculará* a todos los poderes públicos y tendrá *plenos efectos* frente a todos” (cursivas añadidas). Se inspira en el artículo 31.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Otro tanto establece el artículo 38.1 de la LOTC, que abre la puerta de la regulación de los procedimientos de inconstitucionalidad: “[...] las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, *vincularán* a todos los poderes públicos y producirán *efectos generales* [...]” (cursivas añadidas). Esta eficacia general se justifica en derecho procesal constitucional por la condición de su autor como “intérprete supremo” de la Constitución (art. 1.1 LOTC).

Pero igualmente, la competencia del TEDH se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus protocolos (art. 32 CEDH). La posición y razón de decidir son, pues, las mismas: el TEDH es el intérprete supremo de los derechos del Convenio y, por ello, sus interpretaciones deben ser vinculantes. La vinculación se predica no solo de la parte dispositiva de las sentencias, sino de toda la motivación y en cualquier tipo de procesos, lo relevante son las razones, la interpretación de las normas y el discurso. La eficacia correctora y modificativa de la jurisprudencia ordinaria que poseen las sentencias constitucionales, y reconocen expresamente las leyes, debe predicarse también de las convencionales.

Con frecuencia, las sentencias del TEDH dejan un margen de apreciación nacional a sus exégesis de los derechos. Cumplir las sentencias europeas es una actividad cognitiva y no solo volitiva y caben diferentes implementaciones. Podíamos quizás hablar de escalas en la intensidad de la vinculación para los diferentes poderes. Podría ser distinta la vinculación para el legislador que para los órganos judiciales. Para los órganos judiciales la vinculación es muy intensa, porque su función es interpretativa y aplicativa de los derechos, y en esa labor concurren con el TEDH y sus exégesis gozan de una mayor autoridad conforme a la lógica de la subsidiariedad. En relación con el legislador democrático, la vinculación parece menos intensa, porque toda ley posee una amplia libertad de configuración normativa y existe un margen de apreciación nacional, al menos en algunos derechos no abso-

lutos. Debe reconocerse una deferencia. El CEDH debe interpretarse como un marco de coincidencias, no como una legislación uniforme. ¿Hay también diferencias respecto del legislador en relación con el *poder de reforma constitucional*? No en apariencia. El TEDH revisa las normas internas con relativa indiferencia hacia su rango. Pero en varios países existen serios casos de discrepancias e inaplicaciones de las sentencias del TEDH cuando sus decisiones afectan a normas constitucionales (en particular en Rusia). Un tema muy delicado.

El valor de precedente. ¿Está el TEDH vinculado por sus propios precedentes? La respuesta debe ser afirmativa, como en cualquier jurisprudencia *tout court*, concluyen García Roca y Nogueira. Un tribunal que no se sintiera vinculado por su jurisprudencia y no respetara sus precedentes, conforme a la lógica *stare decisis*, no sería un tribunal, y violaría el derecho de los justiciables a una aplicación igualitaria de las leyes. Existiría la seria amenaza de que no fuera siquiera un juez imparcial en los términos del artículo 6 del CEDH. Su capacidad suasoria y autoridad exegética vendrían seriamente deterioradas. Otra cosa distinta es que esa vinculación no sea absoluta y quepa cambiar el precedente con voluntad de permanencia. Sin embargo, es algo que no ocurre a menudo. Por otro lado, es habitual distinguir los hechos del caso de los enjuiciados en el precedente. La confusión entre una y otra cosa ha llevado a que se haya podido decir que el TEDH no está vinculado a sus propios precedentes. Pero sí debería estarlo en el sentido estricto —y no absoluto— que se ha expuesto. Avanzar de un caso similar a otro similar es la lógica de cualquier jurisprudencia y, en particular, del Sistema Europeo como forma de creación del derecho. No solo cabe hablar hoy de precedentes y *stare decisis* en el *common law*. ¿Qué otra cosa son los famosos *leading cases* o los *pilot judgments* —a los que luego nos referiremos— o incluso los asuntos calificados como *case reports* por su nivel de importancia? Pero no solo ocurre en estos supuestos, aunque en ellos tal eficacia lógica resulte manifiesta. Mencionemos la reciente sentencia en el caso *N.D. y N. T. vs. España*, de 2017,¹¹ sobre devoluciones en caliente de extranjeros

¹¹ TEDH. *N.D. y N. T. vs. España*, sentencia de 3 de octubre de 2017 (Req. núms. 8675/15 et 8697/15).

en frontera, que aplica el aviso que supuso *Hirsi Jamaa y otros vs. Italia*, de 2012.¹²

El precedente es una manifestación de la autoridad interpretativa del TEDH. La idea deriva de la lógica *stare decisis*, mantenerse en las cosas decididas y acatarlas. Una sentencia que vincula con su jurisprudencia a las futuras. La existencia de una interpretación suprema del CEDH demanda reconocer una especial autoridad a sus exégesis: un tribunal superior, con mayor autoridad, impone su decisión a los inferiores. Pero el trabajo en red matiza estas afirmaciones, puesto que la interpretación de los derechos europeos rara vez concluye en una única decisión. Es un debate permanente ante la constante variación de los contextos: las diferencias nacionales en espacios muy amplios, los cambios culturales, las innovaciones tecnológicas. Por eso los tribunales nacionales pueden matizar o discutir los precedentes convencionales, pero deben, eso sí, acatarlos.

Distinguiendo o limitando un precedente. Los precedentes se aplican con dos técnicas, sea bien distinguiendo (*distinguishing*) o limitando (*limiting*), recuerdan García Roca y Nogueira. Cabe distinguir los hechos de un caso respecto de los del precedente. El TEDH lo hace a menudo. Véase, por ejemplo, el caso *Muñoz Díaz vs. España*,¹³ sobre los efectos civiles del matrimonio gitano y las pensiones de la seguridad social. Es asimismo posible matizar y limitar el alcance de una jurisprudencia a la luz de casos posteriores, como es inherente a toda buena jurisprudencia.

Revocación del precedente. El transcurso del tiempo y el cambio de los contextos culturales son una sólida razón para cambiar de jurisprudencia. Un precedente siempre puede reconsiderarse por distintas razones en virtud de cambios normativos, de evoluciones culturales o tecnológicas. Así ocurrió con el acceso de los transexuales al matrimonio en el caso *Christine Good-*

¹² TEDH. *Hirsi Jamaa y otros vs. Italia*, sentencia (GS) de 23 de febrero de 2012 (Req. núm. 27765/09).

¹³ TEDH. *Muñoz Díaz vs. España*, sentencia de 8 de diciembre de 2009 (Req. núm. 49151/07).

win vs. Reino Unido,¹⁴ donde se produjo un giro de 180 grados en la jurisprudencia y un cambio de criterio.

¿Cómo se hace efectiva esa vinculación? En teoría, mediante los mecanismos dispuestos en el artículo 46 de la Constitución española para la ejecución de sentencias “*binding force and execution of judgments*”, el propio Convenio advierte que la ejecución forzosa es una sanción de la fuerza vinculante. Pero estos instrumentos apenas se usan, como se expondrá después.

En cambio, de forma habitual, el propio TEDH puede ser garante de su doctrina a través de un “segundo amparo europeo” en ejecución de sentencia. El incumplimiento de la jurisprudencia del TEDH¹⁵ podría ser invocado como lesión del derecho al proceso debido por la parte a la que se genere una indefensión. Es algo análogo a lo que con frecuencia acaece ante las jurisdicciones constitucionales.

La secuencia de sentencias derivadas del cumplimiento del caso *Hirst vs. Reino Unido (núm. 2)*,¹⁶ que luego estudiaremos, ilustra que el TEDH puede intentar mantener sus precedentes y doctrina en sentencias posteriores. Ciertamente, el TEDH puede presionar a un legislador nacional perezoso, pero la situación no es nada fácil, si realmente el Estado condenado no quiere cumplir de forma adecuada por resistencias políticas, como ilustra la lentísima y práctica inaplicación del estándar *Hirst* por el Reino Unido. Sobre todo, el Comité de Ministros del Consejo de Europa (CdM) debe hacer efectiva la vinculación a las sentencias del TEDH y velar por la supervisión de la ejecución de las sentencias, como más adelante daremos cumplida muestra.

No obstante, finalmente pero no en importancia, la mayoría de los Estados parte cumplen voluntariamente y en tiempo la inmensa mayoría de las sentencias del TEDH, sin necesidad de sanciones. Este cumplimiento espontáneo del derecho ratifica

¹⁴ TEDH. *Christine Goodwin vs. el Reino Unido*, sentencia de 11 de julio de 2002 (Req. núm. 28957/95).

¹⁵ Véase Ayala Corao, Carlos y Canosa, Raúl, “El incumplimiento de las sentencias internacionales: problemas políticos y jurídicos”, en García Roca, Javier y Carmona Cuenca, Encarna (eds.), *op. cit.*, pp. 269-312.

¹⁶ TEDH. *Hirst vs. Reino Unido (núm. 2)*, *cit.*

la conciencia de su vinculación por parte de sus principales destinatarios. Hasta aquí las elaboraciones de García Roca y Nogueira.

4. MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL Y DEFERENCIA DIPLOMÁTICA¹⁷

La intensa eficacia general y *erga omnes* de la cosa interpretada, el valor de precedente y la interpretación vinculante que se predica de las sentencias del TEDH, que acabamos de exponer, se ve amortiguada o contrapesada por la doctrina europea del margen de apreciación nacional, con el fin de alcanzar un razonable equilibrio. La idea del margen permite al TEDH practicar una diplomática deferencia con las autoridades internas, restringiendo el enjuiciamiento europeo y el habitual alcance del principio de proporcionalidad ante ciertos casos especialmente sensibles a las opiniones públicas nacionales, o en cuestiones muy complejas y delicadas, cuando no exista todavía un consenso europeo, un *common-background*: una base normativa o regulación suficientemente compartida. Cabe pensar igualmente en un margen en el cumplimiento diferenciado de las sentencias europeas, de forma diversa en cada ordenamiento, allí donde los estándares europeos dejen un espacio de maniobra o discrecionalidad estatal en su desarrollo como frecuentemente ocurre.

El margen de apreciación nacional es un criterio frecuente de decisión en Estrasburgo, pero produce inseguridad jurídica, pues permite una gran discrecionalidad. Desde una perspectiva científica no es una verdadera “doctrina”, no existen unos estándares generales que garanticen la previsibilidad de las decisiones, según concluye García Roca y los estudios que en su monografía se citan. No vale como una advertencia a los Estados, para que sepan a qué atenerse respecto del grado de discrecionalidad del que gozan en sus decisiones. Es un criterio de decisión flexible y pragmático: la justicia del pretor internacional.

¹⁷ En este apartado recordamos las ideas de García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas-Thomson Reuters, 2010.

Pero si no nos desentendemos de un imprescindible realismo en materia de garantías, muy necesario en una jurisdicción internacional fundada en el consentimiento de los Estados —siempre frágil y delicado—, la herramienta del margen parece necesaria en el actual estadio de la integración europea. Se funda en un razonable entendimiento del principio de subsidiariedad que comporta el mantenimiento de cierta autonomía en cada comunidad. El Convenio no es una declaración de derechos de un Estado federal, sino una garantía internacional de mínimos. Desde esta perspectiva pluralista, su empleo está a veces provisto de equidad, satisface una justicia del caso y permite mantener unidos en el Sistema Europeo a Estados muy diferentes a la hora de decantar estándares comunes y darles cumplimiento. Auspicia su uso el fuerte pluralismo —político, cultural, religioso, lingüístico— de los pueblos que integran Europa, que no parece exista con una magnitud análoga en Iberoamérica. En casos sensibles y difíciles, el margen permite una diplomática prudencia, típica de cualquier *iuris prudentia* y con mayor razón si es internacional. Sin embargo, en otras ocasiones, de verdaderas malas prácticas, produce la sensación de echar balones fuera del campo y limitar innecesariamente el juego garantista de la jurisdicción europea. La efectividad de los derechos individuales y de los grupos debería prevalecer sobre el margen.

Tal vez hay que buscar la respuesta no en abstracto, sino en cada caso concreto. El margen es una herramienta dotada de una acusada dependencia del contexto y los europeos no hemos superado aún ese estadio ni tiene visos de hacerse pronto. Supone una ponderación realista y prudente de ingredientes de difícil compatibilidad y de cuasi imposible definición. Entre ellos, la naturaleza de cada derecho, pues no cabe en derechos absolutos y en un círculo interno de derechos difícilmente restringibles. La gravedad de la lesión que la víctima aduce. Las circunstancias políticas e históricas de la conformación estatal de cada país y las sensibilidades nacionales que de ellas derivan e influyen en ciertas regulaciones. El grado de asentamiento de la democracia representativa y el Estado de derecho. Sobre todo, la ausencia del sólido fundamento que entraña el consenso europeo que permite adoptar una base normativa común y, por el contrario, cuya ausencia obliga a mantener diferencias en las regulaciones internas

de una cincuentena de Estados harto diferentes, por más que esas diferencias puedan percibirse como transitorias y a veces desaparezcan con el tiempo.

Esta acusada dependencia del caso podría venir menguada en la medida en que el amparo europeo continúe objetivándose, atienda prevalentemente a las deficiencias estructurales, y todo ello le permita cumplir una verdadera función armonizadora por vía interpretativa de los derechos convencionales. Pero, por otra parte, lo que sea el contenido de un derecho no puede juzgarse en abstracto, omitiendo los marcos culturales y económicos que lo circundan. Sin embargo, la doctrina científica debería contribuir a resolver el problema, desagregando analíticamente los ingredientes del margen, sostiene García Roca, para sugerir recomendaciones que permitan disciplinar su aplicación, proponiendo convenciones que la jurisprudencia europea acabe por asumir. Se trata de desbrozar en qué ocasiones y derechos el TEDH debe contenerse y practicar la deferencia respecto de las autoridades domésticas y en cuáles, por el contrario, debe armonizar un entendimiento común del derecho. Pero no es nada sencillo hacerlo de forma apriorística en vez de caso a caso.

Hemos creado lentamente un creciente “espacio convencional europeo de decisión” sobre derechos y de garantía colectiva de los mismos. Aunque no abarque todos los derechos que las tradiciones constitucionales recogen, pues los derechos sociales siguen siendo una grave laguna, y ni siquiera agote todos los contenidos de los derechos garantizados, que quedan para las regulaciones estatales. Pero ya existe una teoría europea de los derechos fundamentales y un nuevo derecho común. Mas no debe ser un derecho único, como tampoco lo fue nunca el derecho común medieval creado en las universidades italianas. La situación debe comprenderse desde la idea de pluralismo constitucional. El margen de apreciación nacional puede verse como un límite a la constante y progresiva expansión del Convenio Europeo y a la expansiva eficacia de las sentencias y exégesis del TEDH.

Un límite sometido, a su vez, a otros no menos razonables “límites a los límites”. El margen debería ser mínimo y necesitado de una motivación expresa y reforzada. Su aplicación debe estar centrada en algunos derechos que no posean carácter absoluto

y se encuentren ubicados en un círculo externo como reconoce el TEDH. La aplicación del margen debería venir fundada en las distintas realidades sociales, algo consustancial a la que es una protección internacional y, por ello, subsidiaria de la nacional. Pero no en obstáculos fácticos, henchidos del nacionalismo de algunos Estados que redunden en obstáculos al cumplimiento de los estándares comunes e inadmisibles violaciones de derechos de las personas. El Tribunal Europeo se legitima en la salvaguardia de los derechos de cada justiciable. El margen no puede comprenderse como una patente de corso para excluir a los Estados soberanos de todo control jurisdiccional en sus excesos, cual si fuera una inmunidad jurisdiccional. Los nacionalismos impiden o dificultan construir Europa y la protección internacional de los derechos. Empero, el margen debe aplicarse en cuestiones políticamente muy sensibles para las respectivas comunidades nacionales y aún no cubiertas por el consenso europeo. La intensidad del enjuiciamiento podrá entonces modularse con prudencia diplomática, para no crear más problemas que los que se puedan arreglar. Es entonces, pero solo entonces, una buena práctica.

Mas —como veremos— la tutela de los derechos humanos no es ya un huerto cerrado en manos de la soberanía estatal en el sistema del Convenio; los avances jurisprudenciales en materia de *restitutio in integrum* hacen que tienda a menguar el alcance del margen.

Estas consideraciones sobre el margen y la integración europea a través de derechos pueden resultar acrecentadas como consecuencia de la intersección entre el ordenamiento que emana del CEDH y el ordenamiento de la Unión Europea, tras dotarse a CDFUE, aprobada en Niza, del valor jurídico de los tratados en la reforma de Lisboa. Unas circunstancias que sientan pasarelas entre ambos ordenamientos. La primacía del derecho comunitario deberá provocar, antes o después, que las lógicas de la subsidiariedad y del margen, sin desaparecer, vengán progresivamente aminoradas en provecho de la integración europea a través de derechos en el ámbito de ambas organizaciones. Pero, por el momento, el Tribunal de Justicia ha detenido el proceso de adhesión de la Unión al Convenio y ha puesto las cosas muy difíciles.

5. MEDIDAS DE REPARACIÓN¹⁸

El cumplimiento —y acatamiento— de las sentencias del TEDH debe hacerse de buena fe, y el Estado condenado no puede aducir cuestiones de orden interno para dejar de cumplirlas, según recuerdan Saavedra, Cano y Hernández. Una vez establecida la responsabilidad internacional de un Estado, consecuencia de la violación de una norma internacional, surge el deber de reparar el daño causado. Una de las principales diferencias entre el TEDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) radica en las medidas de reparación que suelen imponer, mucho más amplias y pormenorizadas en Iberoamérica, pese a que ciertas intersecciones comienzan a producirse. El Sistema Europeo se funda en la confianza en los Estados para el cumplimiento, por contrapartida, es mayor el grado de desconfianza y correlativo activismo de la Corte Interamericana para asegurar el cumplimiento de sus decisiones.

Desde esta perspectiva, ambos sistemas de protección han diseñado mecanismos diferentes para la supervisión del cumplimiento de sus sentencias. Mientras que en el Sistema Europeo dicha función se ejerce por un órgano político como es el CdM, en el Sistema Interamericano asume esa función la propia Corte Interamericana, siguiendo un modelo jurisdiccional. No obstante, ambos modelos, muy diversos en el diseño inicial, tienden igualmente hoy a encontrarse y puede concluirse que se están aproximando. Una importante conclusión del estudio que reseñamos.

El Sistema Europeo ha transitado desde dictarse primero unas originarias “sentencias de comprobación” a imponerse tan solo una “satisfacción equitativa”, hasta llegar finalmente a sen-

¹⁸ En este apartado, seguimos las elaboraciones de Saavedra Alessandri, Pablo, Cano Palomares, Guillen y Hernández Ramos, Mario, “Reparación y supervisión de sentencias”, en García Roca, Javier y Carmona Cuenca, Encarna (eds.), *op. cit.*, pp. 211-268. Un trabajo empírico que entraña un serio esfuerzo por sistematizar y divulgar las buenas prácticas en esta materia seguidas por el TEDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en unas cuestiones hasta ahora muy insuficientemente estudiadas por la doctrina científica. Conviene subrayar la originalidad de la investigación.

tencias “de plena jurisdicción”. Una clara evolución en la interpretación del artículo 41 del CEDH. Pero la naturaleza originariamente declarativa de las sentencias europeas tiene reflejo en el procedimiento de supervisión de la ejecución, que recae en un órgano político como es el CdM.

La obligación de ejecutar las sentencias deriva de la responsabilidad que los Estados parte tienen al no cumplir con las obligaciones que impone el artículo 1 del CEDH: asegurar a todas las personas bajo su jurisdicción el disfrute de los derechos reconocidos. Si un Estado es condenado, debe reparar el daño causado a la víctima, terminar con la violación y evitar que se repita. La satisfacción de estas obligaciones puede ser impuesta por el TEDH de diferentes maneras que los autores que seguimos analizan por separado.

La compensación, indemnización o satisfacción equitativa. Las sentencias estimatorias, en la mayoría de los casos, establecen la obligación del Estado de pagar al demandante una “satisfacción equitativa” en concepto de daños materiales y morales (art. 41 CEDH). El daño material cubre tanto el daño emergente como el lucro cesante, pero el demandante debe probar la existencia de un vínculo causal y cuantificar el daño. El daño moral repara los sufrimientos ocasionados y se fija siguiendo criterios de equidad.

Es manifiesto que la satisfacción equitativa fue concebida en el Convenio como algo subsidiario, según refleja claramente el tenor literal del artículo 41 del CEDH, “si el derecho interno de la Alta Parte Contratante *solo permite de manera imperfecta* reparar las consecuencias de dicha violación” (cursivas añadidas). Sin embargo, la práctica del TEDH, durante muchísimos años, consistió en limitarse a hacer de esta casi la única reparación. Si bien el Tribunal se reservó la posibilidad de considerar que la sentencia declaratoria es en sí misma una satisfacción equitativa y no procede conceder una reparación pecuniaria.

El pago de la satisfacción equitativa es la reparación menos problemática¹⁹ —recuerdan Saavedra, Cano y Hernández— aun-

¹⁹ Informe CDDH, de 11 de diciembre de 2015, sobre el futuro a largo plazo del sistema del CEDH, párr. 151.

que puede que no sea la más efectiva y a veces salga barato a algunos Estados pagar y continuar violando ciertos derechos.

Los problemas más frecuentes han sido recogidos en un documento del CdM de 2008:²⁰ la determinación del beneficiario, el lugar, la forma, la divisa, el plazo, los intereses de demora, la posibilidad del embargo y el pago de impuestos sobre la cantidad concedida. Recientemente, el CdM ha admitido la posibilidad de compensar esta satisfacción con deudas preexistentes en el caso *Del Río Prada vs. España* de 2013,²¹ donde se compensó la indemnización con la deuda que la demandante, condenada por terrorismo, había contraído por la responsabilidad civil derivada de sus delitos y de la que el Estado era responsable.

El pago debe hacerse en el plazo de tres meses desde que la sentencia adquiere firmeza. Las últimas estadísticas del CdM de 2015 revelan que es mayoritario, el impago es la excepción, concluyen los autores. El pago se produce en 78 % de los casos: 956 en un total de 1231. Aunque el número de casos respecto de los cuales los Estados no habían remitido todavía información era de 990. Una cifra oculta que aminora esta conclusión. El pago puede verse obstaculizado por motivos políticos en conflictos especialmente sensibles a las opiniones públicas. Los casos se conocen como “*pockets of resistance*”. Sirva como evidencia el caso interestatal *Chipre vs. Turquía*.²² Turquía no ha pagado 90 millones de euros a Chipre por concepto de daños morales por las desapariciones de greco-chipriotas a raíz del conflicto armado de Chipre del Norte, y por las condiciones de vida de los greco-chipriotas en la región de Karpas, que debía repartirse entre las víctimas.²³ Otro ejemplo es el caso *Catan y otros vs. Moldavia y Rusia*,²⁴

²⁰ Comité de Ministros (CdM), *Monitoring of the payment of sums awarded by way of just satisfaction: an overview of the Committee of Ministers' present practice*, CM/Inf/DH(2008)7 final

²¹ TEDH. *Del Río Prada vs. España*, sentencia (GS) de 21 de octubre de 2013 (Req. núm. 42750/09).

²² TEDH. *Chipre vs. Turquía*, sentencia (GS) de 12 de mayo de 2014 (Req. núm. 25781/94).

²³ Decisiones del CdM de junio y septiembre de 2015.

²⁴ TEDH. *Catan y otros vs. Moldavia y Rusia*, sentencia (GS) de 19 de octubre de 2012 (Reqs. núms. 43370/04, 8252/05 y 18454/06).

sobre el cierre de escuelas que utilizaban el alfabeto latino en la región del Transniéster, controlada por Rusia. El CdM ya ha adoptado dos resoluciones interinas recordando el carácter incondicional de la obligación del Estado de pagar la satisfacción equitativa.

Medidas individuales de reparación. La jurisprudencia del propio TEDH (caso *Scozzari y Giunta vs. Italia*)²⁵ y la práctica del CdM reconocen que una sentencia condenatoria genera a los Estados la obligación de adoptar medidas de reparación de distinta naturaleza (art. 46.1 CEDH). Saavedra, Cano y Hernández las sistematizan y estudian. Primero, las “medidas individuales” que sean necesarias para que la violación cese y reparar todas las consecuencias dañinas: la llamada “*restitutio in integrum*”. Una técnica que igualmente existe en las sentencias constitucionales de amparo y tiene allí origen en la jurisdicción contencioso administrativa. Segundo, la obligación de adoptar “medidas generales”, para prevenir que una violación similar vuelva a darse y poner fin a las lesiones continuas. Ambas suelen indicarse en la fundamentación de las sentencias o, de manera excepcional, en el fallo o parte dispositiva, o bien, son exigidas posteriormente en el marco del procedimiento de supervisión. Curiosamente, la técnica en derecho procesal constitucional es contraria al derecho convencional y las medidas de restablecimiento deben indicarse en el fallo o por remisión a un fundamento jurídico. Una técnica que nos parece más precisa.

Las medidas individuales permiten que cese la violación y sus efectos, y persiguen la reparación integral de los efectos de la violación en la medida de lo posible. El ejemplo típico es la puesta en libertad de personas que se encuentran detenidas de manera ilegal o arbitraria (art. 5 CEDH), o que cumplen una condena contraria a un derecho del Convenio. El propio TEDH puede exigir la obligación de poner en libertad al demandante (caso *Assanidzé vs. Georgia*; caso *Ilaşcu y otros vs. Moldavia y Rusia*; caso *Fatullayev vs. Azerbaijan*; caso *Del Río Prada vs. España*).²⁶ Algu-

²⁵ TEDH. *Scozzari y Giunta vs. Italia*, sentencia de 13 de julio de 2000 (Reqs. núms. 39221/98 y 41963/98), párr. 249.

²⁶ TEDH. *Assanidzé vs. Georgia*, sentencia de 8 de abril de 2004 (Req. núm. 71503/01); *Ilaşcu y otros vs. Moldavia y Rusia*, sentencia de 8 de julio de

nos Estados han cumplido de manera escrupulosa esta obligación y en un plazo muy corto: al día siguiente de la publicación de las sentencias de los casos *Assanidzé* y *Del Río Prada*. Otros lo han hecho de manera más tardía: casi un año en *Fatullayev* y casi tres años en *Ilaşcu*, lo que desencadenó varias advertencias por parte del CdM en forma de resoluciones provisionales, y hasta una nueva sentencia condenatoria contra Rusia. Pero es evidente que la lógica de la medida de reparación y la naturaleza irreparable del derecho de libertad personal demandan su inmediatez para que sea realmente efectiva. Cualquier dilación es gravísima y los Estados deben advertir esto.

Una segunda muestra de otra herramienta al servicio de la *restitutio in integrum* es la reapertura de los procedimientos judiciales. El CdM, en su Recomendación R (2000) 2, de 19 de enero de 2000, invitó a los Estados miembros a introducir mecanismos para el reexamen o reapertura de procedimientos judiciales: cuando existan consecuencias negativas que no puedan ser reparadas mediante una compensación sustitutoria; si la sentencia del TEDH concluye que la decisión interna fue contraria al CEDH en cuanto al fondo, o reconoce una violación de garantías procesales de tal gravedad que se pone en cuestión el mismo resultado del proceso. La recomendación va dirigida principalmente a los procesos penales, pero otros tipos de procesos —civiles, administrativos, sociales— no quedan excluidos. El CdM no recomienda la reapertura automática y de oficio del proceso, sino que —de forma matizada— reconoce el derecho de la víctima a solicitar la reapertura del proceso. Una ponderación del órgano judicial interno, contemplando los derechos de terceros, se hace precisa y así se ha advertido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español con razones que estimamos tienen validez universal.

El TEDH ha reconocido que aunque no existe un consenso entre los Estados en cuanto a las modalidades de reapertura, en particular respecto de los procesos civiles, esta recomendación constituye el camino a seguir, y es “la medida más eficaz, si no la

2004 (Req. núm. 48787/99); *Fatullayev vs. Azerbaijan*, sentencia de 22 de abril de 2010 (Req. núm. 40984/07), y *Del Río Prada vs. España*, cit.

única, para lograr la *restitutio in integrum*”.²⁷ El TEDH a veces incluye un mandato de reapertura del procedimiento a instancias de la víctima en la fundamentación de sentencias que declaran la violación del artículo 6 del CEDH. Pero no en el fallo, salvo contadas excepciones.²⁸ Se conoce como “*cláusula Gençel/Öcalan*”, ya que fue utilizada por primera vez en las sentencias de dichos casos.²⁹

Igualmente, el CdM permite que el demandante solicite la reapertura en fase de supervisión. En ocasiones, el Comité se ha contentado con constatar la existencia de un mecanismo para la reapertura, dando la supervisión por cerrada sin esperar a conocer el resultado (*VGT vs. Suiza núm. 2*),³⁰ o al menos a que los demandantes la hubieran solicitado (*Agnelet vs. Francia*).³¹ En otros supuestos, espera hasta que las autoridades judiciales se hayan pronunciado sobre el fondo, bien ordenando la reapertura o un nuevo proceso,³² bien rechazando la posibilidad.³³

El Comité puede exigir la cancelación de los antecedentes penales, especialmente cuando la violación no es de tipo procesal sino sustantiva. Así ocurrió en una condena que atentaba contra la libertad de expresión (*Incal vs. Turquía y Gözel y Özer vs. Turquía*).³⁴

²⁷ TEDH. *Bochan vs. Ucrania (núm. 2)*, sentencia de 5 de febrero de 2015 (Req. núm. 22251/08), párr. 58.

²⁸ TEDH. *Claes vs. Bélgica*, sentencia de 10 de enero de 2013 (Req. núm. 43418/09).

²⁹ TEDH. *Gençel vs. Turquía*, sentencia de 23 de octubre de 2003 (Req. núm. 53431/99), y *Öcalan vs. Turquía*, sentencia de 12 de mayo de 2005 (Req. núm. 46221/99).

³⁰ TEDH. *VGT vs. Suiza (núm. 2)*, sentencia (GS) de 30 de junio de 2009 (Req. núm. 32772/02).

³¹ TEDH. *Agnelet vs. Francia*, sentencia de 10 de enero de 2013 (Req. núm. 61198/08).

³² CdM. Resolución final en el Caso *El Haski vs. Bélgica*, de 25 de septiembre de 2012.

³³ CdM. Resolución final en el caso *Öcalan vs. Turquía*, de 2007.

³⁴ TEDH. *Incal vs. Turquía*, sentencia de 9 de junio de 1998 (41/1997/825/1031), y *Gözel y Özer vs. Turquía*, sentencia de 6 de julio de 2010 (Req. núms. 43453/04 y 31098/05). Asimismo, CdM. Decisión de 5 de junio de 2014.

Otro tipo de medida consiste en exigir nuevas investigaciones en casos de violaciones procesales del derecho a la vida o de malos tratos contrarios al Convenio (arts. 2 y 3 CEDH), si no hubo una investigación suficiente, independiente y efectiva. En los últimos años puede apreciarse un mayor activismo, sobre todo en casos de graves violaciones del derecho a la vida. Existen ejemplos en desapariciones y bombardeos de civiles en Rusia y Turquía: los casos *Abuyeva y otros vs. Rusia*, *Abakarova vs. Rusia*, *Aslakhanova y otros vs. Rusia*, y *Benzer y otros vs. Turquía*.³⁵ También para identificar y perseguir a los responsables de un bombardeo con víctimas civiles: caso *Benzer vs. Turquía*.³⁶ La reparación no incluye que la nueva investigación concluya con la condena de una persona, ya que se trata de una obligación de medios y no de resultado.³⁷

Los órganos de Estrasburgo han sugerido en ocasiones el establecimiento de mecanismos alternativos a los judiciales para el establecimiento de la verdad, como pueden ser comisiones parlamentarias de investigación o el reconocimiento público de responsabilidad y la petición de disculpas por parte del Estado (*Benzer y otros vs. Turquía* o *Abakarova vs. Rusia*).³⁸

En relación con las sentencias que declaran la violación del artículo 3 o del artículo 8 del CEDH por el riesgo de expulsión o la situación irregular de un ciudadano extranjero, el TEDH suele exigir el levantamiento de la orden de expulsión (caso *Saadi vs. Italia*),³⁹ o la concesión de un permiso de residencia temporal

³⁵ TEDH. *Abuyeva y otros vs. Rusia*, sentencia de 2 de diciembre de 2010 (Req. núm. 27065/05); *Abakarova vs. Rusia*, sentencia de 15 de octubre de 2015 (Req. núm. 16664/07); *Aslakhanova y otros vs. Rusia*, sentencia de 18 de diciembre de 2012 (Reqs. núms. 2944/06 and 8300/07, 50184/07, 332/08, 42509/10), y *Benzer y otros vs. Turquía*, sentencia de 12 de noviembre de 2013 (Req. núm. 23502/06).

³⁶ TEDH. *Benzer y otros vs. Turquía*, cit.

³⁷ CdM. Resolución final en el caso *Shchukin vs. Chipre*, de 2014 y *Finucane vs. Reino Unido*.

³⁸ TEDH. *Benzer y otros vs. Turquía*, cit., con ejecución pendiente ante el CdM, y *Abakarova vs. Rusia*, cit., párr. 112.

³⁹ TEDH. *Saadi vs. Italia*, sentencia (GS) de 28 de febrero de 2008 (Req. núm. 37201/06).

(caso *Jeunesse vs. Países Bajos*).⁴⁰ En el caso *A.C. y otros vs. España* — sujeto en la actualidad a supervisión reforzada—, el Tribunal ordenó que los saharauis solicitantes de asilo permanecieran en el país hasta que sus demandas fueran examinadas por los órganos judiciales, sin que pudieran ser expulsados durante el procedimiento.⁴¹

Finalmente, entre otras muchas medidas individuales, Saavedra, Cano y Hernández mencionan las siguientes. La obligación de acelerar un procedimiento judicial en caso de dilaciones indebidas y tras la declaración de violación del artículo 6 del CEDH o de las obligaciones procesales derivadas del artículo 2 del CEDH (caso *McCaughey y otros vs. Reino Unido*).⁴² El restablecimiento de contactos entre familiares en casos de ruptura de la vida familiar en vulneración del artículo 8 del CEDH (caso *Amanalchioai vs. Rumanía*; *sensu contrario* caso *K.A.B. vs. España*, por las dificultades del restablecimiento del contacto padre-hijo debido al paso del tiempo).⁴³ La mejora de las condiciones de detención de un recluso o la garantía de un tratamiento médico adecuado (caso *Amirov vs. Rusia*).⁴⁴ La restitución de una propiedad tras una expropiación ilegal (caso *Papamichalopoulos y otros vs. Grecia* o caso *Brumarescu vs. Rumanía*; *a contrario* en caso de expropiaciones legales, caso *Ex Rey de Grecia y otros vs. Grecia*).⁴⁵ La reincorporación con efectos retroactivos de una funcionaria cuyo cese fue declarado contrario a la libertad de expresión (caso *Vogt*

⁴⁰ TEDH. *Jeunesse vs. Países Bajos*, sentencia (GS) de 3 de octubre de 2014 (Req. núm. 12738/10).

⁴¹ TEDH. *A.C. y otros vs. España*, sentencia de 22 de abril de 2014 (Req. núm. 6528/11).

⁴² TEDH. *McCaughey y otros vs. Reino Unido*, sentencia de 16 de octubre de 2013 (Req. núm. 43098/09).

⁴³ TEDH. *Amanalchioai vs. Rumanía*, sentencia de 26 de mayo de 2009 (Req. núm. 4023/04), y *K.A.B. Vs. España*, sentencia de 10 de abril de 2012 (Req. núm. 59819/08).

⁴⁴ TEDH. *Amirov vs. Rusia*, sentencia de 27 de noviembre de 2014 (Req. núm. 51857/13).

⁴⁵ TEDH. *Papamichalopoulos y otros vs. Grecia*, sentencia de 31 de octubre de 1995 (Req. núm. 14556/89); TEDH. *Brumarescu vs. Rumanía*, sentencia de 23 de enero de 2001 (Req. núm. 28342/95), y *Ex Rey de Grecia y otros vs. Grecia*, sentencia de 23 de noviembre de 2000 (Req. núm. 25701/94),

vs. *Alemania*).⁴⁶ La reintegración de un juez del Tribunal Supremo cuyo despido disciplinario fue estimado lesivo de los artículos 6 y 8 del CEDH (caso *Oleksandr Volkov vs. Ucrania*).⁴⁷ El cese de la contaminación acústica que lesionaba la vida privada y familiar del demandante en su domicilio (caso *Martínez Martínez vs. España*).⁴⁸

En resumen, el escenario de las reparaciones ha evolucionado en el TEDH y el actual elenco de medidas que pueden adoptarse según los supuestos es amplio y variado. Acaso no sean ya tan distintas de las adoptadas por la Corte Interamericana, muy imaginativa en este tema, aunque desde luego no sean tan frecuentes, numerosas ni intensas. El TEDH tiende a ser más prudente y menos activista. La original conclusión que se extrae del trabajo de Saavedra, Cano y Hernández nos parece que no será tan conocida por quienes no se encuentren plenamente familiarizados con la jurisprudencia europea e interamericana.

Medidas generales: garantías de no repetición. Tienen como finalidad prevenir violaciones similares y poner fin a violaciones continuas del Convenio. Por su naturaleza “preventiva” pueden catalogarse como garantías de no repetición. Su importancia es capital para la eficacia del sistema, ya que, respondiendo a la lógica del principio de subsidiariedad, dan ocasión a las autoridades nacionales para impedir o reparar lesiones de derechos y, al mismo tiempo, son un medio efectivo para reducir la carga de trabajo del TEDH. Los autores que reseñamos sistematizan de nuevo una tipología de medidas.

Publicación y difusión de la sentencia. Es la medida más sencilla. Suele incluirse en todos los informes de ejecución la publicación y difusión de la sentencia condenatoria en boletines oficiales o sitios web, mediante una traducción a la lengua oficial del Estado condenado.

⁴⁶ TEDH. *Vogt vs. Alemania*, sentencia (GS) de 2 de septiembre de 1996 (Req. núm. 17851/91).

⁴⁷ TEDH. *Oleksandr Volkov vs. Ucrania*, sentencia de 9 de enero de 2013 (Req. núm. 21722/11).

⁴⁸ TEDH. *Martínez Martínez vs. España*, sentencia de 18 de octubre de 2011 (Req. núm. 21532/08), pendiente de ejecución ante el CdM.

El efecto directo de la jurisprudencia europea. La jurisprudencia del TEDH es de aplicación directa y obliga a una interpretación conforme del derecho interno con los estándares convencionales, así como a la inaplicación de las leyes y las doctrinas jurisprudenciales que los contravengan. Este efecto directo ha sido incluso citado para prevenir nuevas violaciones en la supervisión de varias sentencias: resoluciones finales e informes de ejecución en los casos *Gatt vs. Malta*; *Castells vs. España*, y *Del Río Prada vs. España*,⁴⁹ respecto de los efectos *erga omnes* de la sentencia para todos los condenados afectados por la doctrina *Parot*.

Reformas constitucionales. Cuando la violación del CEDH tiene su origen directo en una norma de rango constitucional, la ejecución de la sentencia reclama reformas constitucionales. Un buen ejemplo es el caso *Sejdić y Finci vs. Bosnia Herzegovina*.⁵⁰ La violación del derecho de sufragio pasivo era consecuencia de una norma constitucional que prohibía presentarse a las elecciones a los bosnios de origen judío o romaní. Sin embargo, su supervisión sigue pendiente, y el CdM ya ha adoptado tres resoluciones instando a reformar la Constitución. De hecho, las siguientes elecciones de 2014 se celebraron bajo las mismas normas. En una nueva sentencia, caso *Zornić vs. Bosnia* de 2014, el Tribunal volvió constatar el incumplimiento del estándar *Sejdić y Finci*, circunstancia que agrava la responsabilidad del Estado y pidió que se encontrasen soluciones sin más dilaciones.⁵¹

Por el contrario, un ejemplo de reforma constitucional sobrevenida tras una sentencia del TEDH fue el caso *Open Door and Dublin Well Woman vs. Irlanda*.⁵² Tras constatarse una violación del artículo 10 del CEDH, al restringirse la libertad de dar información a mujeres embarazadas sobre las posibilidades de abortar

⁴⁹ TEDH. *Gatt vs. Malta*, sentencia de 27 de julio de 2010 (Req. núm. 28221/08); *Castells vs. España*, sentencia de 23 de abril de 1992 (Req. núm. 11798/85), y *Del Río Prada vs. España*, *cit.*

⁵⁰ TEDH. *Sejdić y Finci vs. Bosnia Herzegovina*, sentencia de 22 de diciembre de 2009 (Reqs. núms. 27996/06 y 34836/06).

⁵¹ TEDH. *Zornić vs. Bosnia*, sentencia de 15 de julio de 2014 (Req. núm. 3681/06).

⁵² TEDH. *Open Door and Dublin Well Woman vs. Irlanda*, sentencia de 29 de octubre de 1992 (Req. núm. 14234/88; 14235/88).

en el extranjero, se celebró un referéndum en el que se aprobó una reforma del artículo 40 de la Constitución. La enmienda constitucional reconoció la libertad de emitir o recibir información en estas cuestiones.

Reformas legislativas. Cuando la violación tiene su causa en una legislación contraria al CEDH, la ejecución puede exigir una modificación legislativa. A veces el propio TEDH ha indicado la necesidad de reformar una concreta ley con fundamento en el artículo 46 del CEDH (caso *Gözel y Özer vs. Turquía*).⁵³ Existen múltiples ejemplos que Saavedra, Cano y Hernández sistematizan: la despenalización de la homosexualidad (caso *Norris vs. Irlanda*);⁵⁴ la prohibición de discriminación de los hijos nacidos fuera del matrimonio en materia de derecho de familia y sucesiones (caso *Marckx vs. Bélgica* y caso *Vermeire vs. Bélgica*);⁵⁵ la no discriminación de parejas homosexuales en materia de adopción (caso *X y otros vs. Austria*);⁵⁶ una legislación para hacer efectivo el derecho al aborto terapéutico en caso de grave riesgo para la vida de la mujer (caso *A, B. y C. vs. Irlanda*);⁵⁷ la prohibición de discriminación de homosexuales para acogerse a la protección jurídica ofrecida por las uniones civiles (caso *Vallianatos y otros vs. Grecia*),⁵⁸ etcétera.

⁵³ TEDH. *Gözel y Özer vs. Turquía*, cit.

⁵⁴ TEDH. *Norris vs. Irlanda*, sentencia de 26 de octubre de 1988 (Req. núm. 8225/78), y CdM. Resolución final de 1993.

⁵⁵ TEDH. *Marckx vs. Bélgica*, sentencia de 13 de junio de 1979 (Req. núm. 6833/74), y CdM. Resolución final de 1988 tras una modificación del Código Civil de 1987. Asimismo, *Vermeire vs. Bélgica*, sentencia de 29 de noviembre de 1991 (Req. núm. 12849/87), y CdM. Resolución final de 1994.

⁵⁶ TEDH. *X y otros vs. Austria*, sentencia (GS) de 19 de febrero de 2013 (Req. núm. 19010/07), y CdM. Resolución final de 2014 tras la reforma del Código Civil y de la Ley de uniones civiles.

⁵⁷ TEDH. *A, B. y C. vs. Irlanda*, sentencia (GS) de 16 de diciembre de 2010 (Req. núm. 25579/05), y CdM. Resolución final de 2014, tras la entrada en vigor del *Protection of Life During Pregnancy Act*, y las modificaciones del Código Penal.

⁵⁸ TEDH. *Vallianatos y otros vs. Grecia*, sentencia (GS) de 7 de noviembre de 2013 (Reqs. núms. 29381/09 y 32684/09), que se encuentra en fase de supervisión, aunque el Parlamento griego ya aprobó una ley a finales de 2015.

Algunas modificaciones legislativas tienen como finalidad no solo prevenir nuevas violaciones, sino además reparar las violaciones consumadas en el pasado. Una curiosa eficacia retroactiva que debe ser subrayada. Así, la ley sobre el servicio alternativo aprobada en 2013 en Armenia, benefició a aquellos procesados o condenados por objeción de conciencia con anterioridad a la sentencia *Bayatyan vs. Armenia*.⁵⁹ La ley prevé la liberación de dichas personas, el fin del procedimiento penal, y la cancelación de los antecedentes.

El ejemplo más claro de prolongado incumplimiento de las sentencias del TEDH con contumacia y por razones políticas —es jurídicamente incomprensible y solo se entiende desde el revivir del nacionalismo y el populismo— es el caso *Hirst vs. Reino Unido*, sobre la privación del derecho de sufragio activo a los condenados. Un caso de manifiesto y frontal incumplimiento del Convenio.⁶⁰ A pesar de la aprobación por el TEDH de una sentencia piloto tras la inejecución de *Hirst*, el caso *Greens y M.T. vs. Reino Unido* de 2010,⁶¹ que daba un plazo al Reino Unido para presentar un proyecto de ley, y de una serie de resoluciones interinas del CdM, el Reino Unido sigue todavía sin adoptar las reformas legislativas necesarias para cumplir con esta sentencia. En nuestra investigación colectiva, García Roca, dalla Vía y García Vitoria han analizado conjuntamente la saga *Hirst* y sus graves consecuencias, que hacen de ella una suerte de *Brexit* antes del *Brexit*.⁶² Es muy significativo el impacto de esta doctrina *Hirst* en órganos judiciales de Iberoamérica y en otras regiones en un trabajo en red.

Modificaciones de la jurisprudencia. Cuando la violación del CEDH tiene su origen en una doctrina jurisprudencial, se hace necesaria su modificación como medida de reparación y garantía

⁵⁹ TEDH. *Bayatyan vs. Armenia*, sentencia (GS) de 7 de julio de 2011 (Req. núm. 23459/03), y CdM. Resolución final de 2014.

⁶⁰ TEDH. *Hirst vs. Reino Unido*, *cit.*

⁶¹ TEDH. *Greens y M.T. vs. Reino Unido*, sentencia de 23 de noviembre de 2010 (Reqs. núms. 60041/08 y 60054/08).

⁶² García Roca, Javier, dalla Vía, Alberto y García Vitoria, Ignacio, “El controvertido derecho al voto de los presos y los serios obstáculos a su desarrollo”, en García Roca, Javier y Carmona Cuenca, Encarna (eds.), *op. cit.*, pp. 406-449.

de no repetición. Saavedra, Cano y Hernández destacan numerosas muestras: el cambio de jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana sobre el derecho de los niños a conocer sus orígenes biológicos (caso *Godelli vs. Italia*);⁶³ la modificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobre el cómputo de redenciones de pena para los condenados a penas múltiples, la célebre “doctrina Parot” (caso *Del Río Prada vs. España*);⁶⁴ la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán de 2011 sobre la inconstitucionalidad de ciertas disposiciones legales sobre detenciones preventivas y de seguridad, imponiendo condiciones más estrictas, para que la detención fuera compatible con el artículo 5 del CEDH (caso *M. y otros vs. Alemania* y caso *S. vs. Alemania*);⁶⁵ la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobre escuchas telefónicas a raíz de la jurisprudencia de Estrasburgo que ha servido para completar las lagunas existentes en la ley (caso *Prado Bugallo vs. España* y caso *Coban vs. España*),⁶⁶ o bien la jurisprudencia de la *Cour de Cassation* (Corte de Casación francesa) sobre el establecimiento de la filiación biológica de niños nacidos por vientre de alquiler en el extranjero en el caso *Menesson vs. Francia*.⁶⁷

Creación de recursos internos, preventivos o sucesivos. La jurisprudencia del TEDH y la praxis del CdM han insistido en la importancia capital de crear recursos efectivos, según dispone el artículo 13 del CEDH, en los ordenamientos internos para reparar las violaciones del Convenio (véase Recomendación CM (2004) 6). La naturaleza de estos recursos depende del tipo de violación,

⁶³ TEDH. *Godelli vs. Italia*, sentencia de 25 de septiembre de 2012 (Req. núm. 33783/09), y CdM. Resolución final de 2015 e Informe de ejecución.

⁶⁴ TEDH. *Del Río Prada vs. España*, *cit.*

⁶⁵ TEDH. *M. y otros vs. Alemania*, sentencia de 17 de diciembre de 2009 (Req. núm. 19359/04), y CdM. Resolución final de 2014. Asimismo, *S. vs. Alemania*, sentencia de 28 de junio de 2012 (Req. núm. 3300/10).

⁶⁶ TEDH. *Prado Bugallo vs. España*, sentencia de 18 de febrero de 2003 (Req. núm. 58496/00), y CdM. Resolución final de 2008. Asimismo, *Coban vs. España*, decisión de inadmisibilidad de 25 de septiembre de 2006 (Req. núm. 17060/02).

⁶⁷ TEDH. *Menesson vs. Francia*, sentencia de 26 de junio de 2014 (Req. núm. 65192/11), pendiente de supervisión.

pero —como regla general— pueden ser preventivos, destinados a cesar la violación, o sucesivos y compensatorios, para reparar los efectos de una violación ya consumada.

Posibilidad de la repatriación de casos y efectos retroactivos. Con el desarrollo de las sentencias piloto, que conllevan la suspensión de la tramitación de los casos similares, el TEDH puede exigir que estos recursos efectivos sean accesibles con efectos retroactivos a las personas que ya hubieran presentado una demanda en Estrasburgo. Si el Estado crea entonces nuevos recursos, el TEDH puede “repatriar” los casos pendientes en su jurisdicción, enviándolos al nivel nacional, para que sean los tribunales internos los que los resuelvan. Esta es una de las prácticas más interesantes y efectivas que Saavedra, Cano y Hernández narran. Recuerdan el caso *Torreggiani y otros vs. Italia*,⁶⁸ en cuya sentencia el TEDH indicó que el Estado debía crear en un año recursos efectivos para impedir los casos repetitivos de hacinamiento de presos en las cárceles. Dentro de plazo, el Estado condenado creó un recurso preventivo ante un órgano judicial para que se ordenase la mejora de las condiciones de detención o el traslado del preso; y otro recurso compensatorio que permitía reducir un día de la condena por diez días de hacinamiento o, si el preso ya había sido liberado, recibir ocho euros por día de detención. En consecuencia, el TEDH declaró inadmisibles las demandas que estaban en trámite por el no agotamiento de los recursos internos (caso *Stella vs. Italia* y 3500 casos más declarados inadmisibles por juez único).⁶⁹ Obsérvese la originalidad de la técnica.

Un segundo ejemplo se refiere a las dilaciones estructurales indebidas (art. 6 CEDH) en los procedimientos judiciales (grupo casos *Ormanci y otros vs. Turquía* y sentencia piloto caso *Ümmühan Kaplan vs. Turquía*).⁷⁰ Tras la sentencia piloto, Turquía

⁶⁸ TEDH. *Torreggiani y otros vs. Italia*, sentencia de 8 de enero de 2013 (Reqs. núms. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 y 37818/10).

⁶⁹ TEDH. *Stella vs. Italia*, decisión de inadmisibilidad de 16 de septiembre de 2014 (Req. núm. 49169/09).

⁷⁰ TEDH. *Ormanci y otros vs. Turquía*, sentencia de 21 de diciembre de 2004 (Req. núm. 43647/98), y *Ümmühan Kaplan vs. Turquía*, sentencia (piloto) de 20 de marzo de 2012 (Req. núm. 24240/07).

creó recursos efectivos dentro del plazo que se le concedió. Un recurso compensatorio ante una Comisión, con posibilidad de acceso posterior ante la justicia, a la que pueden acudir los justiciables que ya habían introducido una demanda en Estrasburgo. Tanto el TEDH como más tarde el CdM en su resolución final de 2014 aceptaron la eficacia de este sistema, dando lugar a la inadmisibilidad y repatriación nacional de muchos casos pendientes (nada menos que 3800 casos similares al dictarse la sentencia *Ümmühan Kaplan*, en 2012).

Insistiremos en que este mecanismo de la repatriación y la creación de recursos nacionales efectivos se antoja muy eficaz e interesante por la prontitud en las reparaciones que ofrece, y el fuerte alivio en el *stock* acumulado de asuntos europeos que puede ocasionar supone una interesante forma de colaboraciones entre los dos niveles de jurisdicciones.

La otra cara de la moneda es la inejecución de los caso piloto. El caso *Yuriy Nikolayevich Ivanov vs. Ucrania*⁷¹ constató la violación estructural del derecho a la ejecución de las sentencias dictadas contra la Administración Pública. El TEDH dio un plazo de un año para que se creara un recurso efectivo. El legislador aprobó una ley, pero el CdM ha censurado en repetidas ocasiones la ineffectividad de la misma. El problema reside en la falta de presupuesto para hacer frente al pago de las deudas; y la posibilidad de convertir las decisiones judiciales no ejecutadas en bonos del tesoro no fue vista con buenos ojos por el Comité. Mientras tanto, el TEDH ha continuado tramitando miles de casos repetitivos sobre el mismo problema y la situación ha sido descrita por el secretario del TEDH como alarmante. Es un ejemplo de fracaso del procedimiento de sentencia piloto, concluyen Saavedra, Cano y Hernández.

Las realidades presupuestarias de muchos países del Este de Europa son las que son y no se puede luchar contra la tozudez de lo que es financieramente posible. Tampoco el Tribunal Europeo. El mismo problema, pero referido entonces a la ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional, ya se produjo en Ucrania hace casi dos décadas ante la falta de presupuesto y dio lugar a

⁷¹ TEDH. *Yuriy Nikolayevich Ivanov vs. Ucrania*, sentencia de 15 de octubre de 2009 (Req. núm. 40450/04).

una sesión de trabajo de la Comisión de Venecia.⁷² El tema de la ejecución de sentencias aún no estaba de moda en España.

Las sentencias piloto también han sido utilizadas por el TEDH para tratar problemas sistémicos que afectan a grupos más reducidos de personas, recuerdan Saavedra, Cano y Hernández, y también allí el TEDH y el CdM han impulsado la repatriación nacional de las demandas. La restitución o compensación de las propiedades abandonadas al otro lado del río Bug tras la delimitación de fronteras en 1945 entre Polonia y la antigua URSS (el muy importante caso *Broniowski vs. Polonia*).⁷³ La compensación por la propiedad abandonada en la República Turca de Chipre del Norte por los greco-chipriotas tras la partición de la isla en los años setenta (caso *Xenides-Arestis vs. Turquía* y caso *Demopoulos y otros vs. Turquía*).⁷⁴ Los problemas derivados de la supresión de ciudadanos yugoslavos del registro de residentes permanentes tras la independencia de Eslovenia (caso *Kurić y otros vs. Eslovenia*).⁷⁵ A diferencia de los otros casos, la ejecución de estas sentencias en Chipre del Norte sigue pendiente de supervisión ante el CdM y plantea cuestiones políticas delicadas.

El asunto de las propiedades del río Bug ha generado numerosos conflictos internos en Polonia que no es posible explicar y todavía no se ha ejecutado plenamente. Las vicisitudes del caso ilustran que el TEDH tampoco puede solventar como medida de reparación complicadas cuestiones internas sin apenas solución posible. No es una función de la jurisdicción europea.

⁷² Véase Comisión de Venecia, *Seminar on the execution of decisions of the constitutional court*, Kyiv, Ukraine, 28-29 october 1999, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU\(1999\)028](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU(1999)028)- Puede leerse allí "Effects, enforceability and the execution of the decisions of the Spanish Constitutional Court", por Javier García Roca.

⁷³ TEDH. *Broniowski vs. Polonia*, sentencia (GS) de 22 de junio de 2004 (Req. núm. 31443/96).

⁷⁴ TEDH. *Xenides-Arestis vs. Turquía*, sentencia de 7 de diciembre de 2006 (Req. núm. 46347/99), y *Demopoulos y otros vs. Turquía*, decisión de inadmisibilidad de 1 de marzo de 2010 (Reqs. núms. 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04).

⁷⁵ TEDH. *Kurić y otros vs. Eslovenia*, sentencia de 12 de marzo de 2014 (Req. núm 26828/06).

Reformas estructurales. Finalmente, algunas sentencias europeas exigen la adopción por los Estados de reformas que ataquen directamente a la raíz de los problemas. Saavedra, Cano y Hernández alcanzan a darnos noticias de bastantes ejemplos: la utilización excesiva de la fuerza por parte de la policía en Turquía y Bulgaria, las condiciones de detención y el hacinamiento en prisiones en Italia, Polonia y Hungría y las dilaciones indebidas en los procesos judiciales en numerosos Estados son una de las series de casos habituales en Estrasburgo. Estos tres problemas —advierten— son los primeros en el *ranking* de temas pendientes de ejecución y están bajo supervisión reforzada. Aparte de recursos efectivos, el CdM exige que se lleven a cabo reformas de orden económico, organizativo, legislativo, de capacitación y sensibilización. Unas medidas —indican— cuya efectividad solo puede ser evaluada a largo plazo. La ejecución del caso piloto *Torreggiani vs. Italia* es un buen ejemplo de que un Estado puede demostrar con estadísticas que un problema estructural está en vías de solución.⁷⁶ Italia adoptó medidas de renovación de las prisiones, cambios legislativos (sanciones alternativas a la prisión, libertad condicional, despenalización de ciertos delitos), mejoras en las condiciones de vida de las cárceles, etc. Esta batería de medidas ha tenido fuerte impacto en el problema y la tasa de ocupación de centros para hombres ha pasado de 148% en 2012 a 106 % en 2015. Ningún preso dispone de menos de tres metros cuadrados en una celda, que es el estándar mínimo exigido por la jurisprudencia del TEDH. Este impacto positivo fue muy bien recibido por el CdM en su resolución final de la ejecución de 8 de marzo de 2016.

En el ámbito del uso de la fuerza por parte de las fuerzas de seguridad los avances pueden ser muy lentos, concluyen los autores. Valga una muestra: todavía están bajo supervisión casos contra Turquía (grupo *Aksoy*)⁷⁷ o Bulgaria (grupo *Velikova*),⁷⁸ nada menos que de finales de los años noventa y principios del siglo

⁷⁶ TEDH. *Torreggiani y otros vs. Italia*, cit.

⁷⁷ TEDH. *Aksoy vs. Turquía*, sentencia de 18 de diciembre de 1996 (Req. núm. 21987/93).

⁷⁸ TEDH. *Velikova vs. Bulgaria*, sentencia de 12 de mayo de 2000 (Req. núm. 41488/98).

XXI. En *Aksoy* se adoptaron medidas tales como: mejorar las garantías durante la detención policial, formación profesional de jueces y fiscales y en derechos humanos de las fuerzas del orden público, establecer la responsabilidad de las últimas y conceder indemnizaciones a las víctimas.

6. SUPERVISIÓN DEL CUMPLIMIENTO⁷⁹

La actividad del Comité de Ministros. La naturaleza declarativa de las sentencias del TEDH según el diseño del Convenio tiene claro reflejo en el procedimiento de supervisión de la ejecución, que recae en un órgano político como es el CdM y no en el propio Tribunal.

Sin embargo, la evolución en la naturaleza de las sentencias y en las medidas de reparación, que ha sido descrita, ha afectado a los mecanismos de supervisión y el TEDH ha ido participando progresivamente en los mismos. No obstante, la principal característica del procedimiento de supervisión europeo es todavía su naturaleza política, intergubernamental y diplomática, a diferencia de lo que ocurre en el Sistema Interamericano, que se basa en un procedimiento judicial de ejecución. Ambas cosas tienen ventajas y desventajas, pero una adecuada combinación de ambos modelos podría ser conveniente en el futuro.

En el CdM están presentes los embajadores y representantes permanentes de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, vela por la ejecución de las sentencias definitivas (art. 46.2 CEDH) y supervisa la ejecución de los arreglos amistosos (art. 39.4 CEDH). Al principio se limitaba a tomar nota de las informaciones enviadas por los Estados condenados, pero después de la entrada en vigor del Protocolo 11, que —recordemos— suprimió el filtro de la Comisión, su función se ha ido incrementando. Con el Protocolo 14 se han introducido dos mecanismos que permiten al CdM relacionarse con el TEDH cuando se planteen dificultades de interpretación de las medidas de reparación exi-

⁷⁹ También en materia de supervisión de cumplimiento, sintetizamos las elaboraciones de Saavedra Alessandri, Pablo, Cano Palomares, Guillem y Hernández Ramos, Mario, *op. cit.*

gidas, o dificultades concretas y persistentes en el cumplimiento de las mismas (art. 46, apdos. 3 y 5 CEDH).

El doble procedimiento de supervisión: ordinario y reforzado. Informes de ejecución y planes de acción. Según explican Saavedra, Cano y Mario Hernández, el CdM ha desarrollado sus propias reglas de procedimiento (2006) y métodos de trabajo (modificadas en 2010). La supervisión se realiza en Reuniones de Derechos Humanos (*Human Rights meetings*), con carácter periódico, cuatro veces al año, asistidas por el servicio técnico de ejecución de sentencias del TEDH, ubicado en la Secretaría del Consejo de Europa. Se establece la prioridad en la tramitación de los casos en los que el TEDH ha identificado un problema sistémico y de aquellos en los que la violación ha causado graves daños. Esta prioridad se traduce en dos procedimientos, supervisión ordinaria o reforzada, el llamado “*twin track supervision system*”.

Los casos sujetos a supervisión reforzada son aquellos que requieren medidas individuales urgentes; o sentencias piloto que enjuician problemas estructurales o complejos; asimismo, las escasas sentencias dictadas en casos interestatales y, por último, aquellos asuntos que el CdM decida. El procedimiento de supervisión ordinaria se aplica al resto. Este sistema dual permite concentrarse en los casos más importantes. El hecho de que solo algunos asuntos se discutan en cada reunión (unos 40-50 casos) no significa que el resto no estén siendo supervisados, porque existe una “supervisión continua” por parte del servicio de ejecución de sentencias del TEDH. Existe una buena técnica de división interna del trabajo.

En la supervisión reforzada, el CdM hace un seguimiento continuado de las medidas comunicadas por el Estado condenado, debatiéndolas y adoptando “resoluciones interinas” (“*interim resolutions*”), en las que se expresa satisfacción, preocupación o se recomiendan otras medidas. El servicio de ejecución de sentencias puede dar asistencia técnica al país condenado en la preparación de planes de acción y participar en programas de cooperación. Tanto en un procedimiento como en otro, el Estado condenado debe presentar un informe de ejecución (*action report*) o un plan de acción (*action plan*). Basta un informe si se considera que ya se han adoptado todas las medidas necesarias.

Por el contrario, cuando el Estado está aún identificando las medidas exigibles, un plan de acción. El Estado dispone de un plazo, pasado el cual el servicio de ejecución de sentencias requerirá al Estado, concediéndole un plazo adicional. Pasado el segundo plazo, si el Estado no ha presentado uno de esos documentos y no ha dado justificación alguna, la cuestión se eleva al CdM para que adopte las medidas necesarias.⁸⁰

Cuando el Estado presenta su informe de ejecución final solicitando el archivo de la supervisión, se inicia un plazo de 6 meses en el que los demás Estados podrán formular preguntas o comentarios. El servicio de ejecución estudia el informe final y, si considera que es suficiente, presentará un proyecto de resolución final. Si el CdM estima que se han cumplido todas las medidas de ejecución exigibles, adoptará una resolución final cerrando la supervisión.

En resumen, los planes de acción e informes de ejecución se han revelado como un elemento clave en la supervisión, pues vertebran el principio de subsidiariedad, hacen a los Estados los principales responsables de ejecutar las sentencias, y permiten monitorizar y cooperar el cumplimiento estatal al CdM y los servicios técnicos. Otra buena práctica. El detallado conocimiento de la misma por Guillem Cano, Letrado del TEDH, permite ofrecer a la academia y expertos la experiencia de un buen funcionamiento interno.

Medidas de presión política: tomar nota, expresar preocupación, suspensión y expulsión del Estado. El CdM dispone de otros instrumentos progresivamente más intensos de los que también se dan noticia. Puede adoptar decisiones en las que “toma nota” de las medidas adoptadas por el Estado hasta el

⁸⁰ Implementando el principio de publicidad y transparencia, todos los planes de acción e informes de ejecución, así como las comunicaciones recibidas por el demandante, ONG o instituciones nacionales de derechos humanos se publican en la página web, a menos que el CdM decida otra cosa ponderando otros bienes. También el orden del día y las decisiones adoptadas. El procedimiento de supervisión es pues participativo, ya que el CdM puede recibir comunicaciones directamente del demandante, así como de ONG e instituciones nacionales de derechos humanos. Son todas ellas muy buenas prácticas.

momento. Puede adoptar resoluciones interinas que “expresen preocupación” sobre la inejecución de un caso y hacer recomendaciones. Incluso, como medida extrema y última opción, puede “suspender o expulsar” a un Estado miembro del Consejo de Europa (art. 8 Estatuto del Consejo de Europa), si considera que no está en condiciones de respetar los derechos humanos y el Estado de derecho. Aunque esta posibilidad no se ha dado nunca, en algunas resoluciones, el CdM sí ha advertido que utilizará todos los medios que estén a disposición del Consejo de Europa para garantizar el cumplimiento de la sentencia (caso *Loizidou vs. Turquía*).⁸¹ Puede que baste a veces con la amenaza de expulsión sin llegar a consumarla.

El nuevo papel del TEDH en la supervisión de la ejecución. Violaciones continuas y nuevas violaciones derivadas de la inejecución. El TEDH no es *a priori* competente para controlar la ejecución de sus sentencias, porque dicha competencia pertenece al CdM. Una demanda que se circunscriba a la ejecución de una sentencia podría ser desestimada al declararse incompatible *ratione materiae* con las disposiciones del Convenio. Pero la cuestión es mucho más compleja en la realidad, según evidencian Saavedra, Cano y Hernández. Tras la presentación de una nueva demanda, el TEDH puede controlar la persistencia de violaciones continuas que se derivan de la inejecución de la sentencia previa, o incluso la comisión de nuevas violaciones. Un ejemplo —nos dicen— es la continua detención arbitraria del demandante, incumpliendo la orden de liberarlo (caso *Ilaşcu y otros vs. Moldavia y Rusia*; caso *Ivanțoc y otros vs. Moldavia y Rusia*).⁸² Igualmente, el TEDH puede revisar una “nueva violación” (“*fresh violation*”) en un procedimiento de solicitud de reapertura del proceso judicial que se deriva de la primera sentencia (caso *VGT vs. Suiza* o caso *Bochan núm. 2 vs. Ucrania*).⁸³ En este tipo de situaciones, el Tribunal tiene en cuenta la ejecución de la sentencia previa al examinar el nuevo caso, pero su función no es examinar si la eje-

⁸¹ TEDH. *Loizidou vs. Turquía*, sentencia de 18 de diciembre de 1996 (Req. núm. 15318/89).

⁸² TEDH. *Ilaşcu y otros vs. Moldavia y Rusia*, *cit.*, e *Ivanțoc y otros vs. Moldavia y Rusia*, sentencia de 15 de noviembre de 2011 (Req. núm. 23687/05).

⁸³ TEDH. *VGT vs. Suiza (núm. 2)*, *cit.*, y *Bochan vs. Ucrania (núm. 2)*, *cit.*

cución se ha llevado a cabo correctamente. Esto no impide constatar que la inejecución de la sentencia es un factor agravante de la responsabilidad del Estado infractor.

Excepcionalmente, en el caso *Emre núm. 2 vs. Suiza*, al constatar el TEDH una nueva violación del artículo 8 del CEDH, por la prohibición de expulsión del extranjero del territorio nacional, se enjuició la violación de manera combinada con la del artículo 46 del CEDH.⁸⁴ Sin embargo, no es la práctica habitual, como pone de manifiesto el caso *Sidabras y otros vs. Lituania* en la que se rechaza de manera clara pronunciarse sobre la alegación de violación del artículo 46.1 del CEDH.⁸⁵

Hasta aquí la respuesta canónica según la jurisprudencia europea. Sin embargo, probablemente algunos de los lectores que nos haya seguido hasta aquí pensarán que estas matizadas y sofisticadas disquisiciones del Tribunal Europeo tienen —a nuestro entender— un punto de fuerte formalismo, para no aceptar plenamente la realidad del nuevo fenómeno y de la potencialmente expansiva competencia de ejecución que se ha atribuido a sí mismo en la práctica. Una *pragmatic approach* típicamente europea.

Nuevas violaciones, en sentencias repetitivas, después de un *leading case*. En demandas planteadas por otros demandantes, el TEDH puede observar que la violación tiene por causa la inejecución de una sentencia anterior, que exigía la adopción de medidas generales de prevención de nuevas violaciones. La inejecución puede ser entonces tomada en cuenta por el TEDH como un factor agravante de la violación (caso *Zornić vs. Bosnia*, refiriéndose a la inejecución del caso *Sejdić y Finci vs. Bosnia*).⁸⁶ La situación es formalmente distinta a la previa.

Sentencias piloto. Esta herramienta, sobre la que se ha escrito muchísimo, da también la posibilidad al Tribunal de supervisar la ejecución de sus sentencias, tanto si el TEDH reserva la cues-

⁸⁴ TEDH. *Emre vs. Suiza* (núm. 2), sentencia de 11 de octubre de 2011 (Req. núm. 5056/10).

⁸⁵ TEDH. *Sidabras y otros vs. Lituania*, sentencia de 23 de junio de 2015 (Reqs. núms. 50421/08 y 56213/08).

⁸⁶ TEDH. *Zornić vs. Bosnia*, cit., párr. 40, y *Sejdić y Finci vs. Bosnia Herzegovina*, cit.

ción del artículo 41 del CEDH a la vista de la posibilidad de que las partes alcancen un arreglo amistoso, en cuyo caso examinará las medidas individuales y generales adoptadas por el Estado en el examen del acuerdo amistoso, como si no la reserva. En la segunda situación, el TEDH puede examinar las medidas generales en sentencias posteriores sobre casos repetitivos, congelados en la sentencia piloto. Las sentencias piloto son un ejemplo claro de la mayor interacción que existe en la actualidad entre el TEDH y el CdM, ya que en muchas ocasiones vienen a reforzar la supervisión que realiza el CdM desde hace años sobre grupos de casos repetitivos. Cuando el TEDH dicta su sentencia piloto, recuerdan Saavedra, Cano y Hernández, el CdM lleva años exigiendo reformas estructurales al Estado y la sentencia “piloto” sirve para dar un nuevo impulso al proceso de ejecución del grupo de sentencias bajo supervisión del CdM (caso *Torreggiani*).⁸⁷

¿Una demanda de interpretación y un recurso por incumplimiento de sentencia a instancias del CdM? El Protocolo 14 introdujo en el artículo 46 del CEDH dos nuevos mecanismos que atribuyen competencias al TEDH en materia de ejecución de sus sentencias. El apartado 3 prevé que cuando el CdM considere que la supervisión de la ejecución de una sentencia resulta obstaculizada por un problema de interpretación de dicha sentencia, podrá solicitar al TEDH que se pronuncie. El apartado 4 va más allá y establece que cuando el CdM considere que un Estado se niega a acatar una sentencia definitiva, tras notificárselo formalmente, podrá plantear el incumplimiento ante el TEDH. Se trata de un recurso por incumplimiento de sentencia, aunque la nueva sentencia se limitará a declarar si se ha producido un incumplimiento de la primera en violación del artículo 46.1 del CEDH, remitiendo el asunto al CdM para que examine las medidas a adoptar. Para accionar ambos mecanismos, se requiere una mayoría calificada de dos tercios de los votos de los representantes en el CdM. Desde que el Protocolo 14 entró en vigor en 2010, el CdM no ha puesto en marcha ninguno de estos dos procedimientos.

¿Por qué no se han andado ambos caminos? Su futilidad era previsible desde la primera lectura. Saavedra, Cano y Hernández

⁸⁷ TEDH. *Torreggiani y otros vs. Italia*, cit.

lo explican por la naturaleza esencialmente política del Comité, que dificulta que los Estados alcancen un acuerdo para denunciar a un Estado incumplidor. El argumento es cabal. El propio informe explicativo del Protocolo 14 advertía que el recurso por incumplimiento solo debía utilizarse en casos excepcionales y como un mecanismo de presión: una amenaza disuasoria más que un mecanismo de solución de conflictos.

A juicio de quienes escribimos estas líneas, podría añadirse —de forma complementaria— que ambos mecanismos, dispuestos en los nuevos apartados del artículo 46, son en sí mismos ineficaces por su propia configuración procesal, diletante, en la que ambas instituciones se devuelven la pelota, la decisión de supervisión, al modo de una partida de ping-pong que no culmina, sin osar asumir con determinación la competencia ejecutiva. Simplemente parecen querer cargarse de razones antes de actuar.

El papel del secretario general y la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa. En cambio, estos dos órganos del Consejo de Europa están jugando un papel cada vez más importante en la ejecución de las sentencias, tal y como nos advierten Saavedra, Cano y Hernández. El secretario general puede requerir a cualquier Estado parte que suministre explicaciones sobre la manera en que su derecho asegura la aplicación efectiva de las disposiciones del Convenio (art. 52 CEDH), lo que incluye el cumplimiento o ejecución de las sentencias. Pero no se ha hecho nunca uso de esta facultad. Esto no significa que el secretario general no plantee de hecho a las autoridades nacionales problemas de ejecución de sentencias en sus visitas o contactos bilaterales (por ejemplo, en relación con el caso *Mammadov vs. Azerbaiyán*).⁸⁸

En uno de los coloquios de Heidelberg que preceden a este libro colectivo que ahora se edita, el entonces presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Francisco Eguiguren, reconoció también la relevancia práctica de la mediación diplomática de la presidencia y, en general, de la Comisión en la ejecución de las sentencias de la Corte de San José por los Estados.

⁸⁸ TEDH. *Mammadov (Jalaloglu) vs. Azerbaiyán*, sentencia de 11 de enero de 2007 (Req. núm. 34445/04).

También la Asamblea parlamentaria, aunque sin competencias explícitas en el CEDH para la supervisión, ejerce primero un control político de los Estados, una suerte de función de impulso, a través de la acción de sus parlamentarios en su doble condición de parlamentarios nacionales. Existe además en la Asamblea —informan Saavedra, Cano y Hernández— un subcomité para la implementación de las sentencias del TEDH en el seno de la Comisión de cuestiones jurídicas y de derechos humanos. Los mecanismos de los que se dispone para ejercer presión incluyen recomendaciones dirigidas al CdM, denegar los poderes de representación a una delegación parlamentaria nacional, e incluso la posibilidad de recomendar al CdM la aplicación del artículo 8 del Estatuto del Consejo de Europa, la suspensión y expulsión de un Estado.

Perspectivas de reforma del sistema de supervisión. Finalmente, Saavedra, Cano y Hernández analizan los últimos trabajos y documentos sobre la reforma del Sistema Europeo, y concluyen que no introducen demasiadas novedades respecto de la ejecución de sentencias y su sistema de supervisión. *No news, good news...* En la *Declaración y Plan de Acción de Bruselas*, de marzo de 2015, los Estados parte reafirmaron la importancia de una supervisión eficaz de la ejecución de sentencias para garantizar la supervivencia y credibilidad del sistema del Convenio, y recomendaron al CdM:

- continuar utilizando todos los instrumentos a su disposición, incluidas las resoluciones interinas y los nuevos mecanismos del artículo 46 del CEDH que ya hemos reseñado;
- mejorar la eficacia, duración y frecuencia de las reuniones de derechos humanos, manteniendo la naturaleza intergubernamental del proceso;
- promover la presencia, en las reuniones de derechos humanos, de representantes de autoridades nacionales con competencias sobre los temas que se discuten;
- aumentar los recursos personales del servicio de ejecución de sentencias del Consejo de Europa de forma que cubra todos los sistemas nacionales;
- invitar al secretario general a continuar utilizando su autoridad para discutir de los problemas de la ejecución en

sus contactos bilaterales con los Estados, e incluso a utilizar sus poderes ex artículo 52 del CEDH, y

- por último, solicitar la implicación tanto del Comisario de Derechos Humanos en sus visitas por países, como de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, para impulsar que los parlamentos nacionales sigan de manera habitual la ejecución de las sentencias europeas.

El Comité Intergubernamental Director para los Derechos Humanos (CDDH), dependiente del CdM, en su informe del 7-11 de diciembre de 2015 sobre el futuro a largo plazo del sistema del CEDH examinó asimismo diversas cuestiones. En cuanto al mecanismo de supervisión, se reconoce que el sistema actual funciona razonablemente bien en la gran mayoría de los casos, pero se admite —como resulta evidente— que hay áreas de resistencia en las que falta la voluntad política de ejecutar las sentencias. Por ello se aboga por reforzar la asistencia técnica y un mayor nivel de interlocución política. Los hechos son tozudos y es una limitación difícilmente sorteable en una protección supranacional. El CDDH se muestra de acuerdo con el reseñado Plan de Acción de Bruselas en reforzar el servicio de ejecución de sentencias e incrementar las sinergias con otros órganos del Consejo, incorporando la ejecución de sentencias en la agenda de las distintas actividades y programas de cooperación.

Más interesante es señalar que el CDDH ha rechazado algunas propuestas de reforma que hubieran implicado cambios más profundos como son:

- obligar al TEDH que explicita en sus sentencias cuando no se requieren medidas individuales o generales más allá del pago de la satisfacción equitativa;
- crear la obligación jurídica de reabrir procedimientos judiciales a nivel nacional tras una sentencia del TEDH, convirtiendo la Recomendación CdM de 2000 en obligatoria;
- fijar plazos por parte del CdM para la implementación de planes de acción al igual que existen ya para presentar estos planes, e
- imponer sanciones pecuniarias a los Estados condenados en casos de inejecución de una sentencia.

También el CDDH rechazó transferir la supervisión a otros órganos, al TEDH o a la Secretaria del Consejo. La propuesta no fue aprobada, porque se consideró que el CdM está en mejor posición para influir políticamente en los Estados y coordinar todas las actividades del Consejo de Europa. La modificación requeriría además una reforma del CEDH de muy difícil aprobación. De nuevo, el sistema del Convenio Europeo sigue evolucionando en la práctica mediante exégesis expansivas e incluso mutaciones del Convenio antes que por Protocolos modificativos o adicionales, aunque también estos hayan participado decisivamente en las transformaciones.

En definitiva, concluyen Saavedra, Cano y Hernández, de los últimos trabajos intergubernamentales sobre el sistema del TEDH no se desprende ninguna propuesta de cambio radical, y lo más probable es que el actual sistema de supervisión se mantenga, en su esencia, a corto y mediano plazo, conservando su naturaleza esencialmente política antes que jurisdiccional. La diferencia con el Sistema Interamericano subsiste, aunque se ha amortiguado mucho.

7. MECANISMOS INTERNOS DE EJECUCIÓN⁸⁹

Una vez expuesta la variedad de contenidos posibles de una sentencia estimatoria del TEDH, en particular las numerosas medidas de reparación, así como las nuevas y buenas prácticas desarrolladas por el Consejo de Europa en la supervisión del cumplimiento, también las soluciones que pueden adoptar los Estados demandados para cumplir voluntariamente con el fallo pueden diferir según las distintas violaciones y derechos afectados. Coral Arangüena y César Landa, a los que seguimos en este epígrafe, estudiaron este asunto en nuestra investigación con bastante detalle.

Medidas individuales y generales adoptadas por los Estados. Ya hemos visto que las sentencias que condenan al pago de

⁸⁹ Reseñamos en este apartado el estudio de Arangüena Fanego, Coral y Landa Arroyo, César, “Mecanismos procesales internos para la ejecución de las sentencias”, en García Roca, Javier y Carmona Cuenca, Encarna (eds.), *op. cit.*, pp. 169-219.

una indemnización provocan, por lo general, pocos problemas de ejecución, aunque no todas se paguen ni en tiempo ni por todos los Estados y existan algunos singularmente morosos (Rusia). Mucho más complicada es la ejecución de medidas distintas de las pecuniarias y, de hecho, han exigido la adopción de soluciones de muy diverso tipo en los Estados demandados. Quizás por estas mismas dificultades el Tribunal de Estrasburgo fuera relucante a dictarlas durante los primeros años.

Entre los múltiples ejemplos actuales, que reseñan Arangüena y Landa, están los siguientes: establecer los contactos entre los hijos y sus progenitores en aras del interés superior del menor en casos en que habían sido separados o suspendidos indebidamente, así como hijos entregados a una familia de acogida (casos *Saleck Bardi vs. España* y *R.M.S. vs. España*),⁹⁰ o hijos que sufrieron la actuación indebida de alguno de los progenitores (caso *K.A.B. vs. España*);⁹¹ la revocación de órdenes de expulsión de demandantes expuestos a riesgos de tortura, malos tratos o amenazas en el país de destino (casos *Chahal vs. Reino Unido*, *N. vs. Finlandia*, *Y.P y L.P. vs. Francia*, *Othman (Abu Qatada) vs. Reino Unido*, *A.C. y otros vs. España*);⁹² la exigencia de realizar nuevas investigaciones en caso de violaciones del derecho a la vida o prohibición de tortura o tratos inhumanos o degradantes (casos *Varnava y otros vs. Turquía*, *Abuyeva y otros vs. Rusia*, *Benzer y otros vs. Turquía*);⁹³ la necesidad de reintegrar en su puesto de magistrado de la Corte Suprema al demandante que había sido indebidamente separado

⁹⁰ TEDH. *Saleck Bardi vs. España*, sentencia de 24 de mayo de 2011 (Req. núm. 66167/09), y *R.M.S. vs. España*, sentencia de 18 de junio de 2013 (Req. núm. 28775/12).

⁹¹ TEDH. *K.A.B. vs. España*, *cit.*

⁹² TEDH. *Chahal vs. Reino Unido*, sentencia (GS) de 15 de noviembre de 1996 (Req. núm. 22414/93); *N. vs. Finlandia*, sentencia de 26 de julio de 2005 (Req. núm. 38885/02); *Y.P y L.P. vs. Francia*, sentencia de 1 de septiembre de 2010 (Req. núm. 32476/06); *Othman (Abu Qatada) vs. Reino Unido*, sentencia de 17 de enero de 2012 (Req. núm. 8139/09), y *A.C. y otros vs. España*, *cit.*

⁹³ TEDH. *Varnava y otros vs. Turquía*, sentencia de 18 de septiembre de 2009 (Reqs. núms. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 y 16073/90); *Abuyeva y otros vs. Rusia*, *cit.*, y *Benzer y otros vs. Turquía*, *cit.*

en virtud de un procedimiento disciplinario contrario a las exigencias del debido proceso (caso *Oleksandr Volkov vs. Ucrania*),⁹⁴ un efecto muy semejante al de numerosos amparos judiciales y constitucionales, o la restitución al demandante del derecho a la propiedad sobre un inmueble y la anulación de la orden de desahucio (caso *Gladysheva vs. Rusia*),⁹⁵ medida típica en un recurso judicial ordinario.

Tratándose de privaciones de libertad, el TEDH ha indicado con claridad que realmente la única verdadera medida efectiva de reparación es la excarcelación del detenido. Así se hizo en el caso *Assanidzé vs. Georgia* de 2004,⁹⁶ por vez primera, y desde entonces se ha reiterado en bastantes ocasiones. Obsérvese que la fecha del precedente es bastante reciente, cinco décadas después del comienzo del sistema de protección europeo, cuando la jurisdicción ya podía considerarse asentada y el Tribunal Europeo comenzar a sentirse más libre.

Una de las muestras más recientes es el importante caso *Del Río Prada vs. España* de 2013,⁹⁷ al que nos hemos referido varias veces y que Arangüena y Landa estudian. Es un buen ejemplo de cómo un Estado puede hacer frente con prontitud a su obligación de dar cumplimiento al fallo del TEDH pese a que no existiera un procedimiento específico. La Corte de Estrasburgo apreció la vulneración de los derechos a la libertad personal y legalidad penal (arts. 5 y 7 CEDH), al habersele aplicado retroactivamente una jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el cómputo de los beneficios penitenciarios, la denominada doctrina *Parot*, que produjo el alargamiento en el cumplimiento de la pena de prisión de ciertos condenados por terrorismo. En consecuencia, el TEDH ordenó que se pusiera fin a la situación de privación de libertad en el plazo más breve posible. No había otra forma de ejecución que la liberación de la demandante, y así se hizo con extraordinaria diligencia por el Pleno de la Audiencia Nacional al día siguiente.

⁹⁴ TEDH. *Oleksandr Volkov vs. Ucrania*, cit.

⁹⁵ TEDH. *Gladysheva vs. Rusia*, sentencia de 6 de diciembre de 2011 (Req. núm. 7097/10).

⁹⁶ TEDH. *Assanidzé vs. Georgia*, cit.

⁹⁷ TEDH. *Del Río Prada vs. España*, cit.

te de dictarse el fallo de Estrasburgo mediante auto 61/2013, de 22 de octubre. Poco después se dictó el auto 62/2013, de 25 de octubre, que invocaba el valor de “cosa interpretada” de la sentencia, aseveraba que el pronunciamiento generaba efectos más allá de las partes del concreto asunto —“el Convenio es ley” se dijo—, y acordó la excarcelación de otros condenados que se hallaban en una situación similar a la enjuiciada. Es muy importante este reconocimiento judicial, por un alto tribunal, de la doctrina científica de la cosa interpretada.

Siendo muy amplios estos efectos *erga omnes*, la eficacia general de la sentencia europea no se quedó allí. La justicia británica puso de inmediato en libertad provisional al etarra Troitiño, reclamado por la justicia española, adviértase que tomando en consideración un fallo dirigido contra España, al considerar que se hallaba en una situación idéntica a la señora Del Río. Otra extensión de la eficacia de cosa interpretada que tiene la particularidad de que se produce fuera de las fronteras del Estado directamente obligado por el fallo.

El acatamiento de esta eficacia es mucho más amplio que el del artículo 46.1 del CEDH, que literalmente prescribe únicamente para los Estados parte en el proceso. Pero así funciona este sistema de protección colectiva y efectiva desde hace mucho. El caso permite visualizar bien el intenso alcance del precedente y la interpretación vinculante como herramientas en el funcionamiento del sistema del Convenio.

Además, en la medida en que la aplicación retroactiva de la doctrina *Parot* era contraria al CEDH, surgió el problema de cómo ejecutar el garantista estándar europeo en relación con más de 60 reclusos en situación similar y todavía en prisión. No estaba previsto entonces en España procedimiento alguno que permitiera reabrir procesos penales a consecuencia de una sentencia dictada por el TEDH tal y como existe ahora. Todo ello pese a las llamadas de atención al legislador formuladas respecto de esta carencia no solo por la doctrina científica⁹⁸, según denuncian Aran-

⁹⁸ Véase, entre otros trabajos de esta autora, Arangüena Fanego, Coral, “El cumplimiento de las sentencias del TEDH y la revisión de sentencias firmes”, en García Roca, Javier y Fernández Sánchez, Pablo A., *op. cit.*, pp.

güena y Landa, sino también por algunos de los magistrados del propio TEDH, como el juez Zupančič en su opinión concordante a la sentencia del caso *García Hernández vs. España*,⁹⁹ y por diversos anteproyectos de reforma de Ley de Enjuiciamiento Criminal que no prosperaron.

Tan solo existía la —muy interesante— previsión en el orden social de las sentencias del TEDH como doctrina de contraste para el planteamiento de un recurso de *casación para unificación de doctrina* (art. 219.2 Ley reguladora de la jurisdicción social). Un recurso que no podía aplicarse en este supuesto. Pero estimamos que este nuevo recurso para la unificación de doctrina, usando como contraste las sentencias europeas, puede tener interés comparado de cara a su trasplante a otros ordenamientos y con el fin de alcanzar un efecto armonizador.

La solución finalmente la proporcionó el Tribunal Supremo mediante dos acuerdos plenarios no jurisdiccionales de su Sala Segunda (12 de noviembre de 2013 y 21 de octubre de 2014) en los que se apuntó qué tribunales y por qué vía debían actuar ante tal situación urgente y acordó que, en tanto no existiera la expresa previsión legal de un cauce específico, cumpliría tal cometido el recurso de revisión previsto en el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se ha dicho que la peculiar situación condujo a que se ejecutara la sentencia europea como si se tratara de una sentencia piloto. Se trataba, no obstante, de una solución provisional y únicamente válida para el orden penal.

Ciertamente es en este ámbito penal donde las violaciones de derechos son más graves y reclaman ineludiblemente la re-

289-323, donde se denunciaba la omisión legislativa ahora reparada. En la misma obra, y fruto de otra investigación de este equipo, merecen leerse —a los efectos que nos ocupan— los siguientes trabajos: Fernández, Pablo Antonio, “Naturaleza jurídica de las sentencias del TEDH y del TJCE”, en García Roca, Javier y Fernández Sánchez, Pablo A., *op. cit.*; Zanghí, Claudio, “Evolución e innovación en los efectos de las sentencias del TEDH”, en García Roca, Javier y Fernández Sánchez, Pablo A., *op. cit.*, y Salado, Ana, “La ejecución de las sentencias indemnizatorias del TEDH y del TJCE”, en García Roca, Javier y Fernández Sánchez, Pablo A., *op. cit.*

⁹⁹ TEDH. *García Hernández vs. España*, sentencia de 16 de noviembre de 2010 (Req. núm. 15256/07). Opinión concordante del juez Zupančič.

apertura del proceso, pero también resultaba necesario dar una solución similar en otros órdenes jurisdiccionales. Expresamente para los procesos civiles, el TEDH se pronunció en el caso *Bochan vs. Ucrania* (núm. 2).¹⁰⁰ Finalmente, el legislador español dio una razonable respuesta con las reformas procesales llevadas a cabo en 2015, que arbitran un recurso de revisión para la reapertura de los procedimientos en todos los órdenes jurisdiccionales.

La reapertura de procesos judiciales internos. Arangüena y Landa recuerdan que merece especial atención la reapertura del proceso como medida para garantizar la *restitutio in integrum*, cuando nos encontramos ante una violación del derecho al debido proceso (art. 6 CEDH), y la resolución judicial nacional sigue produciendo efectos nocivos. Son supuestos en los que el demandante se encuentra todavía en prisión, y la renuncia por parte del Estado a proseguir con la ejecución de la pena o la adopción de una medida de gracia no constituirían sino una medida de reparación imperfecta. La reapertura del proceso se revela —razonan cabalmente ambos autores— como la medida de restablecimiento más adecuada.

Se trata —como se ha dicho— del efecto más espectacular que puede producir una resolución de un tribunal internacional en cuanto afecta a la sagrada cosa juzgada de una resolución de un tribunal nacional. Un cambio revolucionario en el esquema de fuentes y recursos judiciales que no pudo ser pensado en el inicio del sistema internacional del Convenio, pues no habría sido aceptado por los Estados signatarios, pero que —entendemos— deviene en nuestros días un corolario ineluctable. Hasta esta evolución han llegado las cosas.

Sin embargo, no es una panacea y puede generar problemas, son precisas cautelas. Arangüena y Landa recuerdan que su campo de aplicación debe de estar perfectamente definido, ya que puede producir graves perjuicios a la situación de terceros en el ámbito civil. No obstante, la mera posibilidad de obtener una reapertura facilita y acelera el proceso de ejecución, según ha reconocido el Comité de expertos sobre la reforma del TEDH en

¹⁰⁰ TEDH. *Bochan vs. Ucrania* (núm. 2), cit., párrs. 26-27.

un informe de 2016.¹⁰¹ A partir de la ya citada Recomendación R (2000) 2 del Comité de Ministros, la jurisprudencia europea se ha inclinado clara por esta modalidad como forma privilegiada de restauración de las garantías de equidad en el proceso (caso *Stoichkov vs. Bulgaria*).¹⁰²

Son mayoría los Estados miembros del Consejo de Europa que cuentan actualmente con la previsión legal de reapertura de procesos tras una sentencia del TEDH.¹⁰³ Hay algunos que van más allá y la permiten a consecuencia de una “decisión de una instancia internacional”, terminología que engloba además de una sentencia, una declaración unilateral, o un acuerdo amistoso (República Checa, Georgia, Letonia, República de Moldavia, Polonia, Eslovenia). Esta problemática específica se pone de manifiesto con claridad en el caso *Jeronovičs vs. Letonia*.¹⁰⁴ De entre este gran grupo de países que cuentan con la reapertura, son mayoría los que limitan la posibilidad a los asuntos penales, habida cuenta de los problemas que en el orden civil se plantean respecto de la seguridad jurídica, los intereses de terceros de buena fe, e incluso la imposibilidad de corregir las deficiencias derivadas de decisiones dictadas muchos años atrás, dada la naturaleza dinámica de las relaciones de derecho privado. Este último aspecto posee singular relevancia y es una sensible diferencia con las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, en las que basta con que el castigo cese para reparar. La proporción, no obstante, va paulatinamente en disminución y en la actualidad es de 33 Estados que limitan la reapertura a la jurisdicción penal, frente a 23 que la extienden a la civil y administrativa, un número que va creciendo, como resulta aconsejable.

¹⁰¹ DH-GDH (2015) 008 Rev, de 12 de febrero de 2016.

¹⁰² TEDH. *Stoichkov vs. Bulgaria*, sentencia de 3 de marzo de 2005 (Req. núm. 9808/02).

¹⁰³ El elevado número de Estados parte que han dado cumplimiento a la Recomendación (2000) del Comité de Ministros y han incorporado en sus legislaciones internas la posibilidad de reapertura, hace imposible —nos dicen Arangüena y Landa— una enumeración o un análisis de sus disposiciones, y nos remiten a consultar la web del Consejo de Europa, <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/reformechr/Reopening-en.asp>

¹⁰⁴ TEDH. *Jeronovičs vs. Letonia*, sentencia (GS) de 5 de julio de 2016 (Req. núm. 44898/10).

Resulta muy difícil —concluyen su análisis Arangüena y Landa— trazar unas líneas comunes de los procedimientos de reapertura, dadas las diferencias existentes entre los sistemas jurídicos y legislaciones de los Estados, pero es posible extraer algunas pautas generales. En la mayoría de los Estados, la reapertura es posible bien a petición de quien fue demandante en Estrasburgo, bien del Ministerio Fiscal u otra autoridad pública. La legitimación procesal es pues semejante. Pero existen diferencias en cuanto a los órganos competentes y los plazos de caducidad de la acción. Por lo general no se establecen disposiciones procedimentales específicas cuando la reapertura se produce a consecuencia de una sentencia del TEDH, sino que se aplican las reglas generales de su sistema procesal para impugnar la cosa juzgada. Una consideración muy importante que Arangüena y Landa subrayan, pues evidencia la integración de las sentencias europeas en el sistema interno de recurso de cara a su progresiva normalización. En la mayor parte de los Estados, los gastos procesales corren a cargo del Estado, pero en otro buen número de ellos se prevé la posibilidad de obtener una ayuda.

Una vez que la demanda de reapertura es aceptada en un proceso penal, los Estados gozan de un cierto margen de apreciación nacional respecto de las consecuencias de reabrir un procedimiento, pero deben garantizar el respeto del principio de presunción de inocencia y las normas relativas a la prisión provisional conforme a la resolución del Comité de Ministros DH (2004) 31 en el caso *Sadak y otros vs. Turquía*.¹⁰⁵ Tales exigencias son todavía más evidentes cuando el criterio que sostiene la reapertura es una seria duda sobre la regularidad del procedimiento o de la propia condena impuesta al resultar contraria al CEDH.

Arangüena y Landa destacan la regulación de dos ordenamientos nacionales en esta materia que, de nuevo, pueden tener interés comparado. Por un lado, España se ha incorporado recientemente a este grupo de países y lo ha hecho con una de las legislaciones más generosas. En efecto, se admite la reapertura de todo tipo de causas por medio del recurso de revisión ante el

¹⁰⁵ TEDH. *Sadak y otros vs. Turquía* (núm. 1), sentencia de 17 de julio de 2001 (Reqs. núms. 29900/96, 29901/96, 29902/96 y 29903/96).

Tribunal Supremo, sea cual fuere el orden jurisdiccional —penal, civil, contencioso-administrativo y laboral— e incluyendo la jurisdicción militar (art. 5 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial). En todos es necesario que la violación entrañe efectos que persistan y no sea susceptible de ser remediada de otra forma, la legitimación para deducir el recurso se atribuye a quien actuó como demandante ante el TEDH, y se fija el plazo de un año para deducirlo a partir de que adquirió firmeza la sentencia europea.

Frente a sentencias firmes de carácter civil, se puntualiza de que tal revisión no podrá “perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas” (art. 510.2 *in fine* de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Una previsión que igualmente ha de observarse en los órdenes contencioso-administrativo y laboral por la remisión que sus legislaciones respectivas hacen en esta materia a la legislación civil. La exégesis y materialización de esta cláusula constituye todo un interrogante —indican Arangüena y Landa—, pues resulta difícil concretar cuál sea el modo de “no perjudicar tales derechos”, más aún —aseveran— cuando la reforma legal no concreta mínimamente los efectos del juicio que se abre con la revisión.

El razonamiento es cierto, sin embargo, nos parece que la regulación legal no podía haberse aprobado de otro modo, y no se nos ocurre otra redacción posible de la norma que construir un concepto jurídico indeterminado que los órganos judiciales pueden rellenar de un contenido más preciso *a posteriori*, caso a caso, ponderando los hechos e intereses públicos y privados en juego en cada conflicto. Un *case-law* que —como tantas veces ocurre en materia de derechos fundamentales— reclama decantar precedentes según se ha expuesto en los primeros epígrafes de este trabajo.

Igualmente destacan ambos autores un caso singular en que la posibilidad de reapertura no ha sido consecuencia de una modificación legislativa sino de un pronunciamiento de la Corte Constitucional italiana que declaró la inconstitucionalidad de la norma legal que impedía que una sentencia del TEDH constituyera un motivo de revisión. En efecto, la Corte italiana, tras una primera decisión de inadmisibilidad (129, de 16 de abril de 2008) y toque de atención, en la que se advertía al legislador sobre la necesidad

de adoptar los procedimientos idóneos para permitir al ordenamiento adecuarse a las sentencias que hayan declarado la violación del artículo 6 del CEDH (debe como una sentencia de recomendación legislativa), finalmente declaró (sentencia 113, de 7 de abril de 2011) la inconstitucionalidad del artículo 630 a) del Código del Procedimiento Penal, en la medida en que no preveía como motivo de revisión una sentencia firme del TEDH. Nos parece una curiosa muestra de inconstitucionalidad por omisión, anudada a una inconventionalidad igualmente por omisión.

Subrayan Arangüena y Landa que la Corte Constitucional confió a los jueces ordinarios la difícil construcción en vía pretoriana del instituto, aunque indicó las coordenadas a las que deberán atenerse, especificando que resultaban excluidas las previsiones del juicio de revisión que fueran incompatibles con la finalidad de que la víctima alcanzara una *restitutio in integrum*. Un mandato a los órganos judiciales de efectuar una interpretación teleológica o finalista.

8. CONCLUSIONES

1. El efecto de cosa interpretada ayuda al cumplimiento de las sentencias del TEDH e impulsa un proceso de armonización. Esta dimensión objetiva del acceso directo europeo es, si cabe, más importante que la tutela subjetiva o individual de los derechos. Aproxima al TEDH a las funciones de una jurisdicción constitucional y permite comparar con el derecho procesal constitucional para erigir un nuevo derecho procesal convencional. Se han creado unos estándares europeos comunes al sistema del Convenio y al de la Unión. Un espacio jurisdiccional europeo en el que cohabitan los tribunales ordinarios y los tribunales constitucionales y supremos de cada Estado con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los altos tribunales nacionales se convierten en mediadores, divulgando la jurisprudencia del TEDH e imponiendo sus estándares a los órganos judiciales y demás poderes públicos.

2. La cosa interpretada es una categoría construida por la doctrina científica. El TEDH todavía no ha reconocido su carácter vinculante, como argumentamos en nuestro libro, pero actúa de este modo que la categoría describe. Las disposiciones del CEDH son de aplicación directa, al igual que las sentencias del TEDH. El artículo 46.1 del CEDH reconoce la eficacia vinculante de las sentencias para los Estados solo cuando “hayan sido partes” en el proceso, pero el Tribunal Europeo aplica sus precedentes con total indiferencia sobre los Estados demandados y extiende sus efectos a cualesquiera supuestos de hecho análogos, y la vinculación a su doctrina se predica de todos los poderes públicos.
3. Los derechos convencionales son derechos fundamentales análogos a los constitucionales e interactúan entre sí, enriqueciéndose y retroalimentándose. Se producen reformas legislativas impulsadas por el cumplimiento de las sentencias del TEDH, dato que confirma la vinculación del legislador nacional a los derechos del Convenio y que este no puede traspasar su contenido esencial.
4. La obligación de respetar las sentencias del TEDH y garantizar los derechos es una condición de supervivencia de un sistema multilateral. Mediante esta garantía, dicho Tribunal impone sus interpretaciones vinculantes. Las medidas generales impuestas en las sentencias como reparaciones conectan con la obligación de remover defectos estructurales y prevenir las amenazas.
5. El precedente es una manifestación de la autoridad interpretativa del TEDH. Deriva de la lógica *stare decisis* propia de cualquier jurisprudencia: mantenerse en las cosas decididas y acatarlas. Una sentencia que vincula con su doctrina a las futuras. La existencia de un intérprete supremo del CEDH demanda reconocer esta autoridad igualmente suprema a sus sentencias. El trabajo en red y los diferentes contextos nacionales matizan estas afirmaciones en un debate permanente.

6. La intensa eficacia general de la cosa interpretada, el valor de precedente y la interpretación vinculante de las sentencias del TEDH se ven contrarrestadas por la doctrina del margen de apreciación nacional. La idea permite al TEDH practicar una diplomática deferencia, restringiendo el enjuiciamiento y el habitual alcance del principio de proporcionalidad en ciertos casos especialmente sensibles a las opiniones públicas, o ante cuestiones complejas donde no existe aún un consenso europeo ni a nivel cultural ni normativo. Pero el pluralismo cultural y la heterogeneidad de los pueblos europeos es mucho más intenso que en la región de Iberoamérica.
7. Una de las principales diferencias entre el TEDH y la Corte Interamericana radica en las medidas de reparación, pues son mucho más amplias y pormenorizadas en el sistema de la Convención Americana. Pese a ello, ciertas intersecciones comienzan a producirse. También, los dos sistemas han diseñado mecanismos diferentes para la supervisión del cumplimiento. En el europeo se ejerce por un órgano político, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, mientras que en el interamericano asume esa función la Corte, siguiendo un modelo jurisdiccional. Estos dos modelos, muy diversos en sus orígenes, tienden hoy a aproximarse.
8. El Sistema Europeo ha transitado de “sentencias de comprobación” a simplemente conceder una “satisfacción equitativa” y a las actuales sentencias “de plena jurisdicción”. Se impone una *restitutio in integrum* que trata de restablecerse al recurrente en la integridad de su derecho, reparando el daño. De nuevo, una evolución que aproxima el amparo europeo a los amparos constitucionales.
9. Las sentencias estimatorias del TEDH suelen conceder una satisfacción equitativa por los daños materiales y morales causados. Su pago es la reparación menos problemática y, en la práctica, fue la única durante muchísimos años. Pero se pueden adoptar medidas de distinta naturaleza tanto individuales como generales, para pre-

venir que una violación similar vuelva a darse y poner fin a las lesiones. Un ejemplo de las individuales es la puesta en libertad de personas detenidas. También cabe la reapertura de los procedimientos judiciales, o la cancelación de los antecedentes penales, o la exigencia de apertura de nuevas investigaciones, o el establecimiento de mecanismos alternativos a los judiciales, y muchas otras. En los últimos años se puede apreciar un mayor activismo o garantismo y acaso las reparaciones del TEDH no sean ya tan distintas a las de la Corte Interamericana; si bien no son tan frecuentes ni intensas, pues el primero tiende a ser más prudente o autocontenido.

10. Las medidas generales sirven para prevenir violaciones similares de forma preventiva: dan ocasión a las autoridades nacionales para impedir o reparar lesiones. Al tiempo, reducen la carga de trabajo del TEDH, permitiendo la “repatriación” de los asuntos a veces con efectos retroactivos. La publicación de la sentencia es la medida más sencilla. También el efecto directo de la jurisprudencia europea, que obliga a una interpretación conforme, así como a la inaplicación de las leyes y las jurisprudencias nacionales que la contravengan. Se imponen —como consecuencia de sentencias europeas— reformas legislativas o incluso constitucionales, siendo más sencillo alcanzar las primeras. También se negocian, entre los Estados reiteradamente condenados y el CdM, reformas estructurales en cuestiones como la utilización excesiva de la fuerza por la policía, las condiciones de habitabilidad de las cárceles o las dilaciones indebidas en los procesos.
11. El procedimiento de supervisión europeo corresponde al CdM, órgano de naturaleza política e intergubernamental, a diferencia del interamericano, que es un procedimiento judicial. Ambos modelos tienen ventajas y desventajas, pero una adecuada combinación podría ser conveniente en ambas regiones. El CdM utiliza un doble procedimiento de supervisión (“*twin track supervision system*”): uno ordinario y otro reforzado. Se establece la prioridad de

asuntos, como son las “sentencias piloto”, o casos en los que se ha identificado un problema sistémico, o donde la violación ha causado graves daños y su reparación requiere adoptar medidas urgentes. Existen reuniones de derechos humanos (*Human Rights meetings*), formaciones del Comité bien asistidas por un servicio técnico de ejecución. Se adoptan “resoluciones interinas” y se aprueban informes de ejecución y planes de acción, haciendo a los Estados responsables de ejecutar las sentencias. En ocasiones existen medidas de presión política. Unas buenas prácticas que merecen ser reservadas.

12. Pero la evolución ha afectado igualmente a la supervisión y el TEDH ha ido poco a poco participando en la misma. Tras la presentación de una nueva demanda, el TEDH puede controlar la persistencia de violaciones, la comisión de nuevas violaciones (“*fresh violation*”), o verificar el incumplimiento de las medidas generales de reparación pedidas. Especialmente las “sentencias piloto” dan la posibilidad de supervisar la ejecución, porque se puede examinar el cumplimiento de las medidas generales al enjuiciar casos repetitivos, congelados en la sentencia. Frecuentemente, cuando el TEDH las dicta, el CdM lleva tiempo exigiendo reformas estructurales y la sentencia piloto sirve para dar un nuevo impulso al proceso de ejecución. Una interesante actuación conjunta de ambos órganos.

El Protocolo 14 introdujo en el artículo 46 del CEDH dos nuevos mecanismos que atribuyen competencias al TEDH en materia de ejecución de sus sentencias: una demanda de interpretación y un recurso por incumplimiento de sentencia a instancias del CdM. Pero no han dado juego.

En cambio, el secretario general y la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa están jugando un papel cada vez más importante. El primero suele plantear problemas de ejecución a las autoridades nacionales en sus visitas o contactos bilaterales. La segunda ejerce un control político de los Estados y una función de impulso de sus de-

cisiones a través de la acción de sus parlamentarios en su doble condición de parlamentarios nacionales, existe asimismo en ella un subcomité para la implementación de las sentencias.

13. Las soluciones que pueden adoptar los Estados para cumplir las sentencias difieren según las violaciones y derechos. El pago de las indemnizaciones es mayoritario y provoca, por lo general, pocos problemas de ejecución, aunque no todas se paguen por todos. Mucho más complicada es la ejecución de medidas distintas, y quizás por estas dificultades el TEDH fuera relucante a dictarlas durante años. Entre las múltiples medidas aprobadas encontramos las siguientes: restablecer los contactos entre los hijos y sus progenitores; la revocación de órdenes de expulsión; la realización de nuevas investigaciones; la reintegración de un cargo público o funcionario en su puesto; la restitución del derecho a la propiedad; incluso la excarcelación del detenido desde fechas recientes, y la reapertura de procesos judiciales internos. La última es la medida más espectacular, porque deriva de una decisión de un tribunal internacional que expresa todo un cambio revolucionario; sin embargo, puede producir perjuicios a la situación de terceros en el ámbito civil y es preciso desechar el automatismo y dictar una resolución judicial que pondere los intereses en conflicto. Pero la mera posibilidad de obtener una reapertura facilita y acelera el proceso de ejecución. Son ya una mayoría muy cualificada los Estados que prevén legalmente estos recursos con fórmulas procesales muy variadas, y una recomendación del Comité de Ministros auspicia la medida.
14. En definitiva, el escenario descrito refleja una situación mucho mejor que la que existía cuando se diseñó el Convenio Europeo, aunque para ello tuviera que transcurrir mucho más de medio siglo. Al fin y al cabo, la construcción del derecho común medieval fue aún más larga y fatigosa, y la edificación actual del derecho público europeo es sigilosa y solapada, aunque imparable.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANGÜENA FANEGO, Coral, “El cumplimiento de las sentencias del TEDH y la revisión de sentencias firmes”, en GARCÍA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A., *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, CEPC, 2009.
- y LANDA ARROYO, César, “Mecanismos procesales internos para la ejecución de las sentencias”, en GARCÍA ROCA, Javier y CARMONA CUENCA, Encarna (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- AYALA CORAO, Carlos y CANOSA, Raúl, “El incumplimiento de las sentencias internacionales: problemas políticos y jurídicos”, en GARCÍA ROCA, Javier y CARMONA CUENCA, Encarna (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio, “Naturaleza jurídica de las sentencias del TEDH y del TJCE”, en GARCÍA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A., *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, CEPC, 2009.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, “El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo. ¿Dos caras de una misma moneda?”, en GARCÍA ROCA, Javier y CARMONA CUENCA, Encarna (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- GARCÍA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas-Thomson Reuters, 2010.
- y CARMONA CUENCA, Encarna (eds.): *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

- y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante”, en GARCÍA ROCA, Javier y CARMONA CUENCA, Encarna (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- , DALLA VÍA, Alberto y GARCÍA VITORIA, Ignacio, “El controvertido derecho al voto de los presos y los serios obstáculos a su desarrollo”, en GARCÍA ROCA, Javier y CARMONA CUENCA, Encarna (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- *et al.*, *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Cizur Menor, Civitas-Thomson-Reuters, 2012.
- GARLICKI, Lech, “Judgments of the European Court of Human Rights (their structure, impact and authority)” en GARCÍA ROCA, Javier y CARMONA CUENCA, Encarna (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2008.
- , “El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH”, en GARCÍA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A., *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, CEPC, 2009.
- SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo, CANO PALOMARES, Guillen y HERNÁNDEZ RAMOS, Mario, “Reparación y supervisión de sentencias”, en GARCÍA ROCA, Javier y CARMONA CUENCA, Encarna (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- SALADO, Ana, “La ejecución de las sentencias indemnizatorias del TEDH y del TJCE”, en GARCÍA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ

SÁNCHEZ, Pablo A., *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, CEPC, 2009.

ZANGHÍ, Claudio, “Evolución e innovación en los efectos de las sentencias del TEDH”, en GARCÍA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A., *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, CEPC, 2009.

Aliados y contrapesos.
Las cortes constitucionales y el Tribunal
Europeo de Derechos Humanos:
una perspectiva comparada

*Davide Paris**

En octubre de 2014, en medio de las discusiones sobre la retirada del Reino Unido del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), el presidente de la Corte Suprema del Reino Unido, lord Neuberger, utilizó el siguiente argumento en apoyo de una Constitución escrita para el Reino Unido:

Si tuviésemos una Constitución, esta presumiblemente tendría prevalencia sobre las decisiones del Tribunal de derechos humanos de Estrasburgo e incluso sobre aquellas del Tribunal de la UE de Luxemburgo. En consecuencia, cuando dichas decisiones parecieran ser incompatibles con los principios fundamentales de la Constitución, prevalecerían estos últimos. Hoy en día, sin una Constitución prioritaria, es muy difícil para un tribunal del Reino Unido adoptar un enfoque de este tipo. Sin embargo, es un enfoque que, por ejemplo, el Tribunal Constitucional alemán se ha mostrado dispuesto a adoptar si ello procede.¹

* Investigador del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público. Traducción del inglés por Lucas Sánchez de Miquel.

¹ Traducción libre de Neuberger, David, “The UK Constitutional Settlement and the Role of the UK Supreme Court”, Speech at the Legal Wales Conference 2014, 10 de octubre de 2014, párr. 32, <https://www.supremecourt.uk/news/speeches.html>

El razonamiento de lord Neuberger es completamente claro. Un tribunal ordinario, incluso aunque sea el más alto tribunal del país, no se encuentra en posición de oponerse de forma exitosa al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, Tribunal de Estrasburgo). Para ello, un tipo distinto de tribunal es necesario: un tribunal constitucional del estilo del *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal alemán, BVerfG), respaldado por una Constitución escrita.

Dejando a un lado las peculiaridades del Reino Unido, esta declaración demuestra la extendida percepción entre la doctrina jurídica de que las cortes constitucionales son el baluarte más efectivo para proteger la soberanía nacional —a veces amablemente llamada “identidad constitucional”— ante las intrusiones cada vez más invasivas del Tribunal de Estrasburgo. Desde esta perspectiva, la relación entre las cortes constitucionales y el TEDH se entiende esencialmente en términos de oposición, siendo el Tribunal Constitucional alemán el representante por excelencia.

Aquí no se pretende poner en duda esta afirmación. Más bien se sugiere que esto es solo una cara de la moneda y se pretende situar este papel de oposición de las cortes constitucionales en un panorama más amplio, en el cual la cooperación judicial es la regla y no la excepción. Aunque normalmente hay mucho ruido acompañando la “caída de un árbol” de una sentencia de una corte constitucional desafiando al TEDH, el “bosque en crecimiento” de la cooperación fluida entre ambos habitualmente permanece inadvertido.

La cooperación y la oposición, sin embargo, no son solamente fórmulas para describir el actual estado de la relación entre las cortes constitucionales y el TEDH. También pueden ser enfoques normativos. El compromiso de las cortes constitucionales hacia la aplicación interna del Convenio y especialmente de la jurisprudencia del TEDH es crucial, ya que las cortes constitucionales son la autoridad judicial con mayor influencia dentro del ordenamiento jurídico interno. Pero el hecho de que ocasionalmente expresen una controversia con el TEDH puede ser considerado, bajo ciertas circunstancias, una función legítima de las cortes constitucionales, que puede reforzar la legitimidad del sistema convencional y su correcto funcionamiento, en lugar de boicotearlo.

1. INTRODUCCIÓN

Generalmente, los tribunales constitucionales son considerados los guardianes de la Constitución, ya que se les encomienda la tarea de defender las normas de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico ante la potencial amenaza de las autoridades internas, especialmente del parlamento. Este artículo tiene como objetivo investigar si actúan también como guardianes del CEDH, cómo y en qué medida.

Primero se examina cómo las cortes constitucionales de seis países de Europa Occidental —Austria, Bélgica, Francia, España, Alemania e Italia— interactúan con el CEDH y con la jurisprudencia del Tribunal Europeo. A continuación se argumenta que, gracias a su función particular en el ordenamiento jurídico interno, las cortes constitucionales se encuentran en una posición que les permite contribuir a la aplicación interna del CEDH de una forma que le es impedida a las otras autoridades nacionales. Sin embargo, su interacción con el CEDH, y especialmente con la jurisprudencia del TEDH, no solo beneficia a la implementación nacional, sino que también es clave para mantener el equilibrio entre la protección supranacional de los derechos humanos, por un lado, y el margen de apreciación nacional, por el otro —es decir, entre derechos y democracia— contribuyendo de esta manera a la legitimidad general del sistema convencional.

El artículo se organiza en dos secciones. La primera se centra en el papel del CEDH ante el juez constitucional. Primero arroja luz sobre la contribución de las cortes constitucionales en la implementación nacional del CEDH, una contribución que a menudo es subestimada frente a los casos menos frecuentes de desobediencia. Demuestra que, aunque el CEDH normalmente carece de rango constitucional, las cortes constitucionales recurren a varias técnicas para incorporarlo en sus parámetros constitucionales, habilitándose de esta manera para revisar la compatibilidad de los actos internos con el CEDH. Estas técnicas interpretativas son tratadas brevemente, mientras que el enfoque del *Conseil constitutionnel* (Consejo Constitucional francés), que no tiene en cuenta el CEDH, es destacado como la excepción que confirma la regla (2.1.).

La segunda parte de la primera sección destaca que usar el CEDH como parámetro para el control constitucional no convierte a las cortes constitucionales en órganos subordinados al TEDH. Al revisar la compatibilidad de los actos nacionales con el CEDH, las cortes constitucionales también han desarrollado algunas excepciones importantes al deber de cumplir con las sentencias de Estrasburgo. Esto les permite evitar una transposición mecánica de la jurisprudencia del TEDH en el ordenamiento interno. Estas excepciones son concisamente enumeradas y discutidas (2.2).

Mientras que la segunda sección es esencialmente descriptiva, la tercera adopta un enfoque normativo. Aboga por la aceptación del CEDH, tal y como lo interpreta el TEDH, por las cortes constitucionales como parte de sus parámetros de constitucionalidad, y destaca los beneficios de esta opción. En particular se señala que de hacerlo, las cortes constitucionales se encuentran en posición de mejorar el cumplimiento doméstico del CEDH, de aumentar la legitimidad y aceptación del sistema convencional y de entrar en un diálogo con el Tribunal de Estrasburgo.

La conclusión, además de resumir las principales constataciones del artículo, afirma que en determinadas circunstancias incluso un acto de resistencia abierta ante el TEDH por parte de las cortes constitucionales puede ser entendido como una contribución a la legitimidad y eficacia generales del sistema convencional, más que como una simple amenaza al mismo. Seguidamente se señalan las condiciones que las cortes constitucionales deberían respetar cuando expresen su desacuerdo con Estrasburgo, para convertir un desafío potencial al sistema europeo de protección de los derechos humanos en una contribución a su desarrollo racional.

2. EL PAPEL DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

2.1. La incorporación del Convenio en el baremo constitucional

Generalmente, el CEDH no tiene rango constitucional en los ordenamientos jurídicos de los Estados parte. Lo más frecuente es

que haya sido incorporado en los ordenamientos jurídicos internos a través de una disposición legislativa ordinaria y que no tenga un estatus formal más alto que este.² El ordenamiento jurídico austriaco ofrece una excepción interesante. Aquí, después de algunas dudas que siguieron a la ratificación del Convenio en 1958, una reforma constitucional aprobada en 1964 determinó de forma retroactiva el rango constitucional del CEDH.³ Desde entonces, este es claramente parte del baremo constitucional y es tarea de la corte constitucional austriaca, dentro de los límites de su jurisdicción, asegurar el cumplimiento de la normativa nacional con el CEDH de la misma manera en que asegura el cumplimiento de la Constitución.⁴ El *Verfassungsgerichtshof* (Tribunal Constitucional austriaco) sostiene que, al interpretar el CEDH, tiene que “considerar particularmente la jurisprudencia del TEDH, al ser el órgano encargado de interpretar el CEDH”.⁵ Así, cita la jurisprudencia de Estrasburgo más a menudo que otras cortes constitucionales y obedece al TEDH en la mayoría de casos.⁶

En varios países, sin embargo, pese a la falta de un rango constitucional de este tipo, las cortes constitucionales han desarrollado diversas doctrinas que hacen posible la incorporación de facto del Convenio a los parámetros constitucionales. Interpretar los derechos constitucionales a la luz del Convenio es la primera

² Alemania proporciona un claro ejemplo de este enfoque, tal y como lo explicó el BVerfG en *Görgülü*, Véase BVerfG, Order of the Second Senate of 14 October 2004, 2 BvR 1481/04 (BVerfGE 111, 307), párr. 31.

³ BGBl 59/1964; Gamper, Anna, “Austria: Endorsing the Convention System, Endorsing the Constitution”, en Popelier, Patricia, Lambrecht, Sarah, Lemmens, Koen (eds.), *Criticism of the European Court of Human Rights. Shifting the Convention System: Counter-Dynamics at the National and EU Level*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 75 y ss.

⁴ Grabenwarter, Christoph, “Zur Bedeutung der Entscheidungen des EGMR in der Praxis des VfGH”, *Österreichische Richterzeitung*, 2007, p. 154.

⁵ Traducción libre de Tribunal Constitucional austriaco (VfSlg) 11.500/1987 (caso *Miltner*), parr. II, 4, g), en Gamper, Anna, *op. cit.*, p. 77.

⁶ Grabenwarter, Christoph, “European Fundamental Human Rights in the Case Law of the Austrian Constitutional Court”, en Weitzel, Luc (ed.), *L'Europe des droits fondamentaux. Mélanges en hommage à Albert Weitzel*, 2013, p. 60. Para algunos ejemplos véase Grabenwarter, Christoph, “Zur Bedeutung...”, *cit.*

y más conocida de dichas doctrinas. Cuando se trata de definir el contenido y el alcance de un derecho constitucional que también está protegido por el Convenio, la corte constitucional interpreta el derecho constitucional de acuerdo con el derecho correspondiente del Convenio. Por tanto, ya que los derechos establecidos en el Convenio normalmente también son protegidos por las constituciones nacionales, también forman el contenido de los derechos constitucionales.

Esta técnica ha sido aplicada de manera extensa por el Tribunal Constitucional español, sobre la base del artículo 10.2 de la Constitución, que requiere expresamente interpretar “[I]as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce [...] de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. En su jurisprudencia, este Tribunal Constitucional ha destacado que el artículo 10.2 conduce a una coincidencia de facto entre los derechos consagrados en la Constitución y aquellos consagrados en los tratados internacionales. En palabras del Tribunal Constitucional, el artículo 10.2

[...] obliga a interpretar los correspondientes preceptos [constitucionales] de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución.⁷

El CEDH ha sido sin duda el tratado internacional para el cual este mecanismo ha sido aplicado más a menudo,⁸ lo que ha desplazado a un segundo plano la falta de estatus constitucional del Convenio. Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional siempre ha sostenido que el artículo 10.2 no confiere rango cons-

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de España (STC) 36/1991 de 14 de febrero de 1991 (BOE núm. 66, de 18 de marzo de 1991), FJ 5.

⁸ Sáiz Arnaiz, Alejandro, “Artículo 10.2: La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos”, en Pérez Manzano, Mercedes *et al.* (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, t. 1, vol. 1, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2018, p. 198.

titucional a los tratados internacionales, de modo que estos no pueden ser utilizados como parámetro autónomo para el examen de constitucionalidad,⁹ también lo es que en la práctica, el CEDH sirve como parámetro constitucional para medir la validez de las leyes y de los actos de las autoridades públicas.¹⁰

Curiosamente, el Tribunal Constitucional ha aceptado sin problemas considerar la jurisprudencia del TEDH al interpretar derechos constitucionales basándose en el CEDH. Sin dar nunca extensas razones para dicha elección,¹¹ simplemente declaró que el artículo 10.2 “autoriza y aún aconseja” hacer referencia a la jurisprudencia de Estrasburgo.¹² Si el TEDH declara que España ha violado un derecho convencional que también está consagrado en la Constitución, es tarea del Tribunal Constitucional declarar y reparar dicha violación.¹³

En su famosa sentencia *Görgülü*, el Tribunal Constitucional Federal alemán llegó a una conclusión similar, pese a la ausencia en la Ley Fundamental alemana de un mandato constitucional correspondiente tan preciso como el de la Constitución española. Aunque excluye expresamente que el Convenio pueda servir como un criterio de evaluación autónomo y directo,¹⁴ se refiere al Convenio y a la jurisprudencia de Estrasburgo como “guías de interpretación”. No obstante, en palabras de este órgano judicial, la obligación de interpretar los derechos constitucionales de acuerdo al Convenio suena más suave y menos convincente que en palabras de su homólogo español:

⁹ Véase, por ejemplo, STC 36/1991, *op. cit.*, FJ 5 y STC 120/1990, de 27 de junio de 1990 (BOE núm. 181, de 30 de julio de 1990), FJ 2.

¹⁰ Sáiz Arnaiz, Alejandro, *op. cit.*, p. 207.

¹¹ *Ibidem*, p. 199.

¹² STC 36/1984 de 14 de marzo de 1984 (BOE núm. 80, de 3 de abril de 1984), FJ 3.

¹³ STC 245/1991 de 16 de diciembre de 1991 (BOE núm. 13, de 15 de enero de 1992), FJ 2.

¹⁴ BVerfG, 2 BvR 1481/04, *op. cit.*, párr. 32: “Las garantías del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus protocolos, debido a su estatus en la jerarquía de normas, no son un estándar directo de control constitucional en el ordenamiento jurídico alemán” (traducción libre).

Las garantías del Convenio influyen la interpretación de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales de la Ley Fundamental. El texto del Convenio y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sirven, a nivel de derecho constitucional, como guías de interpretación para determinar el contenido y el alcance de los derechos fundamentales y principios constitucionales de la Ley Fundamental.¹⁵

Una técnica similar —que no difiere significativamente en la esencia aunque está categorizada bajo un nombre distinto: el “método de reconciliación”— ha sido desarrollada por la *Cour Constitutionnelle de Belgique* (Corte Constitucional belga).¹⁶ Esta también considera que los tratados internacionales no son como tal un criterio autónomo para el examen de constitucionalidad.¹⁷ Sin embargo, cuando el alcance de una disposición vinculante de un tratado internacional es análogo al de una o varias disposiciones constitucionales, considera que los tratados y las disposiciones constitucionales forman “un conjunto indisoluble” (“*un ensemble indissociable*”). De esta forma, al interpretar estas disposiciones constitucionales toma en cuenta las normas de derecho internacional.¹⁸ Aunque se refiere a todos los tratados internacionales, esta doctrina ha sido aplicada fundamentalmente para el CEDH.¹⁹

Otra técnica a la que recurre la Corte Constitucional belga para proteger los derechos del Convenio es el llamado “método de combinación”.²⁰ Este consiste en aplicar las garantías de igualdad y no discriminación para derechos que no están establecidos en la Constitución sino en un tratado internacional. Para decirlo de otra forma, la Corte belga considera que los artículos 10 y 11

¹⁵ *Idem* (traducción libre). El deber de tomar en consideración la jurisprudencia de Estrasburgo al interpretar las disposiciones constitucionales fue afirmado por primera vez en BVerfGE 74, 358 (370).

¹⁶ Verdussen, Marc, *Justice constitutionnelle*, Bruselas, Larcier, 2012, pp. 132 y ss.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia núm. 29/1995.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia núm. 136/2004.

¹⁹ Verdussen, Marc, *op. cit.*, p. 133.

²⁰ *Ibidem*, pp. 126 y ss.

de la Constitución belga prohíben la discriminación en el disfrute de todos los derechos, independientemente de la fuente de los mismos: el principio de igualdad y no discriminación se aplica a todos los derechos, incluyendo aquellos derivados de tratados internacionales.²¹ Esto permite a la Corte determinar la inconstitucionalidad de una norma que resulte en una discriminación en el goce de ciertos derechos garantizados por un tratado internacional. También en este caso el CEDH ha sido el tratado internacional para el cual esta doctrina ha sido aplicada más a menudo.²²

La *Corte costituzionale* (Corte Constitucional italiana) también ha aceptado revisar la compatibilidad de la legislación doméstica con el CEDH. Este es el resultado de dos sentencias históricas de 2007.²³ La piedra angular del razonamiento de la Corte Constitucional italiana fue el artículo 117.1 de la Constitución, que requiere que el Estado y las regiones ejerzan sus poderes legislativos “dentro de los términos de las obligaciones que deriven de [...] los compromisos internacionales”. A diferencia de otros tribunales constitucionales, la Corte italiana mantiene que una ley que viola el Convenio también viola indirectamente la Constitución, ya que entra en conflicto con el mandato constitucional del artículo 117.1 de respetar los tratados internacionales. El Convenio y, más notablemente, la jurisprudencia del TEDH, sirven entonces como un parámetro indirecto para la evaluación

²¹ Corte Constitucional, sentencia núm. 18/1990, que limita la aplicación del método de combinación a las disposiciones de tratados internacionales que tengan un efecto directo sobre el ordenamiento jurídico interno. Asimismo, sentencia núm. 106/2003, que extiende la aplicación del método de combinación a todas las disposiciones del derecho de la UE.

²² Verdussen, Marc, *op. cit.*, p. 129, destaca que los resultados de la aplicación del método de combinación equivalen prácticamente al uso del Convenio como un parámetro directo para el control de constitucionalidad. Véase además A. Alen, E. Peremans, J. Spreutels, W. Verrijdt, “Rapport de la Cour constitutionnelle de Belgique présenté au XVIe Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes - La coopération entre les cours constitutionnelles en Europe —Situation actuelle et perspectives— Réponses au questionnaire devant servir de base aux rapports nationaux” Viena, 12-14 de mayo de 2014, p. 8, <http://www.confconstco.org> En las páginas 11-15 se proporcionan datos interesantes y ejemplos de citas a la jurisprudencia del TEDH.

²³ Corte Constitucional italiana, sentencias núms. 348 y 349/2007.

constitucional, que se sitúa entre la Constitución y las leyes ordinarias, el llamado “parámetro interpuesto” (*parametro interposito*).

Siendo la incorporación del Convenio en el baremo constitucional la regla general entre las cortes constitucionales aquí analizadas, el Consejo Constitucional francés representa una notable excepción. En su sentencia histórica sobre el aborto de 1975, consideró por primera vez que “una ley que es incompatible con un tratado no es *ipso facto* inconstitucional” y de esta manera no le corresponde al Consejo Constitucional “considerar la conformidad de una ley con las disposiciones de un tratado o acuerdo internacional”.²⁴ Desde entonces, esta doctrina nunca ha sido modificada²⁵ y el Consejo Constitucional ha negado sistemáticamente su competencia para evaluar el cumplimiento de los actos legislativos con los tratados internacionales, particularmente con el CEDH.²⁶ No se encuentra ninguna mención a la jurisprudencia de Estrasburgo en la jurisprudencia del Consejo Constitucional.²⁷

²⁴ Consejo Constitucional, decisión del 15 de enero de 1975, 74-53 DC, IVG. Excepcionalmente acepta controlar la convencionalidad de leyes cuando decide sobre solicitudes relacionadas con temas electorales, véase su decisión de 21 de octubre de 1998, 88-1082/1117 AN, *Val-d’Oise* (5ème circ.).

²⁵ En la doctrina jurídica francesa, sin embargo, existe un largo y animado debate sobre si sería conveniente para el Consejo Constitucional superar su doctrina IVG y acceder a controlar la convencionalidad de las leyes. Véase *ex multis*, Roux, Jérôme, “L’abandon de la jurisprudence IVG: une question d’opportunité ou de logique?”, *Revue du Droit Public*, 2009, pp. 645 y ss. Recientemente, la doctrina IVG ha sido defendida firmemente por de Béchillon, Denys, “Synthèse”, en Magnon, Xavier *et al.* (eds.), *L’office du juge constitutionnel face aux exigences supranationales*, Bruselas, Bruylant, 2015, pp. 319 y ss.

²⁶ Esta jurisprudencia allanó el camino para un control difuso de la legislación a la luz de los tratados internacionales, el llamado *contrôle de conventionnalité*. Véase Dutheillet de Lamothe, Olivier, “Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité”, en *Juger l’administration, administrer la justice. Mélanges en l’honneur de Daniel Labetoulle*, París, Dalloz, 2007, pp. 315 y ss.

²⁷ La cita de la sentencia del TEDH *Leyla Sahin vs. Turkey* en la decisión del Consejo Constitucional de 19 de noviembre de 2004, 2004-505 DC sobre el Tratado que establece una Constitución para Europa representa la única

Aunque el artículo 55 de la Constitución francesa establece claramente la prevalencia de los tratados internacionales sobre las leyes domésticas,²⁸ parece que la redacción precisa del texto constitucional no ha sido suficientemente convincente para hacer que el Consejo Constitucional acepte el CEDH como parámetro.²⁹ No obstante, la jurisprudencia del CEDH tiene una gran influencia sobre este órgano. Sin mencionarlo expresamente, este se inspira regularmente en la jurisprudencia de Estrasburgo y tiende a aplicarla.³⁰ La relación entre las dos cortes ha sido de esta manera definida como un “diálogo sin palabras” (“*un dialogue sans paroles*”).³¹

2.2 ... y sus límites

Aceptando la jurisprudencia de Estrasburgo como parte de los parámetros para el control de constitucionalidad, los tribunales constitucionales corren el riesgo de perder su autonomía y vol-

excepción. TEDH. *Leyla Sahín vs. Turquía*, sentencia de 29 de junio de 2004 (Req. núm. 44774/98).

²⁸ El artículo 55 de la Constitución francesa establece que: “Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte.”

²⁹ La actitud del Consejo Constitucional hacia el TEDH parece tener su explicación en una “política judicial” para protegerse de la competencia del TEDH: Szymczak, David, “Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l’homme: L’euphémisation ‘heure-tée’ du Conseil constitutionnel français”, *Jus Politicum*, 2012, núm 7, p. 13, <http://juspoliticum.com>

³⁰ Dutheillet de Lamothe, Olivier, “Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l’homme: un dialogue sans paroles”, en AA.VV., *Le dialogue des juges. Mélanges en l’honneur du président Bruno Genevois*, 2009, p. 408 y ss. Ejemplos más recientes de esta actitud del Consejo Constitucional son mencionados en Andriantsimbazovina, Joël, “Unité et divergences de jurisprudences constitutionnelles et supranationales: Respect du droit, irrégularité, dialogue – L’exemple des rapports du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne de droits de l’homme”, en Magnon, Xavier *et al.* (eds.), *op. cit.*, pp. 74 y ss.

³¹ Dutheillet de Lamothe, Olivier, “Conseil constitutionnel et Cour européenne...”, *cit.*

verse meros intermediarios del TEDH. Al fin y al cabo, si tienen que repetir a nivel doméstico las palabras del Tribunal de Estrasburgo, pueden temer volverse tribunales auxiliares llamados a aplicar y dar efecto a las sentencias de otro tribunal “superior”. Sus actos pueden ser percibidos como si fueran realizados en nombre del TEDH, como si el sistema multinivel europeo de protección de derechos tuviese su cerebro en Estrasburgo y sus brazos en los tribunales constitucionales internos.

Sin embargo, un análisis comparado demuestra que los tribunales constitucionales han sido extremadamente cuidadosos al evitar una prevalencia absoluta y mecánica de las sentencias de Estrasburgo sobre los derechos constitucionales. Han establecido una serie de límites al cumplimiento con la jurisprudencia del TEDH que asegura para las autoridades nacionales, y especialmente para los tribunales constitucionales, un cierto margen para negarse a cumplir con las decisiones de Estrasburgo. En la jurisprudencia de tribunales constitucionales considerada aquí, se ha recurrido a tres argumentos en particular para limitar el cumplimiento con dichas sentencias.

Primero, los tribunales constitucionales han destacado la subordinación del Convenio a la Constitución, que sigue siendo la principal y máxima norma vinculante. Pese a la incorporación del TEDH en el baremo constitucional, en caso de un conflicto irremediable entre el Convenio y la Constitución, las autoridades nacionales deben cumplir con la segunda.

Incluso en Austria, donde el Convenio tiene formalmente el mismo rango que la Constitución en la jerarquía de normas, el Tribunal Constitucional considera que hay un límite a dicha prevalencia: el “respeto por los principios constitucionales que determinan la organización del Estado”. En una conocida decisión de 1987 —el caso más importante de “rebelión” del Tribunal Constitucional austriaco contra el TEDH—³² determinó que en caso de un conflicto entre el CEDH, de acuerdo a su interpretación por el TEDH y el derecho constitucional austriaco, que no pueda ser resuelto mediante la interpretación el Tribunal austriaco

³² Gamper, Anna, *op. cit.*, pp. 78 y 79.

quedará vinculado a los principios constitucionales que determinan la organización del Estado, incluso cuando ello implique una contradicción con el CEDH. Si estos principios son incompatibles con cierta interpretación del CEDH, el tribunal no podrá basar su decisión en dicha interpretación.³³

En Italia, en las mismas sentencias en las que aceptó al Convenio como un parámetro para el control legislativo, la Corte Constitucional indicó que el Convenio continúa siendo una norma subconstitucional y que por ello debe cumplir con todas las disposiciones constitucionales.³⁴ El Convenio y la jurisprudencia de Estrasburgo pueden servir como parámetro para el control legislativo solo si primero cumplen con la Constitución. En Italia, entonces, el Convenio es al mismo tiempo un parámetro para el control de constitucionalidad en relación con la legislación ordinaria y un objeto de control constitucional respecto a la Constitución. Más recientemente, en su sentencia 49/2015, la Corte resaltó, sin ambigüedad, la “prevalencia axiológica de la Constitución sobre el Convenio”, y afirmó que “en el caso altamente improbable” de un conflicto irreconciliable entre las dos “es incuestionable que los tribunales tendrán que cumplir ante todo con la Constitución”.³⁵

El BVerfG tampoco deja ningún margen de duda respecto a la prevalencia de la Ley Fundamental alemana sobre el Convenio. En sus propias palabras

³³ Traducción libre de VfSlg 11.500/1987, en Gamper, Anna, *op. cit.* Siendo la regla el cumplimiento de la jurisprudencia del TEDH, en los últimos años ha habido algunos casos en los que el Tribunal Constitucional austriaco no siguió al Tribunal de Estrasburgo. Véase Grabenwarter, Christoph, “Der österreichische Verfassungsgerichtshof”, en Bogdandy, Armin von, Grabenwarter, Christoph, Huber, Peter (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum. Band VI. Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen*, 2016, 465. Asimismo, Gamper, Anna, *op. cit.*, pp. 95 y ss.

³⁴ Véase Corte Constitucional italiana, sentencias núm. 348/2007, párr. 4.7, y núm. 349/2007, párr. 6.2. En particular, la Corte destacó que, a diferencia del derecho de la UE, el “examen de constitucionalidad [de disposiciones del CEDH, tal y como lo interpreta el TEDH] no pueden estar limitadas a la posible violación de principios y derechos fundamentales en principios particulares o supremos, sino que debe ser extendido a cualquier contraste entre [el CEDH] y la Constitución” (sentencia 348/2007, párr. 4.7).

³⁵ Corte Constitucional italiana, sentencia núm. 49/2015, párr. 4 (traducción libre).

La Ley Fundamental tiene como objetivo integrar a Alemania en la comunidad de Estados libres y pacíficos, pero no renuncia a la soberanía contenida en última instancia en la constitución alemana. Por lo tanto no hay ninguna incompatibilidad con el objetivo de comprometerse con el derecho internacional si el legislador, excepcionalmente, no cumple con el derecho de los tratados internacionales, siempre y cuando esta sea la única manera de evitar una violación de los principios fundamentales de la constitución. [...] El derecho de los tratados internacionales se aplica a nivel doméstico solo si ha sido incorporado al sistema jurídico interno de la forma adecuada y de conformidad con el derecho constitucional sustantivo.³⁶

Un segundo argumento que las cortes mencionan a menudo para limitar la naturaleza vinculante de las decisiones del TEDH se refiere a la necesidad de tomar en consideración las diferencias entre los dos sistemas de protección de derechos. Esto significa que las sentencias de Estrasburgo no pueden ser incorporadas automáticamente en el ordenamiento jurídico interno, sino que tienen que ajustarse al mismo.

En su sentencia 119/2001, el Tribunal Constitucional de España consideró que, si bien el artículo 10.2 de la Constitución española requiere la interpretación de los derechos constitucionales a la luz de la jurisprudencia del TEDH, esto no conlleva la obligación de realizar una “traslación mimética” de las sentencias de Estrasburgo al ordenamiento jurídico interno, sin tener en cuenta las diferencias entre el Convenio y la Constitución.³⁷

³⁶ Traducción libre de BVerfG, 2 BvR 1481/04, en Gamper, Anna, *op. cit.*, párr. 35, énfasis añadido.

³⁷ STC 119/2001 de 24 de mayo de 2001 (BOE núm. 137, de 08 de junio de 2001), FJ 6. En esta decisión, el Tribunal Constitucional español no dio seguimiento a la sentencia del TEDH en el caso *López Ostra*. TEDH. *López Ostra vs. España*, sentencia de 9 de diciembre de 1994 (Req. núm. 16798/90). De forma más general, Alejandro Sáiz Arnaiz subraya que el Tribunal Constitucional rechaza el papel de un mero ejecutor de las sentencias de Estrasburgo. Sáiz Arnaiz, Alejandro, *op. cit.*, p. 199. Así, de acuerdo con el autor, el Tribunal Constitucional interpreta el art. 10.2 de la Constitución de una manera que le permite tener un cierto margen en la adecuación de los derechos constitucionales a los derechos convencionales correspondientes. Sáiz Arnaiz, Alejandro, *op. cit.*, p. 202.

De forma similar, el Tribunal Constitucional Federal alemán considera que no solo la falta de consideración del CEDH y de las decisiones del TEDH puede constituir una violación de los derechos fundamentales, sino también “la «ejecución» de una tal decisión de forma automática, en violación de normas de mayor rango, puede violar derechos fundamentales en conjunción con el principio del Estado de derecho”.³⁸ En particular, pretende destacar los límites del enfoque del TEDH hacia los derechos humanos basado en la naturaleza individual de la aplicación en virtud del artículo 34 del CEDH. Ya que la Corte de Estrasburgo decide “casos individuales específicos en la relación bilateral entre el demandante y el Estado”,³⁹ sus sentencias pueden ser sesgadas debido a la falta de consideración adecuada del equilibrio entre todos los intereses implicados, incluyendo aquellos de las personas que no tomaron parte del procedimiento ante el TEDH.⁴⁰ Una aplicación automática de una sentencia de Estrasburgo a “una relación multipolar de derechos fundamentales” puede ser problemática y las cortes deberían, por tanto, tener una cierta discreción al ajustar la jurisprudencia del TEDH al ordenamiento jurídico interno.⁴¹

El mismo argumento ha sido desarrollado minuciosamente por la Corte Constitucional italiana en su sentencia 264/2012, en la cual rechazó declarar inconstitucional una ley cuya aplicación había llevado al TEDH a considerar la violación del artículo 6 del Convenio.⁴² La Corte Constitucional destacó que el Convenio, de acuerdo con su interpretación por el TEDH, es solo uno de los estándares que deben ser considerados a la hora de decidir sobre

³⁸ Traducción libre de BVerfG, 2 BvR 1481/04, *op. cit.*, párr. 47.

³⁹ *Ibidem*, párr. 58.

⁴⁰ Para una crítica contundente véase Cremer, Hans-Hoachim, “Zum Bindungswirkung von EGMR-Urteilen”, *EuGRZ* 31, 2004, pp. 695-696. De forma interesante, Cremer advierte que la jurisprudencia del BVerfG también se ha desarrollado en el contexto de recursos individuales, sin que ello impida que considere adecuadamente la naturaleza multipolar de las relaciones basadas en derechos fundamentales.

⁴¹ BVerfG, 2 BvR 1481/04, *op. cit.*, párr. 50.

⁴² TEDH. *Maggio y otros vs. Italia*, sentencia de 31 de mayo de 2011 (Req. núms. 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 y 56001/08).

la constitucionalidad de una ley. Esto significa que la sentencia del TEDH declarando la violación del Convenio por parte de Italia no conlleva automáticamente la inconstitucionalidad de la ley que causó la violación. La sentencia del TEDH debe ser ponderada respecto a otros principios constitucionales, y el resultado de dicha ponderación también puede ser la afirmación de la ley, no solo su inconstitucionalidad. Esto se debe al diferente control que llevan a cabo las dos cortes:

A diferencia del Tribunal Europeo, esta Corte (la *Corte costituzionale*) lleva a cabo periódicamente una evaluación sistemática, y no aislada, de los valores afectados por las disposiciones revisadas, y es por ello que requiere llevar a cabo esa ponderación, que le corresponde exclusivamente a esta Corte.

Por tanto, incluso después de una sentencia del TEDH que considere a Italia en violación del Convenio, la Corte tiene un cierto margen de apreciación a la hora de decidir sobre la constitucionalidad de la disposición legislativa en cuestión. Excepcionalmente, una ley puede ser considerada contraria al Convenio por el TEDH pero no ser inconstitucional según la Corte Constitucional, como demuestra la sentencia 264/2012.

Un tercer argumento se refiere al artículo 53 del CEDH, el cual protege los derechos humanos existentes excluyendo que una disposición del Convenio pueda ser interpretada “en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante”. Desde la perspectiva de algunas cortes constitucionales, esto requiere una comparación entre los niveles de protección bajo la Constitución y el Convenio, haciendo posible el rechazo a ejecutar una sentencia del TEDH si disminuye, en lugar de mejorar, el nivel de protección de los derechos. Esto ha sido destacado en particular por las cortes constitucionales alemana e italiana.

En *Görgülü*, a través de una referencia expresa (explícita al artículo 53 del CEDH), el BVerfG condicionó el deber de interpretar los derechos constitucionales a la luz del Convenio al requisito de que “esto no lleve a una restricción o reducción de la protección de los derechos fundamentales de

acuerdo a la Ley Fundamental, [lo cual] el propio Convenio no pretende”.⁴³

De forma similar, la Corte Constitucional italiana, también con referencia al artículo 53, afirmó que

[...] en relación con un derecho fundamental, el respeto de las obligaciones internacionales nunca puede constituir la causa de una reducción de la protección en relación con aquella dispuesta en el derecho interno, aunque puede y debe por el contrario constituir un instrumento efectivo para ampliar dicha protección. [...] La comparación entre la protección convencional y la protección constitucional de los derechos fundamentales debe ser efectuada con el objetivo de obtener la mayor expansión posible de garantías. Esto incluye el desarrollo del potencial inherente en las normas constitucionales que tienen como objeto los mismos derechos.⁴⁴

De forma interesante, la referencia al artículo 53 cambia la relación entre el derecho constitucional y el CEDH de una cuestión de jerarquía de normas a una cuestión de protección material de los derechos.⁴⁵ La observancia de la jurisprudencia del TEDH no depende del rango del Convenio, sino de ser capaz de proporcionar una mayor protección que el derecho constitucional estatal. Dada la naturaleza abierta de la pregunta acerca de qué sistema proporciona una mayor protección de los derechos, se les otorga a las cortes constitucionales una amplia discreción para decidir si cumplen o no con la jurisprudencia del TEDH.

En este contexto de limitaciones constitucionales al CEDH, la doctrina que la Corte Constitucional italiana elaboró en su sentencia 47/2015 resulta una excepción destacable, a la vez que

⁴³ Traducción libre de BVerfG, 2 BvR 1481/04, *op. cit.*, párr. 32.

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia núm. 317/2009, párr. 7 (traducción libre). Véase, sin embargo, sentencia núm. 349/2007, *op. cit.*, párr. 6.2.

⁴⁵ En la doctrina jurídica italiana, este punto ha sido destacado en particular por Ruggeri, Antonio, “La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale- astratta e prospettiva assiologico- sostanziale d’inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)”, *Forum di Quaderni costituzionali*, 2007, <http://www.forumcostituzionale.it>,

inquietante.⁴⁶ En esta sentencia, la Corte estableció la obligación de los tribunales de cumplir con la jurisprudencia del TEDH únicamente si “una cierta interpretación de las disposiciones del CEDH se ha consolidado de forma suficiente en Estrasburgo”.⁴⁷ Para decidir si determinada interpretación del TEDH debe ser considerada como “derecho consolidado”,⁴⁸ la Corte ofreció los siguientes criterios:

La creatividad del principio afirmado respecto al enfoque tradicional de la jurisprudencia europea; los eventuales puntos de distinción, o incluso contraste, frente a otras sentencias de la Corte de Estrasburgo; la existencia de opiniones disidentes, especialmente si se sustentan con argumentos robustos, el hecho de que la decisión se origine mediante una composición ordinaria y no haya sido apoyada por la Gran Sala, el hecho de que, en el caso en cuestión, la Corte no haya sido capaz de apreciar las características particulares del ordenamiento jurídico nacional, extendiendo criterios de evaluación elaborados frente a otros estados miembros que, a la luz de dichas características, parecen por el contrario ser poco adecuados para el caso italiano.

El resto de limitaciones al CEDH examinadas hasta el momento rechazan la ejecución de sentencias del TEDH debido a su interacción con el ordenamiento jurídico nacional, ya sea por

⁴⁶ Sobre la sentencia 49/2015 véase, en alemán, Paris, Davide y Oellers-Frahm, Karin, “Zwei weitere völlerrechts ‘unfreundliche’ Entscheidungen des italienischen Verfassungsgerichtshof aus dem Jahr 2015 (Nr. 49 und 50)/Zur Frage der Rechtsprechung des EGMR”, *EuGRZ* 44, 2016, pp. 245-252, con mayores referencias a los numerosos comentarios en italiano.

⁴⁷ Además, desde el punto de vista de la Corte, esto también se aplica cuando la sentencia del TEDH es una “sentencia piloto”, En la misma sentencia 49/2015, la Corte afirma que: “Ciertamente, el juez ordinario no puede negarse a ejecutar la decisión proveniente del Tribunal de Estrasburgo que haya establecido el asunto del cual dicho juez vuelve a ocuparse, cuando sea necesario, para que cesen adecuadamente los efectos perjudiciales de la violación constatada.” (párr. 7, traducción libre).

⁴⁸ Nótese que la traducción de la sentencia 49/2015 disponible en la página web de la Corte traduce la redacción italiana “*diritto consolidato*” como “consolidated law”. En el caso *Parrillo*, el TEDH se refiere, tal vez de forma más ajustada, a “well-established case-law”. TEDH. GC, *Parrillo vs. Italia*, sentencia del 27 de agosto de 2015 (Req. núm. 46470/11).

entrar en conflicto con la Constitución o por su problemática integración en el ordenamiento jurídico interno. Por el contrario, la sentencia 49/2015 de la Corte Constitucional italiana rechaza la fuerza vinculante de las sentencias del TEDH en virtud de criterios que no se refieren al ordenamiento jurídico interno, sino simplemente a la propia sentencia: si está en sintonía con la jurisprudencia previa, la existencia o no de opiniones disidentes, el apoyo de la Gran Sala, etc. A diferencia de las excepciones previamente mencionadas, esta doctrina no excluye el cumplimiento por razones específicas que afectan al Estado en cuestión, sino que rechaza en general la fuerza vinculante de las sentencias del TEDH.

El breve análisis comparado que se ha llevado a cabo en esta sección demuestra que las cortes constitucionales, aunque acepten la integración del CEDH y la jurisprudencia del TEDH en el baremo constitucional, siguen conservando un alto grado de autonomía frente al Tribunal de Estrasburgo. Lejos de ser meros representantes del TEDH, los tribunales constitucionales tienen un margen de apreciación suficientemente amplio como para decidir si, y en qué medida, una sentencia de Estrasburgo debe ser cumplida. En otras palabras, estar al servicio del CEDH no significa necesariamente volverse un siervo del TEDH.

Entre los tribunales constitucionales que han sido considerados aquí, solo en relación con Bélgica se ha argumentado que la autonomía de la Corte Constitucional está limitada hasta el punto de definirla como “un órgano subordinado al TEDH”⁴⁹ o, de forma más clara, como un “satélite” del mismo.⁵⁰ Sin embargo, hay buenas razones para destacar la postura de la Corte Constitucional belga entre la de otras cortes constitucionales.⁵¹ En

⁴⁹ Verdussen, Marc, “The Belgian experience of rights-based review: has the Constitutional Court become a body subordinated to the European Court of Human Rights?”, en Bell, John y Paris, Marie Luce (eds.), *Rights-Based Constitutional Review. Constitutional Courts in a Changing Landscape*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 346 y especialmente pp. 371-372.

⁵⁰ Lavrysen, Luc y Theunis, Jan, “The Belgian Constitutional Court: a satellite of the ECtHR?”, en *Liberæ Cogitationes. Liber amicorum Marc Bossuyt*, Cambridge, Intersentia, 2013, p. 354.

⁵¹ Para una discusión exhaustiva de las razones de la posición favorable a Estrasburgo de la Corte belga, véase Popelier, Patricia, “Belgium: Faithful,

comparación a sus homólogos en Europa, únicamente obtuvo la jurisdicción sobre derechos fundamentales recientemente y de forma progresiva, entre otros refiriéndose a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales, especialmente en el CEDH. El catálogo de derechos fundamentales de la Constitución belga se remonta a 1831, y respecto a la mayoría de derechos no ha sido reformado desde entonces. Es muy poco probable que pueda garantizar una mayor protección que el CEDH. Además, la Corte Constitucional no dispone de jurisdicción exclusiva sobre el control legislativo a la luz del Convenio, ya que desde 1971 la Corte de Casación ha sostenido que los tratados internacionales tienen prevalencia sobre la legislación interna, lo cual allana el camino para un control difuso concurrente de convencionalidad de la legislación interna.⁵² Todo esto contribuye a que la Corte Constitucional belga sea particularmente propicia a coincidir con Estrasburgo.

3. LOS BENEFICIOS DE RESPETAR EL CEDH: CUMPLIMIENTO, LEGITIMIDAD Y DIÁLOGO

La sección anterior ha demostrado que, pese a la carencia general de rango constitucional del CEDH, los tribunales constitucionales han aceptado su papel en su aplicación, integrándolo en sus propios parámetros constitucionales sin perder su autonomía respecto al TEDH. En esta sección se argumentará que existen buenas razones para hacerlo.

Un primer argumento a favor del compromiso de los tribunales constitucionales con el CEDH es el valor adicional que pueden aportar a su cumplimiento interno. Los tribunales constitucionales poseen una jurisdicción y poder que no tienen otros tribunales. Poniéndolos al servicio del CEDH, los tribunales

Obedient, and Just a Little Irritated”, en Popelier, Patricia, Lambrecht, Sarah, Lemmens, Koen (eds.), *op. cit.*, pp. 119-121.

⁵² Corte de Casación, 27 de mayo de 1971, *Franco-Suisse La Ski*. Sobre la interacción entre el control de convencionalidad por tribunales ordinarios y la Corte Constitucional véase A. Alen, E. Peremans, J. Spreutels, W. Verrijdt, *op. cit.*, pp. 29 y ss.

constitucionales pueden colaborar en su aplicación —tanto en la prevención de violaciones como en la reparación de violaciones ya establecidas por el TEDH—⁵³ de una manera inaccesible para otros tribunales. Los recursos de amparo constitucionales y el control concreto de legislación son particularmente efectivos en este sentido.

Los recursos de amparo permiten a los individuos presentar una solicitud al tribunal constitucional para reparar la violación de ciertos derechos constitucionales por autoridades nacionales —ya sean legislativas, administrativas o judiciales— en caso de que todos los demás recursos disponibles hayan sido agotados. Los tribunales constitucionales que tienen jurisdicción sobre recursos de amparo, como el alemán o el español, poseen el privilegio de tener la última palabra en relación con los derechos fundamentales a nivel interno. Si al controlar el cumplimiento interno de los derechos constitucionales un tribunal constitucional accede a considerar la jurisprudencia del TEDH, casi todos los casos que potencialmente los individuos pudieran llevar a Estrasburgo deberían ser tratados antes por los tribunales constitucionales.⁵⁴ El propio CEDH lo requiere, ya que el previo agotamiento de to-

⁵³ Kosář, David y Petrov, Jan, “The Architecture of the Strasbourg System of Human Rights: The Crucial Role of the Domestic Level and the Constitutional Courts in Particular”, *ZaöRV* 77, 2017, p. 595.

⁵⁴ Esto mismo no se aplica al Tribunal Constitucional austriaco, ya que no tiene competencia para conocer recursos constitucionales contra sentencias de tribunales ordinarios, sino únicamente aquellas de tribunales administrativos, con la excepción del Tribunal Supremo Administrativo. Por ello, tal y como subraya Anna Gamper, “no puede impedir que otros tribunales apliquen el Convenio de manera errónea o que basen sus decisiones en leyes que violan el CEDH sin remitirlas al control de la corte constitucional”. Gamper, Anna, *op. cit.*, p. 92 (traducción libre). Nótese que en España, la reforma del recurso de amparo de 2007, que introdujo el requisito de “especial relevancia constitucional” para la admisibilidad de recursos constitucionales, afecta seriamente al papel del Tribunal Constitucional como una conexión entre los sistemas doméstico y convencional de derechos fundamentales, Véase Ripoll Carulla, Santiago, “Un nuevo marco de relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista española de derecho internacional*, vol. 66, núm. 1, 2014, pp. 11-53, afirmando que las demandas contra España y las sentencias condenatorias del TEDH han aumentado desde la reforma de 2007 del recurso de amparo.

dos los recursos internos, incluyendo la presentación de un recurso de amparo en los ordenamientos jurídicos en los que exista, es un requisito para presentar una demanda ante el Tribunal de Estrasburgo, de acuerdo con el artículo 35.1 del Convenio.⁵⁵

El tribunal constitucional, entonces, se vuelve un tipo de filtro para potenciales demandas ante el TEDH y un garante de las obligaciones internacionales del Estado. El Tribunal alemán expresamente reconoció lo anterior en el caso *Görgülü*. Destacando su propia competencia para reparar, en el contexto de un procedimiento de amparo, una violación por parte de un tribunal del deber de tener en cuenta la jurisprudencia del TEDH, afirmó:

Como parte de su competencia, el Tribunal Constitucional Federal puede prevenir y eliminar, dentro de lo posible, las violaciones de derecho internacional público que consistan en la aplicación incorrecta o la inobservancia por parte de tribunales alemanes de obligaciones de derecho internacional y puedan dar lugar a responsabilidad internacional del Estado alemán. [...] El Tribunal Constitucional Federal, con esto, está indirectamente al servicio de la aplicación del derecho internacional y de este modo reduce el riesgo de no cumplir con el derecho internacional.⁵⁶

⁵⁵ La *Verfassungsbeschwerde* y el *recurso de amparo* están incluidos en los recursos internos que deben agotarse en virtud del artículo 35.1 del CEDH, desde las decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos en los casos *W. vs. Alemania* del 18 de julio de 1986 (núm. 10785/84) y *Union Alimentaria Sanders SA vs. España*, del 11 de diciembre de 1987 (núm. 11681/85). En relación con la cuestión de si el recurso de amparo debe seguir siendo considerado un recurso interno a agotar después de la reforma de 2007, véase TEDH. *Arribas Antón vs. España*, sentencia del 20 de enero de 2015 (Req. núm. 16563/11), mencionando este punto indirectamente. En la doctrina jurídica, véase González Alonso, Alicia y Ruiz-Risueño Montoya, Francisco, “El nuevo recurso de amparo constitucional a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. (A propósito de la reciente sentencia del TEDH Arribas Antón c. España)”, *Revista española de derecho europeo*, núm. 54, 2015, pp. 167 y ss.

⁵⁶ Traducción libre de BVerfG, 2 BvR 1481/04, *op. cit.*, párr. 61, énfasis añadido. Incluso aquellos que criticaron fuertemente la sentencia *Görgülü* por el débil compromiso del Tribunal Constitucional Federal hacia el CEDH alabaron esta parte de la decisión. Véase, Cremer, Hans-Hoachim, *op. cit.*, p. 698 y Tomuschat, Christian, “The Effects of the Judgments of the Eu-

Por un lado, la participación previa de una corte constitucional ciertamente puede contribuir a la disminución del número de demandas que llegan a Estrasburgo⁵⁷ y, por el otro, facilita el trabajo del TEDH, puesto que sus sentencias se vuelven fundamentalmente una revisión de las decisiones de la corte constitucional.⁵⁸ Sin duda, esto puede llevar a un conflicto abierto entre el TEDH y una corte constitucional, ya que en tal caso, una sentencia condenatoria del primero no puede sino volverse un reproche a dicha corte constitucional.⁵⁹ Sin embargo, como se explicará más adelante, las cortes constitucionales están en una mejor posición que los tribunales ordinarios para tratar este tipo de conflictos.

El control concreto de constitucionalidad —es decir, el procedimiento interlocutorio para el control de constitucionalidad de normas concretas accionado por tribunales ordinarios— también puede contribuir significativamente a la ejecución de las sentencias del TEDH.⁶⁰ Contrariamente a otros tribunales, las cortes

ropean Court of Human Rights According to the German Constitutional Court”, *German Law Journal*, vol. 11, núm. 5, 2010, p. 526.

⁵⁷ Ripol Carulla, Santiago, *op. cit.*, p. 14. Asimismo, Verrijdt, Willem, “The Belgian Constitutional Court as a Domestic Remedy for ECHR Violations”, en *Liberæ Cogitationes. Liber amicorum Marc Bossuyt*, *op. cit.*, p. 900.

⁵⁸ Verrijdt, Willem, *op. cit.*, p. 902. Christian Tomuschat destaca que, en relación con el Tribunal Constitucional Federal, los jueces de Estrasburgo sirven “como jueces de apelación, controlando la adecuación de las decisiones tomadas por los jueces constitucionales en Karlsruhe”. Tomuschat, Christian, *op. cit.*, p. 516.

⁵⁹ Sáiz Arnaiz, Alejandro, *op. cit.*, p. 199, y Cremer, Hans-Hoachim, *op. cit.*, p. 697. Desde la perspectiva del último, esto explica por qué el Tribunal Constitucional Federal rechazó obligar estrictamente a los tribunales ordinarios a cumplir con una decisión del TEDH que determine una violación del Convenio por parte de Alemania. Ya que una sentencia similar del TEDH necesariamente implica un refutación de la decisión de dicho Tribunal, su aplicación general sería contraria al artículo 31.1 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal (BVerfGG, por sus siglas en alemán), que determina que “las decisiones del Tribunal Constitucional Federal serán vinculantes para los órganos federales y del «Land», así como para todos los tribunales y autoridades administrativas”.

⁶⁰ Sin embargo, en contraste con el recurso constitucional, el procedimiento interlocutorio, generalmente no es considerado por el TEDH como un

constitucionales tienen la competencia de anular una ley aprobada por el Parlamento. Esto, que generalmente es considerado competencia característica de una corte constitucional —lo que los juristas alemanes llaman el *Entwerfungsmonopol*—, es el elemento fundamental del modelo europeo o “kelseniano” de control judicial de la legislación. Esto significa que, cuando una violación al CEDH resulte directamente de una disposición legislativa y no pueda ser evitada a través de una interpretación de esta última de acuerdo al Convenio, la corte constitucional está en posición de garantizar el cumplimiento con las decisiones del TEDH, mientras que los otros tribunales no lo están.

Integrar el CEDH y la jurisprudencia del TEDH en el baremo constitucional tiene el efecto de concienciar al poder legislativo respecto a que el incumplimiento del Convenio probablemente desembocará en una declaración de inconstitucionalidad, aumentando de esta manera su consideración en el proceso legis-

recurso a agotar antes de presentar una demanda ante él. El TEDH ha desarrollado su jurisprudencia en particular sobre el control concreto de la legislación de Italia, rechazando sistemáticamente considerarlo un recurso interno a agotar, ya que no se permite al individuo acudir directamente ante la Corte Constitucional: primero, TEDH. *Brozicek vs. Italia*, sentencia del 19 de diciembre de 1989 (Req. núm 10964/84), párr. 34. Véase, sin embargo, TEDH, GC, *Parrillo vs. Italia*, *op. cit.*, y, en particular, el voto conjunto parcialmente concurrente de los jueces Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolaou y Dedov. La opinión señala que la única razón para no considerar el recurso ante la Corte Constitucional como un recurso interno a agotar reside en su sentencia 49/2015, en la cual atenuó la fuerza vinculante de las decisiones del TEDH. El voto parece sugerir a dicha Corte que el TEDH podría estar dispuesto a situar el recurso ante la Corte Constitucional italiana entre los recursos internos a agotar, en caso de que esta se desdijese de su sentencia. 49/2015. Véase Randazzo, Barbara, “Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. *Parrillo c. Italia*: novità in tema di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le ‘sentenze gemelle’ (e la sentenza 49 de 2015)”, *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2015, p. 622. En relación con Francia y Bélgica, sobre la *question prioritaire de constitutionnalité* y la *question préjudicielle*, el TEDH todavía no ha expresado su opinión. Para una discusión véase Guillame, Marc, “Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l’homme”, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, núm 32, julio 2011, pp. 83 y ss.. Asimismo, Verrijdt, Willem, *op. cit.*, pp. 893 y ss., respectivamente.

lativo.⁶¹ Además, también puede ser un remedio efectivo para prevenir que una ley entre en conflicto con el CEDH, lo cual llevaría a una sentencia condenatoria por el TEDH, y para reparar violaciones al Convenio, determinadas también por Estrasburgo, que hayan sido causadas por dicha ley.

Ciertamente, armonizar la legislación con la jurisprudencia del TEDH es una prioridad para el poder legislativo, para cumplir con sus sentencias y prevenir futuras violaciones, pero si por cualquier razón el órgano legislativo aprueba una norma incompatible con el CEDH o permanece inactivo cuando es necesaria una reforma de la legislación para evitar futuras violaciones, los tribunales ordinarios pueden enderezar la situación, en la medida en que pueden interpretar la legislación existente de un modo que sea compatible con el Convenio. No obstante, si el contenido del acto legislativo no permite ninguna interpretación en conformidad con el CEDH, los tribunales ordinarios se enfrentan a un doble dilema: mientras que aplicar la ley podría contravenir el CEDH, no aplicarla podría violar la Constitución, ya que los tribunales no pueden negar la aplicación de las leyes. La intervención de la corte constitucional ofrece una salida de esta vía muerta.

Los tribunales ordinarios pueden iniciar un procedimiento interlocutorio para un control de constitucionalidad de la norma correspondiente empleando el Convenio, y la interpretación de este por el TEDH, como criterio de revisión. Esto permite a la corte constitucional anular con efecto *erga omnes* una disposición que viole el CEDH. De esta manera, la corte constitucional, actuando por iniciativa de los tribunales ordinarios, sustituye al poder legislativo y asegura el cumplimiento del CEDH. Un país como Italia, en el que el poder legislativo a menudo ha cerrado los ojos frente a las sentencias del TEDH, proporciona pruebas suficientes de la posibilidad de que las cortes constitucionales aseguren el cumplimiento del CEDH, incluso en casos en los que un cumplimiento de este tipo es inaccesible para tribunales ordinarios por ser un acto legislativo el responsable de la violación.⁶²

⁶¹ Gamper, Anna, *op. cit.*, p. 88.

⁶² Véase el ejemplo citado por Tega, Diletta, “The Italian Way: A Blend of Cooperation and Hubris”, *ZaöRV* 77, 2017, p. 701. Para una aplicación del

Pero la importancia de la contribución de las cortes constitucionales al cumplimiento interno del CEDH no está limitado a casos en los que los tribunales ordinarios no puedan asegurar el cumplimiento por sus propios medios. Incluso si la legislación puede ser interpretada en consonancia con el CEDH, la intervención de las cortes constitucionales asegura un valor añadido en términos de seguridad jurídica. Como las sentencias de las cortes constitucionales tienen efectos generales, suprimir una disposición legislativa asegura que ningún otro juez pueda aplicar dicha ley de una forma contraria al CEDH. En contraste, cuando una corte constitucional se limita a evaluar la compatibilidad de una ley con la Constitución, sin tener en cuenta su conformidad con el CEDH, puede suceder que la misma ley resista el escrutinio de la corte constitucional y su aplicación pueda conducir igualmente a una violación del Convenio. Los tribunales ordinarios entonces tienen que enfrentar una ley inconvencional pero no inconstitucional.⁶³

La defensa del Convenio por las cortes constitucionales es beneficiosa no solo en términos de cumplimiento, sino también en términos de legitimidad del sistema de protección de los derechos humanos. El actual aumento de la resistencia frente al sistema, que ha llevado a algunos países a considerar abandonarlo,

mismo mecanismo en el ordenamiento jurídico alemán, véase, Payandeh, Mehrdad, “Konventionswidrige Gesetze vor deutschen Gerichten”, *Die Öffentliche Verwaltung*, 2011, pp. 382-391. En cuanto a Bélgica, véase Lavrysen, Luc y Theunis, Jan, *op. cit.*, p. 354: “[The Belgian constitutional court] contributes in an important way to the effective implementation of the Convention, as interpreted by the European Court, in annulling or declaring unconstitutional —and thus setting aside— acts of parliament that violate the Convention”. También en Francia, no obstante el enfoque del Consejo Constitucional que no tiene en cuenta el CEDH, la *question prioritaire de constitutionnalité* es considerada una herramienta efectiva para prevenir y reparar violaciones del CEDH. Véase, Guillame, Marc, *op. cit.*, pp. 91 y 95.

⁶³ Esto puede pasar particularmente en Francia, donde los dos controles —de conformidad con la Constitución y con el CEDH— se mantienen estrictamente separados. De Béchillon considera raro, pero perfectamente aceptable, que un tribunal ordinario declare incompatible con el CEDH una ley que hubiese sido considerada en conformidad con la Constitución por el Consejo Constitucional. Béchillon, Denys de, *op. cit.*, p. 320.

es en parte, si no principalmente, una crisis de legitimidad. El Tribunal de Estrasburgo es percibido como un organismo ajeno que emite sentencias intrusivas que afectan fuertemente la libertad de los Estados, sin ser consciente de las particularidades sociales, culturales y jurídicas de estos. Las partes del Convenio son a menudo escépticas en relación con la creciente brecha entre el texto de este y la jurisprudencia del TEDH, considerándose vinculados a obligaciones que nunca han suscrito. La doctrina del margen de apreciación no está pensada para equilibrar adecuadamente la interpretación evolutiva del Convenio por el Tribunal de Estrasburgo.

El uso del Convenio como criterio por las cortes constitucionales podría contribuir en parte a restablecer a nivel interno esta falta de legitimidad del sistema. Cuando una corte constitucional acepta una decisión del TEDH como parte de los criterios de constitucionalidad, dicha decisión recibe legitimidad del tribunal más alto y con mayor autoridad del país.⁶⁴ Ya no se requiere que el Estado cumpla con el veredicto de un organismo externo cuya composición fue determinada casi en su totalidad por otros Estados. Más bien debe cumplir con la sentencia de su propia corte constitucional, cuyos jueces han sido escogidos por las mismas autoridades estatales. La apropiación del Convenio por las cortes constitucionales convierte una obligación internacional en una obligación con rango constitucional, lo cual ciertamente aumenta la legitimidad de la solicitud de cumplimiento.⁶⁵

Evidentemente, una corte constitucional no puede dar un cheque en blanco al TEDH. Las cortes constitucionales no están preparadas para dar su apoyo a una línea jurisprudencial que consideren que entra en conflicto con la Constitución o que no respeta suficientemente el margen de apreciación nacional. Esto conduce a un tercer argumento a favor de la aceptación por parte de los

⁶⁴ Bogdandy, Armin von; Grabenwarter, Christoph y Huber, Peter, “Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsraum”, en Bogdandy, Armin von; Grabenwarter, Christoph y Huber, Peter, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁵ En este sentido, Verrijdt destaca que, a través de su autoridad, la Corte Constitucional contribuye a la “convencionalidad del derecho interno”. Verrijdt, Willem, *op. cit.*, p. 901. Yo prefiero hablar de una “constitucionalización del derecho convencional”.

tribunales constitucionales del Convenio como un criterio de revisión, concretamente la facilitación del diálogo.

Con el sistema convencional abarcando a 47 Estados, las diferencias con el TEDH son hasta cierto punto inevitables. Pese a los mecanismos que el TEDH ha desarrollado para evitar conflictos abiertos con los Estados parte —desde el margen de apreciación hasta el uso estratégico de la remisión de causas a la Gran Sala—, ciertamente no resulta extraño que algunas sentencias del TEDH no sean aceptadas en el Estado correspondiente. Esto no es necesariamente una señal de la falta de voluntad de los Estados de respetar los derechos humanos o de su negación de los valores del Convenio.⁶⁶

La discrepancia de un Estado también puede estar fundada en los mismos valores en los que el TEDH basó su sentencia, pero con una interpretación distinta de los mismos. Un Estado puede legítimamente discrepar con la ponderación de derechos realizada por el TEDH, por ejemplo, porque piensa que dicho Tribunal dio demasiada importancia a ciertos derechos en detrimento de otros, o porque considera que, pese a insistir en el principio de subsidiariedad, el TEDH no prestó suficiente atención a las particularidades nacionales. Siendo este tipo de conflictos inevitables, hay buenas razones para pensar que son mejor gestionados si únicamente es la corte constitucional la que en principio debe enfrentarlos y no todos los tribunales internos.

En la medida en que estos casos pueden ser solucionados a través del diálogo entre los tribunales domésticos y el TEDH, es aconsejable facilitar este diálogo proporcionando al Tribunal de Estrasburgo un punto de contacto fiable a nivel interno. El diálogo puede funcionar mejor si el TEDH tiene un socio en cada

⁶⁶ Según Føllesdal, las fuertes críticas relativas a la legitimidad del sistema convencional también se dan en países como el Reino Unido y los países nórdicos, que aseguran una protección de los derechos humanos comparativamente alta y que raramente son condenados por violaciones del Convenio. Føllesdal, Andreas, “Much ado about nothing? International Judicial Review of Human Rights in Well Functioning Democracies”, en Føllesdal, Andreas; Schaffer, Johan y Ulfstein, Geir (eds.), *The legitimacy of International Human Rights Regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 273.

Estado parte que exprese al máximo nivel la opinión y las preocupaciones del respectivo país. Por el contrario, es mucho más difícil para el TEDH mantener un diálogo con una pluralidad de actores nacionales que adoptan puntos de vista diferentes y potencialmente contradictorios.

Si esto es así, las cortes constitucionales son, entre las autoridades judiciales nacionales, las mejor equipadas para dialogar con Estrasburgo. Por un lado, cuentan con una composición y un propósito que las vuelven idóneas para expresar las dificultades internas para cumplir con las sentencias del TEDH. Así, su discrepancia está basada en los valores constitucionales de un Estado parte y es expresada por una corte que está obligada institucionalmente a garantizarlos: son los tribunales que más probablemente serán escuchados en Estrasburgo.⁶⁷ Por otro lado, dichas cortes son un socio fiable para el TEDH. Gracias a sus particulares competencias y a su autoridad, cuentan con una posición dominante entre los tribunales internos y son capaces de guiar la jurisprudencia de los otros tribunales y de hacerlos propensos a aceptar la jurisprudencia del TEDH.⁶⁸ Esto puede resultar decisivo cuando una línea jurisprudencial polémica del TEDH debe encontrar aceptación entre los tribunales de un Estado.

Desde esta perspectiva, mientras los episodios esporádicos de conflicto entre las cortes constitucionales y el TEDH no deben ser necesariamente considerados como una crisis del sistema,⁶⁹ aquellas sentencias en que las cortes constitucionales rechazan su monopolio sobre los conflictos con el TEDH y permiten a todos los tribunales rechazar la aplicación de las sentencias del TEDH son objeto de fuertes críticas.

Esto es, en cierta medida, lo que el Tribunal alemán hizo en *Görgülü*, cuando declaró que:

⁶⁷ Ripoll Carulla, Santiago, *op. cit.*, p. 16. Conforme a Verrijdt: "If the constitutional court does not find a violation, this conclusion is presumably based on strong arguments, which might convince the ECtHR to take a more deferential approach". Verrijdt, Willen, *op. cit.*, p. 902.

⁶⁸ A. Alen, E. Peremans, J. Spreutels, W. Verrijdt, *op. cit.*, p. 48.

⁶⁹ Véase *infra*, sección 4.

Si en un procedimiento concreto de recurso en el que esté implicada la República Federal Alemana, el TEDH establece que ha habido una violación del Convenio, y dicha violación continúa, la decisión del TEDH debe ser tomada en consideración en la esfera doméstica, es decir, las autoridades o tribunales competentes deben considerar la decisión de forma perceptible y, si es necesario, justificar comprensiblemente por qué ellos sin embargo no siguen la interpretación jurídica internacional.⁷⁰

En tal caso, se le permite no solo a las cortes constitucionales, sino a todos los tribunales, con el requisito de que “justifiquen comprensiblemente” su decisión, negarse a cumplir con las sentencias del TEDH.⁷¹

En la misma línea, hay que lamentar que en su sentencia 49/2015, la Corte Constitucional italiana eximió a los tribunales ordinarios de la obligación de cumplir con las sentencias de Estrasburgo cuando consideren que dichas sentencias no son derecho consolidado. De esta manera, en lugar de asegurar su monopolio sobre los conflictos con el TEDH, más bien creó las pre-condiciones para difundirlos y multiplicarlos entre los tribunales ordinarios. Más aún, a diferencia del Tribunal alemán, la Corte italiana no tiene jurisdicción sobre recursos de amparo constitucionales. Por ello, cuando una violación del Convenio tiene lugar a través de una decisión, en particular porque el órga-

⁷⁰ Traducción libre de BVerfG, 2 BvR 1481/04, en Gamper, Anna, *op. cit.*, párr. 50, énfasis añadido. Para críticas contundentes, véase Tomuschat, Christian, *op. cit.*, p. 523 y Cremer, Hans-Joachim, *op. cit.*, p. 694. Este último destaca correctamente que el Tribunal Constitucional Federal facilitó demasiado que los tribunales ordinarios rechazasen el cumplimiento de decisiones del TEDH. Nótese que, de hecho en el propio caso *Görgülü*, la sentencia del TEDH no fue implementada por el tribunal al cual el caso fue remitido después de la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán. Esto llevó a Mr. Görgülü a presentar dos nuevos recursos constitucionales, afirmando entre otras cosas que la sentencia del TEDH no había sido implementada. Véase la decisión final del Tribunal alemán, Order of the First Chamber of the First Senate of 10 June 2005 – 1 BvR 2790/04. Los párrs. 1-14 del auto proporcionan una explicación de este caso complejo.

⁷¹ Además, tal y como explica Payandeh, la sentencia *Görgülü* no es nada clara sobre las condiciones bajo las cuales se les permite a los tribunales ordinarios no aplicar una decisión de Estrasburgo. Payandeh, Mehrdad, *op. cit.*, p. 385.

no judicial no se considera vinculado por la sentencia del TEDH al no ser esta aún “derecho consolidado”, Italia, a diferencia de Alemania,⁷² ya no tendrá la oportunidad de repararlo.

Por tanto, parece deseable, en beneficio del diálogo judicial que, en la medida de lo posible, las discrepancias con Estrasburgo sean expresadas por una única corte —la corte constitucional— y detalladas con claridad. Esto es imposible, a no ser que la corte constitucional interactúe directamente con el CEDH y con la jurisprudencia del TEDH. Desde esta perspectiva, el *dialogue sans parole* del Consejo Constitucional francés es objeto de críticas. Mientras que, en términos de cumplimiento con el CEDH, el Consejo puede contribuir adecuadamente considerando la jurisprudencia del TEDH sin mencionarla expresamente, este enfoque ciertamente no facilita el diálogo con Estrasburgo.⁷³ Si el tribunal constitucional no interactúa con la jurisprudencia del TEDH, se le impide a este último comprender en su totalidad las razones concretas del conflicto, por ejemplo, si se trata de un rechazo abierto a la jurisprudencia de Estrasburgo o más bien un malentendido de la misma.

4. ALIADOS Y CONTRAPESOS DEL TEDH

Este trabajo se ha centrado en la contribución específica que las cortes constitucionales pueden realizar en favor de la aplicación interna de la jurisprudencia de Estrasburgo. En particular, se ha demostrado que la falta de rango constitucional del CEDH no ha impedido a las cortes constitucionales aquí consideradas integrarlo en el baremo constitucional y usarlo, junto con la jurisprudencia del TEDH, como criterio de análisis. De esta manera, las cortes constitucionales han aceptado su papel como guardianes del CEDH, desempeñando un rol fundamental a la hora de asegurar su respeto en el ordenamiento jurídico interno. Destaca, en particular, que gracias a sus competencias y posición particular en el ordenamiento jurídico, las cortes constitucionales pueden

⁷² A. Alen, E. Peremans, J. Spreutels, W. Verrijdt, *op. cit.*, p. 48.

⁷³ Szymczak, David, *op. cit.*, pp. 14-15 y 22-23; Andriantsimbazovina, Joël, *op. cit.*, p. 78.

contribuir a la aplicación del CEDH de un modo que no se encuentra disponible para otros tribunales. Desde esta perspectiva, las cortes constitucionales deben considerarse como valiosos aliados del TEDH y asumir su tarea común de asegurar la protección efectiva de los derechos consagrados en el Convenio.

No obstante, las cortes constitucionales también son responsables del desarrollo de excepciones y límites al deber de las autoridades estatales de cumplir con las sentencias de Estrasburgo. En este artículo ha sido sugerido que dichas excepciones no son necesariamente una amenaza para el sistema: bajo ciertas condiciones también pueden fomentar su legitimidad y funcionamiento en general. Esta afirmación merece un mayor desarrollo, a lo cual se dedican los siguientes párrafos.

Una cierta tensión entre derechos y democracia es intrínseca a todas las formas de control jurisdiccional, sea este ejercido por los tribunales domésticos, las cortes constitucionales o por una corte supranacional o internacional. Sin embargo, se ha indicado con razón que, en vista de la dificultad contramayoritaria, la legitimidad de las cortes internacionales es mucho menor que la de las cortes constitucionales domésticas.⁷⁴ A nivel interno, algunos mecanismos constitucionales específicos están pensados para encontrar un equilibrio justo entre la efectividad de la evaluación judicial llevada a cabo por la corte constitucional y el respeto a la voluntad del parlamento democráticamente legitimado. Estos incluyen, en particular, la participación del parlamento en la composición de la corte constitucional y la posibilidad, de acuerdo a procedimientos especiales, de reformar la Constitución, que proporciona los parámetros de evaluación en las decisiones de la corte constitucional.⁷⁵ Estos contrapesos son ciertamente más débiles a nivel supranacional, donde ningún Estado por sí mis-

⁷⁴ Véase Føllesdal, Andreas, *op. cit.*, pp. 276 y 277.

⁷⁵ En su contundente respuesta a la dificultad contramayoritaria de Bickel, Ferreres Comella destaca la importancia de estos dos elementos —la participación de los órganos democráticos en la selección de los jueces de las cortes constitucionales y la reforma constitucional— para garantizar los controles democráticos sobre las cortes constitucionales. Véase Ferreres Comella, Víctor, *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, New Haven, Yale University Press, 2009, pp. 98 y ss.

mo puede influenciar la composición del TEDH, ni reformar el CEDH y sus protocolos.

En el sistema europeo de protección de los derechos humanos, el respeto por la autonomía de los Estados depende esencialmente de la doctrina del margen de apreciación, es decir, de la propia voluntad del TEDH de no inmiscuirse en asuntos que considera que los Estados legítimamente pueden regular de manera diferente sin violar su obligación internacional de cumplir con el CEDH. Pero es el propio TEDH quien decide qué margen de apreciación permite a cierto Estado en determinada materia: los Estados pueden hacer poco cuando consideren que este margen de apreciación no es respetado. En ese contexto, las cortes constitucionales pueden servir como un contrapeso adecuado, en caso de que el TEDH no respete el margen de apreciación de los Estados. Un uso prudente y cuidadoso por parte de las cortes constitucionales de la mencionada resistencia a las sentencias del TEDH puede contribuir a mejorar el equilibrio entre derechos y democracia, y evitar la prevalencia incondicional de los primeros sobre la última. Con ciertos límites, el desacuerdo de las cortes constitucionales puede ser entendido no como una amenaza para el sistema de la convención, sino como una contribución a su equilibrio.

Ciertamente, trazar una línea precisa entre el disenso legítimo y la erosión de la efectividad del sistema no es fácil. Cinco condiciones, sin embargo, pueden ser formuladas para delimitar el ámbito del disenso legítimo de las cortes constitucionales frente al TEDH.

Primero, el disenso judicial debería ser canalizado a través de una única corte. Como se mencionó, si una corte específica es la encargada de expresar las discrepancias de todo el ordenamiento jurídico a Estrasburgo, dichas discrepancias serán entendidas con mayor probabilidad como parte de un diálogo judicial destinado a mejorar y refinar la protección de los derechos humanos. Por el contrario, si se le permite a todos los tribunales ignorar las sentencias del TEDH se vuelve más difícil gestionar el conflicto, y su disenso puede, posiblemente, volverse un desafío para el sistema. Por esta razón, las decisiones de las cortes constitucionales que permiten a todos los tribunales negarse a cumplir con

la jurisprudencia del TEDH en lugar de concentrar dicha competencia en sus propias manos han sido fuertemente criticadas.

Segundo, la resistencia constitucional debe ser tratada con cuidado. Para que el disenso judicial sea una contribución positiva para una mejor protección de los derechos humanos, las cortes constitucionales solo deben oponerse a una sentencia del TEDH en casos muy excepcionales. Sus determinaciones deberían gozar de una presunción de conformidad que las cortes constitucionales solo puedan rechazar bajo circunstancias excepcionales.⁷⁶ De manera diferente, las cortes constitucionales deben ser conscientes de que oponerse frecuentemente al TEDH compromete la efectividad de las sentencias de este último en todo el ordenamiento jurídico e incluso más allá, por lo que deberían ejercer ese poder con extrema cautela.

Tercero, en la medida de lo posible, las cortes constitucionales deben evitar negarse abiertamente a implementar una sentencia del TEDH dirigida contra su Estado, es decir, una sentencia cuya fuerza vinculante esté determinada por el artículo 46.1 del Convenio. Más bien deberían ejercer su resistencia de una forma más matizada, oponiéndose a una cierta línea jurisprudencial del TEDH para influir en su desarrollo y prevenir su consolidación y aplicación a sus ordenamientos jurídicos. En resumen, la oposición de las cortes constitucionales debería dirigirse a la *res interpretata*, demostrando respeto por la *res judicata*.

Cuarto, a la hora de expresar su disconformidad, las cortes constitucionales deberían, al mismo tiempo, sostener el compro-

⁷⁶ Mi perspectiva es muy similar a la de Başak Çali, quien argumenta en favor de una presunción de deferencia de las autoridades internas respecto a los órganos interpretativos internacionales, pero también admite que esta presunción puede ser impugnada en casos de “malas interpretaciones”. Çali, Başak, “The legitimacy of international interpretative authorities for human rights treaties: an indirect-instrumentalist defence”, en Føllesdal, Andreas; Schaffer, Johan y Ulfstein, Geir (eds.), *op. cit.*, pp. 141 y ss. Çali subraya, en particular, que tanto la deferencia como la impugnación promueven una diálogo constructivo sobre la mejor interpretación de los tratados de derechos humanos y que, en casos de desacuerdo, los Estados deberían expresarlo “con espíritu de mejorar la interpretación global del derecho de los derechos humanos” (“in the spirit of improving global interpretation of human rights law”). Çali, Başak, *op. cit.*, p. 162.

miso del Estado tanto hacia su obligación general de respetar el CEDH como hacia los valores del Convenio. Las cortes constitucionales tienen que dejar claro que su oposición no cuestiona la obligación general del Estado de cumplir con la jurisprudencia del TEDH, sino que está limitada únicamente a una interpretación específica dada por el mismo.⁷⁷ Además, deben indicar que no se oponen a los valores fundamentales del Convenio, sino a ciertas interpretaciones de estos en una situación particular. Esto es esencial para restringir el desacuerdo a un único episodio que no afecte al compromiso constante con el sistema del Convenio, así como para demostrar que esta oposición excepcional tiene intención de apoyar al sistema a largo plazo, no menoscabarlo.

Y quinto, a la hora de oponerse al TEDH, las cortes constitucionales deberían indicar claramente las razones de su desacuerdo. Deben permitir al TEDH entender que su discrepancia no conlleva una negación de los valores fundamentales del Convenio, sino que está basada en una ponderación divergente entre dichos valores. Si el desacuerdo se desprende de la creencia de que el TEDH no percibió adecuadamente las peculiaridades del contexto interno y el impacto que la sentencia iba a tener sobre el mismo, se le deben otorgar todos los medios al TEDH para evaluar dichos elementos.

Si las cortes constitucionales cumplen con estas condiciones, incluso su desacuerdo puede beneficiar al sistema a largo plazo. Si los Estados perciben que no hay ningún diálogo posible con el TEDH y que no poseen los medios para reaccionar a las sentencias que limitan indebidamente su margen de apreciación, ello podría llevarlos, a largo plazo, a considerar la posibilidad de abandonar el sistema, al no haber otras opciones disponibles.

Por el contrario, si un canal de diálogo se mantiene abierto, el sistema en general tendrá más posibilidades de ser aceptado.

⁷⁷ Desde esta perspectiva, la comparación entre la actitud de las cortes constitucionales en Rusia y Lituania en caso de desacuerdo con el TEDH es muy interesante. Véase sobre este asunto Padskocimaite, Ausra, “Constitutional Courts and (Non)execution of Judgments of the European court of Human Rights: A Comparison of Cases from Russia and Lithuania”, *ZaöRV* 77, 2017, p. 651.

Para esta tarea judicial de mediación entre la esfera nacional y supranacional, las cortes constitucionales parecen ser los tribunales mejor equipados, gracias a su particular composición y competencias. Además de contribuir a la efectividad del sistema como aliadas del TEDH, las cortes constitucionales pueden también perseguir los mismos objetivos, desde una perspectiva diferente, actuando como contrapesos del Tribunal de Estrasburgo.

BIBLIOGRAFÍA

ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël, “Unité et divergences de jurisprudences constitutionnelles et supranationales : Respect du droit, irrégularité, dialogue – L'exemple des rapports du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne de droits de l'homme”, en Magnon, Xavier *et al.* (eds.), *L'office du juge constitutionnel face aux exigences supranationales*, Bruselas, Bruylant, 2015.

DE BÉCHILLON, Denys, “Synthèse”, en Magnon, Xavier *et al.* (eds.), *L'office du juge constitutionnel face aux exigences supranationales*, Bruselas, Bruylant, 2015.

BOGDANDY, Armin von, GRABENWARTER, Christoph, HUBER, Peter, “Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsraum”, en BOGDANDY, Armin von; GRABENWARTER, Christoph y HUBER, Peter (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum. Band VI. Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen*, 2016.

ÇALI, Başak, “The legitimacy of international interpretative authorities for human rights treaties: an indirect-instrumentalist defence”, en FØLLESDAL, Andreas; SCHAFFER, Johan y ULFSTEIN, Geir (eds.), *The legitimacy of International Human Rights Regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

CREMER, Hans-Hoachim, “Zum Bindungswirkung von EGMR-Urteilen”, *EuGRZ* 31, 2004.

DUTHEILLET DE LAMOTHE, Olivier, “Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité”, en AA.VV., *Juger*

- l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, París, Dalloz, 2007.
- , “Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme: un dialogue sans paroles”, en AA.VV., *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, París, Dalloz, 2009.
- FERRERES COMELLA, Víctor, *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, New Haven, Yale University Press, 2009.
- FØLLESDAL, Andreas, “Much ado about nothing? International Judicial Review of Human Rights in Well Functioning Democracies”, en FØLLESDAL, Andreas; SCHAFFER, Johan y ULFSTEIN, Geir (eds.), *The legitimacy of International Human Rights Regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- GAMPER, Anna, “Austria: Endorsing the Convention System, Endorsing the Constitution”, en POPELIER, Patricia; LAMBRECHT, Sarah y LEMMENS, Koen (eds.), *Criticism of the European Court of Human Rights. Shifting the Convention System: Counter-Dynamics at the National and EU Level*, Cambridge, Intersentia, 2016.
- GONZÁLEZ ALONSO, Alicia y RUIZ-RISUEÑO MONTOYA, Francisco, “El nuevo recurso de amparo constitucional a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. (A propósito de la reciente sentencia del TEDH Arribas Antón c. España)”, *Revista española de derecho europeo*, núm. 54, 2015.
- GRABENWARTER, Christoph, “Zur Bedeutung der Entscheidungen des EGMR in der Praxis des VfGH”, *Österreichische Richterzeitung*, 2007.
- , “European Fundamental Human Rights in the Case Law of the Austrian Constitutional Court”, en WEITZEL, Luc (ed.), *L'Europe des droits fondamentaux. Mélanges en hommage à Albert Weitzel*, 2013.
- , “Der österreichische Verfassungsgerichtshof”, en BOGDANDY, Armin von; GRABENWARTER, Christoph y HUBER, Peter (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum. Band VI. Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen*, 2016.

- GUILLAME, Marc, “Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l’homme”, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, núm 32, jul 2011.
- KOSAŘ, David y PETROV, Jan, “The Architecture of the Strasbourg System of Human Rights: The Crucial Role of the Domestic Level and the Constitutional Courts in Particular”, *ZaöRV* 77, 2017.
- LAVRYSEN, Luc y THEUNIS, Jan, “The Belgian Constitutional Court: a satellite of the ECtHR?”, en AA.VV., *Liberæ Cogitationes. Liber amicorum Marc Bossuyt*, Cambridge, Intersentia, 2013.
- PADSKOCIMAITE, Ausra, “Constitutional Courts and (Non)execution of Judgments of the European court of Human Rights: A Comparison of Cases from Russia and Lithuania”, *ZaöRV* 77, 2017.
- PARIS, Davide y OELLERS-FRAHM, Karin, “Zwei weitere völkerrechts ‘unfreundliche’ Entscheidungen des italienischen Verfassungsgerichtshof aus dem Jahr 2015 (Nr. 49 und 50)/Zur Frage der Rechtsprechung des EGMR”, *EuGRZ* 44, 2016.
- PAYANDEH, Mehrdad, “Konventionswidrige Gesetze vor deutschen Gerichten”, *Die Öffentliche Verwaltung*, 2011.
- POPELIER, Patricia, “Belgium: Faithful, Obedient, and Just a Little Irritated”, en POPELIER, Patricia; LAMBRECHT, Sarah y LEMMENS, Koen (eds.), *Criticism of the European Court of Human Rights. Shifting the Convention System: Counter-Dynamics at the National and EU Level*, Cambridge, Intersentia, 2016.
- RANDAZZO, Barbara, “Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tema di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le ‘sentenze gemelle’ (e la sentenza n. 49 del 2015)”, *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2015.
- RIPOLL CARULLA, Santiago, “Un nuevo marco de relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista española de derecho internacional*, vol. 66, núm. 1, 2014.

- RUGGERI, Antonio, “La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d’inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)”, *Forum di Quaderni costituzionali*, 2007, <http://www.forumcostituzionale.it>
- ROUX, Jérôme, “L’abandon de la jurisprudence IVG: une question d’opportunité ou de logique?”, *Revue du Droit Public*, 2009.
- SÁIZ ARNAIZ, Alejandro, “Artículo 10.2: La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos”, en PÉREZ MANZANO, Mercedes *et al.* (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, vol. 1, t. 1, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2018.
- SZYMCZAK, David, “Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l’homme: L’eupéanisation ‘heurtée’ du Conseil constitutionnel français”, *Jus Politicum*, 2012, núm 7, <http://juspoliticum.com>
- TEGA, Diletta, “The Italian Way: A Blend of Cooperation and Hubris”, *ZaöRV* 77, 2017.
- TOMUSCHAT, Christian, “The Effects of the Judgments of the European Court of Human Rights According to the German Constitutional Court”, *German Law Journal*, vol. 11, núm. 5, 2010.
- VERRIJDT, Willem, “The Belgian Constitutional Court as a Domestic Remedy for ECHR Violations”, en AA.VV., *Liberæ Cogitationes. Liber amicorum Marc Bossuyt*, Cambridge, Intersentia, 2013.
- VERDUSSEN, Marc, *Justice constitutionnelle*, Bruselas, Larcier, 2012.
- , “The Belgian experience of rights-based review: has the Constitutional Court become a body subordinated to the European Court of Human Rights?”, en BELL, John y PARIS, Marie Luce (eds.), *Rights-Based Constitutional Review. Constitutional Courts in a Changing Landscape*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016.

Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades
se terminó de imprimir en noviembre de 2019,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro, dependientes de la Oficialía Mayor,
bajo la dirección del Lic. Álvaro Mondragón Pérez,
su tiraje consta de 1 000 ejemplares.



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

OTRAS PUBLICACIONES

*Interpretación de las restricciones constitucionales
Una visión desde la argumentación y la hermenéutica*

RAMSÉS MONTOYA CAMARENA

La epistemología del procedimiento penal acusatorio y oral

MARIELA PONCE VILLA

Teorías contemporáneas de la justicia.

Introducción y notas críticas

RODOLFO VÁZQUEZ

(En coedición con el

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM)

Diálogos democráticos

LUIS ESPÍNDOLA MORALES

ROGELIO FLORES PANTOJA (COORDS.)

(En coedición con el

Instituto Electoral del Estado de Querétaro)

Interamericanización del derecho a la salud

Perspectivas a la luz del caso

Poblete de la Corte IDH

MARIELA MORALES ANTONIAZZI

LAURA CLÉRICO (COORDS.)

Impacto de la corrupción en los derechos humanos

CARLOS TABLANTE

MARIELA MORALES ANTONIAZZI (EDS.)

*Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y
por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas*

LAURA CLÉRICO

CUMPLIMIENTO E IMPACTO DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. TRANSFORMANDO REALIDADES

Este libro reúne las contribuciones presentadas en distintos seminarios organizados por el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, en cooperación con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y el Programa Estado de derecho de la Fundación Konrad Adenauer.

La obra se desarrolla a partir de dos elementos comunes: la revisión del *cumplimiento* de las sentencias emitidas por el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como el *impacto* generado por las medidas de reparación ordenadas. A partir de ello, se abordan las diferentes aproximaciones y fundamentos sobre las reparaciones, que son la sustancia del cumplimiento; las distintas modalidades de diálogo generado; los reportes nacionales sobre los mecanismos de cumplimiento de las sentencias; la sistematización de buenas prácticas; la identificación de algunos de los fenómenos que generan resistencias al cumplimiento de las sentencias, tanto de carácter político como judicial, así como las formas de solución de estas a través del diálogo horizontal y vertical.

El libro está organizado en tres secciones: en la primera se aborda el marco conceptual; la segunda agrupa los estudios nacionales, tanto de Europa como de América Latina y, finalmente, en la tercera encontramos los estudios transversales sobre el impacto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los estudios comparados.

Se trata de un trabajo plural, producto de diversos enfoques que de manera complementaria se suman para mostrar distintas rutas e impactos de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, donde se encontrarán conceptos, perspectivas y novedosos análisis, para dejar en manos de las lectoras y los lectores un libro que apunta hacia el constitucionalismo transformador en América Latina, la eficacia de los derechos humanos y el fortalecimiento de la democracia.

ISBN 978-607-7822-56-1



9 786077 822561

QRO
ORGULLO
DE **MX**



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO