

IMPLEMENTACIÓN
DE LAS DECISIONES
DEL SISTEMA
INTERAMERICANO DE
DERECHOS HUMANOS

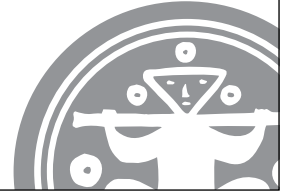
*APORTES PARA LA
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA*



Centro por la Justicia y el Derecho Internacional
Center for Justice and International Law
Centro pela Justiça e o Direito Internacional
Pemontok Kowantok Wacüpe Yuwanin Pataset

Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Aportes para la Administración de Justicia

Buenos Aires: Centro por la Justicia y el Derecho Internacional- CEJIL, 2016.



Se autoriza la reproducción del contenido de la presente publicación siempre que se cite la fuente.

Coordinación Editorial:

Viviana Krsticevic

Alejandra Vicente

Antonio Jaén

Edición,

Diseño Editorial y de Tapa:

Folio Uno S.A.

IMPLEMENTACIÓN
DE LAS DECISIONES
DEL SISTEMA
INTERAMERICANO DE
DERECHOS HUMANOS

*APORTES PARA LA
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA*

CEJIL 

Este trabajo de CEJIL fue posible gracias al generoso aporte de las siguientes agencias:

- 
- ACNUR - Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados
 - Diakonia
 - HIVOS
 - Fondo de Contribuciones Voluntarias de Naciones Unidas para las Víctimas de Tortura
 - Fondo Nacional para la Democracia
 - Ministerio de Relaciones Exteriores de Noruega
 - Misereor
 - Open Society Foundations
 - Pan para el Mundo
 - Plan International
 - Principado de Liechtenstein
 - The Oak Foundation
 - The Overbrook Foundation
 - Unión Europea
 - W. K. Kellogg Foundation

Y donantes individuales y privados que desean mantenerse en el anonimato

PRESENTACIÓN

Viviana Krsticevic
Directora Ejecutiva de CEJIL

Durante los días 24 y 25 de noviembre de 2014, CEJIL organizó en Costa Rica el foro regional “La Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Administración de Justicia: sinergias, tensiones y posibilidades”. El objetivo del mismo fue generar un espacio de reflexión con un grupo amplio de actores sobre los factores que inciden en el cumplimiento de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), con especial énfasis en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este evento permitió realizar un balance de la situación actual del SIDH, así como de su importancia para fortalecer la protección de derechos y la actuación de la justicia a nivel nacional; identificar factores que facilitan y obstaculizan el cumplimiento de las decisiones del SIDH y posibles medidas para superarlos; analizar el papel que juegan otros actores en el acatamiento de las decisiones, como defensores/as de derechos humanos, víctimas, defensorías públicas, funcionarios/as judiciales, entre otros; y tratar de construir propuestas para mejorar de manera progresiva la efectividad de las decisiones de nuestro sistema regional de protección.

El foro puso un énfasis especial en el papel que juega la Administración de Justicia en la implementación de las decisiones del SIDH y la lucha contra la impunidad, permitiendo estudiar con mayor profundidad los puntos de interacción entre lo internacional y lo nacional, los retos en la implementación de la obligación de investigar y castigar, así como las oportunidades que ofrecen los sistemas de justicia para afianzar la efectividad y legitimidad del SIDH y del Estado de derecho en general.

La presente publicación pretende recoger, de manera no exhaustiva sino representativa, algunas de las reflexiones, estudios innovadores y propuestas, realizadas durante el foro por un grupo variado de autoras y autores con perspectivas diferenciadas. Entre los temas examinados en sus aportes se incluye, por ejemplo, la sinergia entre el SIDH y el derecho penal internacional; las experiencias de diálogo entre el SIDH y los órganos judiciales de los Estados; el papel de las defensorías públicas; factores y condiciones de la Administración de Justicia que facilitan el cumplimiento de decisiones internacionales.

Este volumen se suma a otros dos materiales publicados anteriormente por CEJIL en el área de implementación de decisiones del SIDH: una publicación que analizaba el tema de cumplimiento con carácter general, y otra relativa a la relación entre implementación y procesos legislativos¹. En esta tercera publicación abordamos de manera más específica la relación entre SIDH y la Administración de Justicia, a la que consideramos como actor clave para garantizar la efectividad de las decisiones del SIDH.

Asimismo, esta publicación da continuidad al trabajo de CEJIL en el área de fortalecimiento del marco regional de protección de los derechos humanos, de manera específica, a nuestro anhelo de aumentar la concomitancia que debe existir entre la protección nacional e internacional de los derechos de los ciudadanos y ciudadanas del continente.

En su momento, dedicamos el foro a la memoria de César Barrientos Pellecer, quien hasta su muerte en 2014, se desempeñó como Magistrado en la Corte Suprema de Justicia de Guatemala. Como funcionario público convencido de la importancia de las decisiones emitidas por la Corte IDH, su influencia fue determinante para que Guatemala reconociera judicialmente la autoejecutabilidad de las sentencias del tribunal regional. Ello resultó en la reapertura de varios procesos penales en los que se juzgó a miembros de la fuerza pública responsables de graves violaciones de derechos humanos. De ese modo, su aporte fue clave para romper el ciclo de impunidad en Guatemala, dejando un resquicio de esperanza a miles de víctimas.

La trayectoria personal y profesional del doctor Barrientos, sus principios y valores, no sólo nos siguen inspirando cada día, sino que constituyen un ejemplo del diálogo positivo que debe existir entre el SIDH y los órganos de Administración de Justicia, así como su poder transformador en la consolidación del Estado de derecho.

Este libro fue editado por Alejandra Vicente, abogada senior y Antonio Jaén, experto en Comunicación.

1 CEJIL, Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Aportes para los procesos legislativos”, 2009; Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales”, 2007. Ambas disponibles en <https://cejil.org/es/publicaciones?page=1>.

CONTENIDOS

La implementación de las decisiones del SIDH y la Administración de Justicia: sinergias, tensiones y posibilidades.	9
Viviana Krsticevic.	
El Derecho Penal Internacional por otros medios: la jurisdicción cuasipenal de los órganos de derechos humanos,	27
Alexandra Hunneus.	
La importancia de la justicia como medida de reparación: la perspectiva de las víctimas.	43
Lucrecia Molina.	
La independencia judicial y las condiciones de los procesos judiciales internos que facilitan el cumplimiento de las decisiones interamericanas.	63
Óscar Parra Vera.	
La experiencia brasilera de diálogo con decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.	77
Marlon Alberto Weichert y Gustavo Miranda Antonio.	
El rol de las instituciones nacionales de derechos humanos en el seguimiento de resoluciones internacionales: algunas experiencias en la región.	93
Alejandra Nuño.	
Diálogo entre los órganos del Sistema Interamericano y los tribunales internos: desafío para el margen de apreciación.	109
Francisco Barbosa Delgado.	

LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS DECISIONES DEL SIDH Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: SINERGIAS, TENSIONES Y POSIBILIDADES

*Viviana Krsticevic**

1. Introducción

Una de las áreas menos exploradas en la ejecución de las decisiones del SIDH es la que depende de la Administración de Justicia, pese a que la impunidad persiste en un significativo número de casos decididos por la CIDH y la Corte IDH. Dicho incumplimiento de las decisiones por parte de la justicia repercute en la tutela de los derechos de aquéllos y aquéllas que se acercan al SIDH, procurando una adecuada reparación. También afecta en la sobrecarga de casos en la esfera internacional, en la definición de lo local y lo internacional, y en la legitimidad del Sistema Interamericano de protección, entre otros.

A su vez, es útil tener en cuenta que la Administración de Justicia tiene la capacidad de modificar de manera significativa la articulación entre la protección local e internacional de derechos humanos, así como las condiciones de recepción de las decisiones internacionales.

Este capítulo adopta un enfoque amplio para examinar la relación de la justicia en el ámbito nacional e internacional, a fin de mejorar el grado de ejecución de las decisiones del SIDH y la garantía de los derechos fundamentales. En particular, intento superar la tentación de mirar la ejecución de las decisiones solamente a partir de la capacidad de recepción de las órdenes resolutorias internacionales, por parte de las instituciones nacionales frente a casos individuales.

El enfoque propuesto identifica cuatro áreas críticas para mejorar los niveles de ejecución de las decisiones internacionales que reflejan condiciones propias del SIDH, de la articulación entre la protección nacional e internacional y de la situación en el Estado receptor de las decisiones.

* Viviana Krsticevic es la directora ejecutiva del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL)

Estas áreas consisten en: a) contribuciones que fortalecen la legitimidad, autoridad o efectividad de las decisiones a ejecutar; b) aportes jurídicos, como el desarrollo de pautas para la actuación adecuada de la Administración de Justicia frente a violaciones recurrentes o que, al contrario, eliminan obstáculos para la actuación efectiva de la justicia; c) el fortalecimiento y protección de actores clave para la correcta Administración de Justicia; y d) el establecimiento o refuerzo de la institucionalidad necesaria para el cumplimiento en el ámbito nacional e internacional. Cada una de estas áreas será analizada con más detalle en las siguientes secciones.

Esta reflexión concluye reconociendo la concomitancia de las acciones de la justicia en la esfera nacional e internacional, así como las tensiones y posibilidades de articulación entre ambos niveles, que pueden allanar, u obstruir, la capacidad de ejecución de decisiones de los órganos interamericanos. Adicionalmente, sostenemos que este enfoque permite identificar y actuar sobre las diferencias institucionales, históricas y políticas de los diferentes países receptores, para avanzar en un mayor nivel de cumplimiento e impacto de las decisiones del SIDH.

2. Aportes para la legitimidad, autoridad y efectividad

Uno de los factores que influye en la ejecución de las decisiones del SIDH es la diferencia de autoridad y legitimidad que tienen en virtud de múltiples factores a nivel local e internacional. Quizás, varios aspectos de esta temática exceda en parte el contenido de una publicación jurídica. Sin embargo, una faceta acotada y técnica de este problema está dada por la diferencia de legitimidad, autoridad y contenido de los distintos tipos de resoluciones de la CIDH y la Corte IDH, en virtud de consideraciones normativas y de hecho. He aquí un área donde el propio SIDH, así como la Administración de Justicia nacional o local y quienes litigan, puede actuar para allanar el cumplimiento de cada uno de los tipos de resoluciones¹.

1 Respecto al debate más amplio sobre las medidas que puede tomar cada uno de los poderes del Estado para fortalecer la articulación entre la protección local e internacional véase: Krsticevic, Viviana, "Lineas de trabajo para mejorar la efectividad del sistema", en *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Méndez, Juan y Cox, Francisco (Ed.), IIDH, 1998; Krsticevic, Viviana, "Reflexiones sobre la ejecución de sentencias de las decisiones del Sis-

En este sentido, uno de los problemas más recurrentes consiste en la falta de claridad sobre la autoridad de buena parte de las resoluciones del SIDH. Por ejemplo: ¿cuál es el valor de las medidas cautelares de la CIDH? ¿Y las soluciones amistosas acordadas en la fase inicial? ¿Cambia el valor de las decisiones dependiendo de si los Estados ratificaron o no la CADH?

Lo que parece relativamente pacífico en la jurisprudencia, es que las sentencias y resoluciones de la Corte IDH sobre casos contenciosos vinculan a los Estados y son consideradas como ejecutivas o autoejecutables, en virtud de lo sostenido por la letra de la CADH y la jurisprudencia del Tribunal². En la vasta mayoría de los casos, la autoridad y el alcance de las decisiones del Tribunal no es cuestionada en el proceso, ni por diferentes actores estatales ni por la academia³. Ahora bien, en lo

tema Interamericano de protección de derechos humanos”, en Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano, CEJIL, 2007; Krsticevic, Viviana, “Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Aportes para los procesos legislativos”, CEJIL, 2009. Camilleri, J. Michael y Krsticevic, Viviana, “*Making International Law stick: Reflections on compliance with judgments in the Inter-American Human Rights System*”, en Protección Internacional de Derechos Humanos y el Estado de Derecho (Joaquín González Ibañez, 2008).

- 2 Krsticevic, Viviana, “Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Aportes para los procesos legislativos”, CEJIL, 2009, pág. 16. Ver también, Corte IDH, caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104; Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13-29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A. No. 5, párr. 22.
- 3 Esta aceptación tiene excepciones en algunos países como República Dominicana y Uruguay. En República Dominicana, en noviembre del 2014, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la aceptación de la competencia de la Corte IDH por el país en 1999, días después de que el Gobierno anunciara su rechazo a la decisión emitida por la Corte IDH en el caso de *Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*. En Uruguay, tras la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso Gelman, que declaraba contraria a la CADH la Ley de Caducidad que impedía la persecución de los crímenes cometidos durante la dictadura, la Suprema Corte de Justicia habría emitido decisiones que permitían la prescripción de dichos crímenes, contrariando lo dispuesto por la Corte IDH. Ver, Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 20 de marzo del 2013. Por su parte, el cuestionamiento del carácter vinculante de las decisiones de medidas provisionales de la Corte IDH fue zanjado en el asunto Liliana Ortega —sobre medidas provisionales respecto de

que respecta a las decisiones de la CIDH, éstas no cuentan con la misma aceptación de su autoridad pese a lo sostenido por parte de la doctrina, la judicatura, algunos Estados, la propia CIDH y la Corte IDH⁴.

De esta manera, es posible tomar medidas de carácter general que modifiquen las condiciones de operación del SIDH en su conjunto, a través de desarrollos jurisprudenciales a nivel local que aclaren el valor de cada decisión, en consonancia o más allá de lo tratado por la propia Corte IDH⁵. Por ejemplo, a través del establecimiento, de manera clara y categórica, del valor vinculante de los informes definitivos de caso de la CIDH, de las soluciones amistosas, o de la determinación del carácter de las obligaciones que se derivan del dictado de medidas cautelares de la CIDH⁶.

A su vez, de forma complementaria, la Administración de Justicia en cada uno de los países puede responder interpretando o aplicando normas constitucionales o tratados, incorporando o dialogando con la jurisprudencia del SIDH, con miras a cambiar el tipo de articulación de la protección local y la internacional, o las condiciones de recep-

Venezuela—, en el que el Tribunal estableció que “tiene como facultad inherente a sus funciones, supervisar el cumplimiento de las medidas provisionales de protección ordenadas y de emitir, a petición de parte o *motu proprio*, instrucciones para el cumplimiento de las mismas (...)”. Corte IDH. Asunto Liliana Ortega y otras. Medidas provisionales respecto a Venezuela. Resolución de la Corte de 4 de mayo de 2004. Considerandos, párr. 9.

- 4 Ver por ejemplo, Hitters, Juan Carlos, ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad). Estudios Constitucionales, Año 7, 2009.
- 5 Algunas de estas áreas no han sido objeto de decisiones recientes de la Corte IDH.
- 6 De conformidad con las reglas del derecho internacional de los derechos humanos, la obligación internacional actuaría como estándar mínimo de garantía o referencia frente a lo que puedan legislar los Estados en sus respectivos ordenamientos jurídicos. En este sentido, un tribunal o una ley no podrían razonablemente sostener el carácter no vinculante de las recomendaciones y afirmar que éstas no tienen efecto alguno sobre los diversos órganos del Estado encargados de ejecutarlas. Sobre este punto ver: Krsticevic, Viviana, “Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Aportes para los procesos legislativos”, CEJIL, 2009, págs. 22 y 23; Krsticevic, Viviana, “Reflexiones sobre la ejecución de sentencias de las decisiones del Sistema Interamericano de protección de derechos humanos”, en Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano, CEJIL, 2007, págs. 19 a 22.

ción a nivel nacional. En este sentido, en un estudio realizado con anterioridad, recogimos varios de los avances a nivel de los Estados en esa dirección⁷. Quizás los ejemplos más claros de fortalecimiento de la efectividad desde la justicia a nivel nacional, se expresan en decisiones judiciales que reafirman el carácter vinculante y ejecutivo de las resoluciones de la Corte IDH y la CIDH, o que plantean que es necesario tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal en la actuación jurisdiccional nacional, en virtud del control de convencionalidad u otras consideraciones⁸.

Por citar algunos ejemplos, la Corte Constitucional de Colombia ha emitido reiteradas decisiones que dejan sentada su jurisprudencia respecto al carácter vinculante en el ordenamiento interno de las medidas cautelares emitidas por la CIDH⁹, zanjando así una discusión que en ocasiones ha generado gran debate público frente al cumplimiento de algunas medidas de protección dictadas por la Comisión.

De igual modo, en el caso Carranza Latrubesse¹⁰, la Corte Suprema de Justicia de Argentina emitió un acuerdo en el que discute la responsabilidad civil del Estado nacional ante el incumplimiento de las recomendaciones a favor de la víctima que le formulara la CIDH en su informe de fondo No. 30/97¹¹, afianzando de esa manera el valor vinculante de dichas decisiones para el Estado. Respecto a las sentencias de la Corte IDH, la Corte Suprema argentina revocó una decisión que declaraba extinguida la acción penal por prescripción respecto a

7 Ver en: "Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano", CEJIL, 2007.

8 *Ibid*, págs. 19 a 22.

9 Ver por ejemplo, T-030/16, M. P. María Victoria Calle Correa; T-078 del 2013, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-558 del 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-786 del 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; y T-524 del 2005, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

10 <http://www.cij.gov.ar/nota-11959-Fallo-de-la-Corte-en-causa--Carranza-Latrubesse--Gustavo--c--Estado-Nacional-.html>

11 De igual modo, en el caso Simon, Julio Héctor y otros, privación ilegítima de la libertad, la Corte Suprema argentina tomó en cuenta la decisión de la CIDH en el Informe 28/92, sosteniendo que "las directivas de la Comisión constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana". CSJN, Fallos: S. 1767. XXXVIII, rta. El 14 de junio del 2005, considerando 17.

una persona acusada de graves violaciones a los derechos humanos, en concordancia con la sentencia de la Corte IDH en el caso *Bulacio vs. Argentina*, reconociendo que la misma es “de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino”¹².

Por su parte, en Perú la justicia ha asumido también el carácter vinculante y ejecutivo de las decisiones de la Corte IDH¹³. Éste es también el caso de Costa Rica, que reafirmó judicialmente el carácter vinculante y ejecutivo de las sentencias de la Corte, al revocar un tribunal local su decisión previa que establecía la existencia de un delito de difamación, en virtud de una decisión del Tribunal interamericano¹⁴.

La misma Corte IDH ha reseñado la estrategia de reconocimiento de la autoridad y legitimidad de las decisiones destacando, entre otros, fallos de la Corte Suprema de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, el Tribunal Constitucional de Perú, la Corte Suprema de la Nación de Argentina y la Corte Constitucional de Colombia, que se han referido al control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte IDH¹⁵.

Es importante notar que la actuación de los órganos del sistema de Administración de Justicia ocurre en numerosas ocasiones a través de la interpelación de fiscales, Ministerio Público, litigantes o *amicus cu-*

12 Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación. Espósito, Miguel Ángel *s/* incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa. Expediente No. 224. XXXIX. Sentencia de 23 de diciembre del 2004.

13 En este sentido, en una comunicación a la Defensoría del Pueblo del Perú, el presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar afirmó que: “En atención a lo resuelto por la sentencia complementaria [interpretativa] de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 3 de septiembre de 2001, se ha avocado a revisar todos los procesos en los que se ha aplicado la Ley de Amnistía y los relacionados con la violación de los derechos humanos (...)”. Al respecto, en el caso Barrios Altos, decidido también por la Corte IDH, la decisión del tribunal internacional resultó en la reapertura del proceso penal por los hechos. Ver en “Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano”, CEJIL, 2007, pág. 102.

14 Ver en “Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano”, CEJIL, 2007, pág. 102.

15 Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre del 2010. Serie C No. 220, párrs. 226 a 233.

riae. Por ello, el avance de la efectividad y la articulación fluida de los sistemas de protección puede beneficiarse de la actuación activa de estos actores.

A modo de ilustración, podemos citar el caso de incumplimiento de las medidas provisionales dictadas por la Corte IDH en el caso de la *Comunidad de San José de Apartadó vs Colombia*. Frente al incumplimiento de las medidas y los ataques continuados a los miembros de la comunidad, Javier Giraldo Moreno (en representación de la comunidad) presentó una tutela ante la Corte Constitucional, apoyada por la Defensoría del Pueblo, en la que la Corte ordenó el cumplimiento efectivo de las medidas de protección¹⁶. Una tutela similar fue presentada con éxito frente al incumplimiento de las medidas provisionales ordenadas por la Corte IDH, para proteger la vida e integridad de las víctimas en el caso La Rochela¹⁷.

De ese modo, el actuar de un grupo amplio de actores vinculados a la Administración de Justicia, a nivel nacional e internacional, puede afectar el grado de legitimidad y autoridad de las decisiones del SIDH, con una incidencia directa en los niveles de cumplimiento de las mismas. Por ello, las estrategias para garantizar una mayor ejecución de los fallos interamericanos pueden y deben tener en cuenta estos diversos puntos de entrada.

■
15

3. Aportes jurídicos para allanar la actuación de la Administración de Justicia

Una segunda área fundamental para mejorar la implementación de las decisiones del Sistema, consiste en allanar el funcionamiento de la justicia cuando encuentra obstáculos de carácter procesal o vinculados a prácticas o normas que no se adecuan a estándares internacionales. A continuación desarrollamos de manera sucinta algunas de las medidas que puede tomar el Sistema Interamericano para avanzar en esa dirección y que incluyen: i. elaborar pautas para la actuación de la Administración de Justicia; ii. abonar a la eliminación de obstáculos o facilitación

16 Ver en: "Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano", CEJIL, 2007, págs. 327 y ss.

17 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-585A/11 Luis Ernesto Vargas Silva.

de la actuación propia de la Administración de Justicia; y iii. promover la cooperación de otros poderes del Estado para garantizar la actuación de la Administración de Justicia.

En primer lugar, el SIDH puede desarrollar a través de su jurisprudencia, estándares que vinculen la actuación de la Administración de Justicia de modo general. Por ejemplo, puede establecer cómo recoger prueba en la escena de una posible ejecución extrajudicial; cómo evaluar cierta prueba, por ejemplo la confesión obtenida bajo tortura; puede determinar que no se pueden adoptar ciertos tipos de penas, como la pena de muerte o el aislamiento solitario en ciertas condiciones, etc.

A modo de ejemplo, en el caso Juan Humberto Sánchez, la Corte IDH estableció parámetros detallados respecto al deber de las autoridades hondureñas para investigar de manera adecuada ejecuciones extrajudiciales y sancionar a los responsables¹⁸. En el caso Rosendo Cantú y otra, la Corte estableció estándares respecto a la investigación en casos de violencia sexual¹⁹, los cuales han sido desarrollados y afianzados en casos posteriores. En efecto, el SIDH ha incluido gradualmente pautas de investigación que recogen y refinan las establecidas en algunos de los protocolos internacionales, como el de Minnesota sobre investigación de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, el de Estambul sobre investigación de la tortura, o pautas de la Organización Mundial de la Salud sobre violencia sexual, entre otros²⁰.

En segundo lugar, el SIDH puede tomar medidas para allanar el trabajo del Poder Judicial, con el objeto de facilitar el cumplimiento y la efectividad de la Administración de Justicia, eliminando obstáculos o generando herramientas que faciliten su actuación.

Ello puede ser ilustrado, en aquéllas sentencias en las que el Tribunal exige que se adecue la normativa para permitir un tipo penal más

18 Corte IDH. Caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio del 2003. Serie C No. 99, párrs. 127, 128, 133 y 134.

19 Corte IDH. Caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto del 2010. Serie C No. 216, párrs. 177 a 182.

20 Ver: De Leon, Gisela; Krsticevic, Viviana; Obando, Luis, "Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos", CEJIL, 2010.

apropiado, a fin de cumplir con la obligación de garantía de derechos o de investigar y castigar a los responsables de las violaciones. En este sentido, en una serie de casos relativos al Perú, la Corte IDH ha llamado la atención sobre las deficiencias en la tipificación de la desaparición forzada de personas y ha ordenado la adecuación del tipo penal²¹. Del mismo modo, la Corte IDH ha dispuesto 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. Con ello, el Tribunal ha dado una guía clave a las autoridades judiciales internas, enfrentadas con el dilema de aplicación de conceptos propios del derecho procesal penal frente a la obligación internacional de investigar y sancionar²². En esta misma línea, en una serie de casos, la Corte IDH ha limitado la intervención de la jurisdicción militar para investigar graves violaciones de derechos humanos²³.

Otro ejemplo notable se dio en la resolución del caso La Cantuta, en el que la Corte estableció el deber de cooperación interestatal que tienen las autoridades judiciales de los Estados, en casos de extradiciones relacionadas con crímenes contra la humanidad para luchar contra la

21 Corte IDH. Caso *Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre del 2005. Serie C No. 136, párr. 149; Caso *Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 191.

22 Corte IDH. Caso *Trujillo Oroza v. Bolivia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 12 de septiembre del 2005; caso *Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo del 2001. Serie C No. 75, párr. 41; caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre del 2006. Serie C No. 154, párr. 154; caso *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de noviembre del 2009. Serie C No. 162, párr. 153.

23 La Corte ha emitido pronunciamientos en casi todos los casos relativos a Perú por violaciones cometidas durante el conflicto armado interno, desde el caso Loayza Tamayo, decidido en 1997, hasta el caso Osorio Rivera y familiares, decidido en 2013. De igual modo, se ha pronunciado al respecto en casos relativos a Colombia (ver en otros, casos Las Palmeras y 19 Comerciantes), a Chile, Venezuela, Ecuador, Nicaragua, República Dominicana y México. Respecto a este último, ver las recientes decisiones en, Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, Rosendo Cantú y Otra vs. México*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencias. Resolución de la Corte IDH de 17 de abril del 2015.

impunidad, fundando su decisión en el mecanismo de garantía colectiva establecido en la CADH²⁴.

Una tercera vía importante, consiste en que la justicia interamericana exija la colaboración o la omisión de conductas por parte de otros poderes del Estado para permitir la actuación diligente de la justicia nacional. Un ejemplo de actuación habilitante se dio en el caso *Myrna Mack Chang*, donde la Corte IDH cuestionó el uso del secreto de Estado para limitar el acceso a la información por parte de la justicia respecto a los responsables de graves violaciones de derechos humanos. Así la Corte IDH afirmó que:

“[L]os poderes públicos no pueden escudarse tras el manto protector del secreto de Estado para evitar o dificultar la investigación de ilícitos atribuidos a los miembros de sus propios órganos. En casos de violaciones de derechos humanos, cuando los órganos judiciales están tratando de esclarecer los hechos y juzgar y sancionar a los responsables de tales violaciones, el ampararse en el secreto de Estado para entregar información requerida por la autoridad judicial puede ser considerado como un intento de privilegiar la “clandestinidad del Ejecutivo” y perpetuar la impunidad”²⁵.

Asimismo, la Corte IDH se ha pronunciado en casos en que las autoridades estatales se amparaban en la falta de captura de los responsables para no avanzar con las investigaciones. El Tribunal ha sido enfático en señalar que las autoridades tienen la obligación de “desplegar todas las acciones que fueran necesarias”, para que los presuntos responsables de graves violaciones de derechos humanos sean ubicados y procesados²⁶.

24 Corte IDH. Caso *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 del noviembre de 2009. Serie C No. 162, párrs. 158 a 160. En ese momento, estaba en juego la posible extradición del expresidente Alberto Fujimori de Chile a Perú, en virtud de investigaciones penales que se daban en el marco de una serie de casos pendientes o resueltos por el Tribunal Interamericano.

25 Corte IDH. Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre del 2003. Serie C No. 101, párr. 181.

26 Corte IDH. Caso *Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre del 2015. Serie C No. 299, párrs. 222 y 257.

Por tanto, en éstos y en otros campos, es fundamental la acción de los órganos del SIDH, para asistir a las autoridades judiciales nacionales a superar obstáculos que impiden el adecuado cumplimiento de la obligación de tutelar derechos.

4. Medidas que fortalecen la capacidad de actuar de actores clave

Un ángulo igualmente importante para garantizar la implementación, consiste en defender y fortalecer la capacidad de actuar de actores clave en la Administración de Justicia, cuando está en riesgo en razón de factores extraprocesales. Esta estrategia reconoce que en ocasiones, el riesgo, las represalias, dinámicas de grupo o pertenencia, la falta de priorización de casos y otros factores, pueden afectar el avance en las investigaciones y el recto funcionamiento de la justicia.

En este sentido, el SIDH puede intervenir, entre otras cosas, para rectificar parcialmente algunas de estas dinámicas, protegiendo con medidas provisionales cuando sea necesario, dictando órdenes que fortalezcan la independencia del poder judicial, pidiendo cuentas de diversos actores que afianzan u obstaculizan la justicia de manera diferenciada, requiriendo la capacitación de funcionarios/as y garantizando la participación efectiva de las víctimas en los procesos.

Las medidas que brindan protección a las personas que hacen posible el accionar de la justicia, como las víctimas, abogados, defensoras, testigos, o que promueven la participación de las víctimas como coadyuvantes de los procesos para respaldar el trabajo de la judicatura, tienen un peso muy importante en el cumplimiento efectivo de la orden de investigar y sancionar²⁷.

27 Los ataques y amenazas tienen un efecto inhibitorio sobre el accionar de aquéllos que están vinculados a la Administración de Justicia y, a contrario, las medidas de protección pueden proteger y habilitar el accionar de estas personas. Vivir bajo amenazas implica caminar con una espada de Damocles pendiente sobre la cabeza de las personas, la cual tiene la posibilidad de caer y salpicar a quienes estén alrededor de quien es objeto de amenazas en cualquier minuto. Ellas restringen la capacidad de trabajar y vivir, de organizarse, de desempeñar el trabajo, de elegir el lugar de residencia y las condiciones de vida. Las amenazas pueden derivar en consecuencias significativas para la vida, integridad y los derechos de las personas, pero en sí mismas, constituyen una vulne-

A modo ilustrativo, la CIDH y la Corte han ordenado numerosas medidas cautelares y provisionales en favor de abogados y abogadas, jueces y juezas, fiscales, testigos o declarantes²⁸.

De modo más estructural, en el caso *Bámaca*, la Corte IDH pidió información precisa en el proceso de cumplimiento de la sentencia, respecto a la aplicación efectiva de la Ley para la Protección de Sujetos Procesales y Personas Vinculadas a la Administración de la Justicia Penal, y cualquier otra acción encaminada por parte de las autoridades judiciales de Guatemala a la protección de los testigos que participan en casos de graves violaciones de derechos humanos²⁹. De igual modo, en Guatemala los defensores y defensoras de derechos humanos deberían beneficiarse de una política pública para su protección, tal y como fuera ordenado por el Tribunal interamericano en el caso *Defensor de Derechos Humanos*³⁰. En ese mismo sentido, la CIDH a través de su Relator sobre Defensoras y Defensores de Derechos Humanos, elaboró una serie de informes en los que estudia, entre otros temas, la protección debida para defensoras, defensores y operadores de justicia bajo amenaza.

■
20

Adicionalmente, el SIDH tiene la capacidad de reconocer la actuación y avances de diferentes actores judiciales y ayudar a destrabar obstáculos en diferentes momentos de la ejecución de las decisiones emitidas con

ración grave a la integridad personal. Adicionalmente, en múltiples ocasiones preceden actos de violencia como el secuestro, la desaparición, el asesinato, las lesiones, el exilio, el desplazamiento, etc. De manera estructural, las amenazas han jugado un papel distorsionador de la agenda de debate público, de la lucha contra la corrupción y el crimen organizado, del funcionamiento de la justicia y del desarrollo de la democracia.

28 Ver, por ejemplo: CIDH, MC-128-00 a favor del Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo", Colombia; CIDH, MC-433-12 a favor de la jueza Claudia Escobar y otros, Guatemala; CIDH, MC-112/16 a favor de los miembros del COPINH, familiares de Berta Cáceres y Gustavo Castro, este último como testigo clave del asesinato de la ambientalista. Igualmente, ver: 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 del 2014; Corte IDH, *Asunto Chunimá respecto de Guatemala*. Resolución de la Corte IDH de 29 de julio del 1991.

29 Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento y Medidas Provisionales. Resolución de la Corte IDH de 27 de enero del 2009, párr. 41.

30 Corte IDH. Caso *Defensor de Derechos Humanos vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de mayo del 2014. Serie C No. 283, párr. 263.

contenido general. Esta medida es especialmente importante en aquellos casos en los que el cumplimiento de la decisión se ha caracterizado por el traslado de información a la Corte IDH por parte del Estado, sin mostrar avance alguno en la ejecución de medidas de reparación.

En una decisión innovadora del 2009 en el caso *Molina Theissen*, la Corte IDH exigió que Guatemala presentara un cronograma detallado de investigación, que incluyera la designación de personas responsables de ejecutarlo, partida presupuestaria, etc³¹. A mayor abundamiento, la Corte IDH ordenó a Guatemala la designación de funcionarios en la Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia y también un funcionario de enlace en la inteligencia militar del Ejército, para facilitar la búsqueda de información relevante sobre los responsables de la desaparición del niño Marco Antonio Molina Theissen³². El Tribunal ordenó estas medidas concretas reconociendo el grave problema que tiene el país con la impunidad, especialmente por violaciones masivas cometidas durante el conflicto armado. En ese sentido, la Corte señaló específicamente que los funcionarios mencionados no podían limitar su acción al envío formal de oficios, sino que debían actuar de manera efectiva para propiciar el avance de la investigación³³. Si bien el caso sigue presentando obstáculos, en enero de 2016 el Ministerio Público imputó a cuatro miembros del Ejército por los hechos³⁴.

■
21

Unos años más tarde, la Corte IDH observó que la supervisión de doce sentencias emitidas contra Guatemala por graves violaciones de derechos humanos presentaban obstáculos estructurales similares que impedían el avance en la investigación y sanción de los hechos. Entre ellos, el limitado acceso a información clave de instituciones militares sobre los responsables, la aplicación de eximentes de responsabilidad, la inejecución de órdenes de captura contra los acusados, el uso de recursos judiciales para dilatar los procesos, la falta de líneas lógicas de investigación, hostigamientos contra

31 Corte IDH. Caso *Molina Theissen vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 16 de noviembre del 2009, párrs. 25 y 26.

32 *Ibid*, párr. 32.

33 *Ibid*, párr. 33.

34 Prensa Libre, "Molina Theissen: MP imputa delitos a cuatro militares", 11 de enero del 2016. Disponible en: <http://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/molina-theissen---militares-podrian-declarar-hoy>.

operadores judiciales, y otros. En el 2015, la Corte IDH emitió una detallada resolución en la que abordó cada uno de dichos obstáculos y reiteró jurisprudencia clave que las autoridades internas deben aplicar para superarlos³⁵. El Tribunal ordenó que Guatemala tomara medidas y estrategias concretas dirigidas a superar dichos obstáculos a la mayor brevedad³⁶.

Uno de los aportes más significativos del Sistema Interamericano que refuerzan la capacidad de actuación de la Administración de Justicia consiste en el reconocimiento del derecho de las víctimas a participar en los procesos penales vinculados a graves violaciones de derechos humanos. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte IDH afirma que las víctimas, “deben tener amplias oportunidades para participar y ser escuchados, tanto en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, como en la búsqueda de una justa compensación”³⁷.

Para culminar, una de las estrategias más interesantes de respaldo, guía y capacidad de irradiación del impacto en la relación del SIDH con la Administración de Justicia a nivel local, se ha dado a través de la teoría del control de convencionalidad. Desde el caso *Almonacid Arellano*, la Corte ha reiterado la obligación que asiste a las autoridades judiciales, que forman parte del aparato del Estado, de velar por la correcta aplicación de las disposiciones de la CADH³⁸.

35 Corte IDH. 12 Casos Guatemaltecos. Supervisión de cumplimiento de sentencias respecto de la obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Resolución de la Corte IDH de 24 de noviembre del 2015.

36 *Ibid*, párr. 122 y punto resolutivo 2.

37 Corte IDH. Caso de la *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 219. Citado en De Leon, Gisela; Krsticevic, Viviana; Obando, Luis, “Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos”, CEJIL, 2010., pág. 107. Corte IDH. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero del 2011. Serie C No. 221, párrs. 255 y 256.

38 “(...) cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente

La doctrina del control de convencionalidad permite por una parte allanar algunas de las dificultades para la ejecución de sentencias relacionadas con factores técnico jurídicos que dificultan la ejecución de las decisiones. Asimismo, permiten a la Administración de Justicia respaldarse en la comunidad interamericana y en la Corte IDH frente a las decisiones que deben tomar y que en ocasiones generan tensiones con grupos de poder de hecho o son contra mayoritarias.

5. Medidas que desarrollan institucionalidad

Ahora bien, las decisiones del SIDH también pueden ser promotoras de la creación de organismos, dentro del Estado, que asistan no sólo con el cumplimiento de las decisiones sino con la resolución de retos en materia de derechos humanos, que afectan a un número mayor de personas que aquéllas acreditadas como víctimas en el caso concreto. De ese modo, los órganos interamericanos pueden exigir institucionalidad para el cumplimiento de medidas específicas, como la creación de mecanismos de seguimiento, la adopción de leyes o creación de instituciones, entre otras. A su vez, los propios Estados tienen la posibilidad de crear o desarrollar instituciones que permiten la ejecución de decisiones que dependen de la Administración de Justicia o que fortalecen su capacidad de actuación de manera general.

En este sentido, la Corte IDH ordenó la creación de un Mecanismo Oficial de Seguimiento de la Sentencia en el caso Mapiripán³⁹, que incluyó representantes de nueve dependencias estatales colombianas, así como las víctimas y sus representantes y la CIDH⁴⁰. De manera similar en el caso Gelman, el Estado uruguayo creó, por iniciativa propia, una Comisión Interministerial con el objeto de, “definir las políticas tendientes a esclarecer las desapariciones forzadas y los homicidios ocurridos en

el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre del 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

39 Corte IDH. Caso *de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre del 2005. Serie C No. 134, punto resolutivo noveno.

40 Corte IDH. Caso *de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Supervisión de cumplimiento. Resolución de la Corte IDH de 8 de julio del 2009, párr. 14.

iguales circunstancias durante la dictadura militar (...), y crear una base de datos unificada de detenidos desaparecidos⁴¹. Otro ejemplo, esta vez en Argentina, consiste en el establecimiento de una comisión investigadora y un tribunal arbitral en el caso Garrido Baigorria, tras la emisión de la sentencia por la Corte IDH.

De igual modo, otras medidas han supuesto la creación de programas o políticas públicas que favorecen a un número más amplio de personas que aquéllas acreditadas como víctimas en el proceso internacional y que a su vez permiten avanzar en los procesos judiciales en el ámbito local. De ese modo, tanto en Guatemala como en El Salvador, los familiares de niños/as desaparecidos/as pueden beneficiarse de la creación de bancos de datos en virtud de las sentencias emitidas en los casos Molina Theissen y Hermanas Serrano⁴². Igualmente, la situación de las personas detenidas en Honduras debe estar recogida en un registro único de detenidos, conforme a la decisión de la Corte IDH en el caso Juan Humberto Sánchez⁴³. De manera más reciente, las mujeres en Guatemala se beneficiarán de la implementación de lo ordenado por la Corte IDH en los casos Velásquez Paiz y Veliz Franco, para que el Estado adopte jurisdicciones especializadas para investigar y sancionar violencia de género, así como el desarrollo de un programa nacional de búsqueda de mujeres desaparecidas⁴⁴.

Por otro lado, más allá de las medidas ordenadas por los órganos del SIDH, una estrategia que sin duda puede ayudar a avanzar en la implementación de las decisiones, ha sido la adopción por parte de los Estados de leyes y mecanismos de coordinación para la ejecución de decisiones o la atribución de competencias para garantizar su efectividad. Esto se ha dado mediante la adopción de políticas de carácter general de coordinación entre Estado y SIDH, como los ca-

41 Corte IDH. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento. Resolución de la Corte IDH de 20 de marzo del 2013, párr. 23.

42 Corte IDH. Caso *Molina Theissen vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de Jjlio del 2004. Serie C No. 108, párr. 91; Caso *de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo del 2005. Serie C No. 120, párr. 193.

43 Corte IDH. Caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio del 2003. Serie C No. 99, párr. 189.

44 Corte IDH. Caso *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307, párrs. 257 y 266.

sos de Perú, México y Guatemala, para la designación de autoridades encargadas de la implementación, como en Ecuador y Paraguay, o la creación de comisiones de implementación en casos concretos, como en Brasil y Colombia, entre otros⁴⁵.

Una medida adicional para la generación de institucionalidad o procedimientos para mejorar la ejecución de decisiones se da en el propio ámbito internacional, donde tanto a nivel de los órganos políticos de la OEA como de los órganos del SIDH, se pueden impulsar etapas para generar la supervisión periódica de decisiones interamericanas. Ejemplo de ello son los desarrollos diferenciados de etapas de monitoreo del cumplimiento de las decisiones de la CIDH y la Corte a través de prácticas y desarrollos reglamentarios.

6. Conclusión

En suma, hemos analizado algunos aspectos de la relación entre la justicia internacional y la nacional que permiten establecer una hoja de ruta para contribuir a superar el déficit de cumplimiento de las órdenes del sistema frente a la Administración de Justicia local. Como se evidencia más arriba, la ejecución de las medidas reparatorias establecidas a nivel interamericano, que vinculan a la Administración de Justicia, pueden

45 Por ejemplo, la Ley no. 288/96, en Colombia, establece un procedimiento que hace efectivo el pago de indemnizaciones compensatorias de las víctimas de violaciones de derechos humanos; Ley no. 27.775/01 en el Perú, establece de modo expreso el carácter vinculante, definitivo y ejecutivo de las decisiones y remite a la ley sobre ejecución de sentencias supranacionales el procedimiento para el cumplimiento. México, por su parte, estableció en el 2003 la Comisión de Política Gubernamental en Materia de Derechos Humanos, a fin de coordinar las acciones que lleven a cabo a nivel nacional e internacional, las distintas dependencias y entidades de la Administración Pública Federal en materia de política de derechos humanos, para fortalecer la promoción y defensa de estos derechos. Ecuador aprobó el Decreto 13/7 de 9 de septiembre del 2008, por el que se confiere al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos la responsabilidad de la ejecución de las decisiones internacionales. Por su parte, Paraguay aprobó el Decreto 2.290, de 19 de junio del 2009, por el cual se crea e integra la red de derechos humanos del Poder Ejecutivo, coordinada por el Viceministro de Justicia y Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Trabajo. Para un análisis más detallado sobre la creación y objetivos de dichas iniciativas en cada Estado, ver "Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano", CEJIL, 2007, págs. 84 a 91.

pasar por acciones, estándares, medidas o procedimientos que van más allá de la implementación de la orden directa en un caso concreto de “investigar y castigar a los responsables”, que se repite en buena parte de las sentencias dado el tipo de casos resueltos. Entre ellas, destacamos aquéllas medidas destinadas a incrementar los niveles de autoridad y legitimidad del SIDH; las que tienen como propósito superar dificultades jurídicas o procesales ligadas al cumplimiento de las decisiones o el allanamiento de obstáculos generados por factores de hecho; y el desarrollo o fortalecimiento de mecanismos nacionales o internacionales destinados a garantizar algún aspecto de la ejecución de las resoluciones vinculadas a la Administración de Justicia.

Una ventaja del abordaje propuesto es que permite analizar diferentes facetas del afianzamiento de la relación con la justicia, en un diálogo necesario para mejorar la eficacia del SIDH. Asimismo, permite enfocar esfuerzos, teniendo en cuenta las posibilidades diferenciadas de acción del SIDH y el nivel nacional, generadas por razones históricas, institucionales, políticas o por los ámbitos de actuación.

■
26

Ciertamente, el éxito o fracaso de la actuación de la justicia es de la mayor relevancia para las víctimas, que están en el centro de la protección nacional e internacional. Las falencias o avances en la justicia no sólo tienen un impacto individual, sino que tienen consecuencias para la democracia, por su efecto en la garantía colectiva de los derechos, en la igualdad y en la institucionalidad.

DERECHO PENAL INTERNACIONAL POR OTROS MEDIOS: LA JURISDICCIÓN CUASIPENAL DE LOS ÓRGANOS DE DERECHOS HUMANOS

*Alexandra Huneus**

1. Introducción

Desde el fin de la Guerra Fría, la comunidad internacional ha creado una variedad de instituciones legales, con el fin de intervenir cuando los sistemas judiciales estatales fallan en el procesamiento de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Los tribunales *ad hoc*, tribunales híbridos, la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) y el uso de jurisdicción extraterritorial por parte de tribunales nacionales, son parte de los mecanismos utilizados para perseguir estos crímenes. En el debate académico, sin embargo, se han pasado por alto los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, que han comenzado a ordenar y supervisar procesos penales nacionales cuando los Estados no han podido, o no han querido, iniciarlos *motu proprio*. En particular, ha sido la Corte IDH la que ha considerado como parte principal de su agenda la persecución de crímenes de lesa humanidad cometidos por los Estados. La Corte Interamericana no es, técnicamente, una corte penal, pero un desarrollo progresivo de sus potestades le ha permitido ordenar a los Estados miembro la investigación, el procesamiento y el castigo de personas responsables de hechos constitutivos de crímenes contra la humanidad. La Corte IDH también ha realizado otro giro interpretativo de sus facultades para supervisar la implementación de estas órdenes por parte de los Estados miembro, emitiendo resoluciones de cumplimiento de sentencias, que también aspiran a modificar los

■
27

* Alexandra Huneus es profesora asociada de Derecho en la Universidad de Wisconsin desde el año 2007. Con anterioridad, la Dra. Huneus fue *fellow* en el Centro para la Democracia, el Desarrollo y el Estado de Derecho de la Universidad de Stanford. Recibió su Ph.D. y J.D. de la Universidad de California, Berkeley. Este artículo es un resumen de "International Criminal Law by Other Means" 107 *American Journal of International Law* 1 (2013). La autora agradece al traductor y a Tatiana Alfonso por su apoyo técnico y teórico.

ordenamientos internos hacia unos más progresivos y acordes con los estándares creados por el propio SIDH.

La Corte IDH no está sola en su incursión en materia de persecución criminal. La CIDH, el Consejo de Europa, a través de su Comité de Ministros, y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas también exhortan a los Estados a perseguir crímenes de esta naturaleza y monitorean el cumplimiento de estas órdenes. Este sistema jurisdiccional es, sin embargo, bastante distinto de los modelos clásicos implementados por las cortes penales internacionales y las cortes penales híbridas. En este sentido, mientras las primeras ejercen la labor procesal-penal de manera directa, los sistemas regionales delegan esta obligación al sistema judicial interno de los Estados parte, permitiéndoles ejercer su potestad penal y monitoreando el trabajo, detenidamente, pero desde lejos, así como ejerciendo presión mediante la emisión de resoluciones de cumplimiento sobre la ejecución de las sentencias y la celebración de audiencias especiales. Los sistemas regionales son más deferentes a los Estados parte, aunque inevitablemente, también son más lentos, pero cuentan con importantes ventajas, como la posibilidad de unir fines de justicia restaurativa y aquella centrada en las víctimas con fines de reparación global en las sociedades afectadas. También es el Estado, y no la comunidad internacional, el que costea el proceso. Este mecanismo de jurisdicción, el método por el cual los órganos regionales delegan el proceso a los sistemas internos pero mantienen el poder de monitorear e influenciar el resultado de éstos, es lo que denominamos en este estudio sistemas internacionales cuasipenales.

Un análisis empírico de la jurisdicción cuasipenal de la Corte IDH nos revela que ésta tiende a cumplir, a veces, los mismos fines que las cortes penales internacionales: la fiscalización, investigación, procesamiento y castigo de los responsables de crímenes contra la humanidad. El argumento central de este trabajo no es, sin embargo, que la Corte IDH funciona como un órgano penal sino que: a) los sistemas regionales de protección de los derechos humanos pueden y, más específicamente, están cumpliendo con los fines para los que fueron creadas las cortes penales internacionales; y que, b) la labor de jurisdicción cuasipenal desarrollada por estos órganos regionales debe ser considerada como un complemento y,

en ciertas ocasiones, una alternativa, a la justicia penal internacional directa (como la ejercida por la CPI) o híbrida (como la Cámara Extraordinaria en las Cortes de Camboya).

2. La jurisdicción cuasipenal de los órganos de derechos humanos

a. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

Los primeros dos casos contenciosos en llegar a la Corte IDH trataron sobre desapariciones forzadas. En cada uno de éstos, la Corte declaró violado el artículo 1(1) de la CADH, por el que los Estados se obligan a garantizar los derechos del Tratado así como a investigar y castigar las violaciones al mismo. En 1996, en el caso *El Amparo vs. Venezuela*, la Corte IDH comenzó a incluir en la sección operativa de las medidas de reparación, la obligación del Estado de investigar y castigar el crimen subyacente en el caso. En vez de dejar al arbitrio del Estado la manera en la cual éste garantizaría la no repetición de los crímenes, la Corte exigió el cumplimiento de ciertas acciones específicas y es desde entonces que ésta ha decretado la acción procesal penal como remedio en la mayoría de sus decisiones. La Corte ha señalado que el Estado tiene el “deber de castigar” a los individuos responsables de las violaciones a la CADH y, si bien el foco estuvo desde un comienzo puesto en la protección de derechos como el debido proceso, la doctrina ha ido moviéndose progresivamente hacia el derecho que asiste a las víctimas de que las violaciones se investiguen y castiguen (caso *Trujillo-Orozco vs. Bolivia*, caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, caso *Cesti-Hurtado vs. Perú* y caso *Myrna Mack-Chang vs. Guatemala*, entre muchos otros).

En el caso *Myrna Mack vs. Guatemala*, por ejemplo, la Corte IDH ordenó al Estado conducir una investigación penal sobre la ejecución extrajudicial que formaba la base del caso. El Tribunal, luego de relatar los pasos (inadecuados) seguidos por el Estado en el proceso, especificó el nuevo rumbo que la investigación y el proceso debían seguir: investigar, juzgar y castigar no sólo a todos los autores materiales, sino también a los intelectuales, buscando responsabilidades más allá del único culpable que se encontraba en prisión. La Corte también ordenó al Estado procesar y castigar el encubrimiento y obstrucción de las investigaciones, informar a la sociedad sobre lo sucedido y que los resultados de toda investigación fueran públicos. Fi-

nalmente la Corte IDH le ordenó al Estado remover todo y cualquier obstáculo que no permitiera un enjuiciamiento exitoso, incluyendo leyes de amnistía, prescripción, *res judicata* y trabas procesales, así como también garantizar la seguridad de jueces, testigos, peritos, fiscales, víctimas y familiares⁴⁶.

Este desarrollo progresivo ha despertado, por otra parte, ciertas dudas en el sentido que se cuestiona si la Corte IDH está buscando justicia y el cumplimiento de los derechos de las víctimas, a expensas del debido proceso, al priorizar los derechos de las víctimas sobre los derechos procesales de los acusados, en casos de graves violaciones de derechos humanos. Este cuestionamiento es particularmente poderoso cuando se trata del juzgamiento de crímenes que no son de lesa humanidad ni constituyen un delito internacional.

Es en la etapa posterior a estas órdenes de investigar donde se puede ver la segunda dimensión de la jurisdicción cuasipenal ejercida por la Corte IDH: la supervisión (o monitoreo) de los procesos nacionales. Si bien se tiende a pensar que los casos terminan con la emisión de una sentencia, en el SIDH la sentencia marca el momento en que la Corte comienza un proceso de supervisión del cumplimiento de sus decisiones. La Corte ejerce así un control sobre el actuar de los Estados declarados culpables para cumplir con las reparaciones ordenadas. Esta supervisión ha ganado importancia en los últimos años, al irse transformando en resoluciones emitidas por la Corte IDH, las cuales son mucho más densas y detalladas, y en las que el Tribunal constata el avance de cumplimiento de sus fallos, que ordenan cambios sustantivos y procesales en los sistemas internos (un buen ejemplo se puede encontrar en las resoluciones de cumplimiento del caso *Masacre de La Rochela vs. Colombia*)⁴⁷.

Si bien la Corte IDH no es una corte penal, en la supervisión de la ejecución de sus sentencias establece órdenes y parámetros específi-

46 Corte IDH. Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre del 2003. Serie C No. 101, párrs. 272-277.

47 Corte IDH. Caso *Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Supervisión Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 31 de agosto del 2015; Resolución del Presidente de la Corte IDH de 8 de febrero del 2012; Resolución de la Corte IDH de 26 de agosto del 2010.

cos a los Estados sobre cómo deben acercarse a los procesos penales, sugiere individuos que deben ser cuestionados, esboza hipótesis investigativas a explorar y establece guías sobre cómo las violaciones deben ser investigadas. Es ésta la dimensión que la transforma en un sistema internacional cuasipenal. Otra particularidad es que, si bien los casos que llegan al SIDH requieren un juzgamiento retrospectivo de las actuaciones internas, es decir, el análisis del proceso cuando las violaciones ocurrieron, la supervisión cuasicriminal le entrega a la Corte CIDH la potestad de analizar el cumplimiento del fallo mientras el mismo se ejecuta en tiempo presente. Es en este sentido que la etapa de supervisión se transforma en un verdadero proceso paralelo, en el cual se pueden evaluar los avances reales en materia de investigación, juzgamiento y castigo. Una tercera característica de esta etapa es que se produce una relación de diálogo entre el Estado, la Corte IDH, las víctimas y la sociedad civil. Esta relación hace que las medidas se implementen desde dentro del Estado, lo que a su vez establece la posibilidad de un cumplimiento más cabal de la sentencia.

b. La jurisdicción cuasipenal en acción

■
31

¿Qué ha logrado la Corte IDH a través del uso de su jurisdicción cuasipenal? Ningún Estado ha cumplido completamente con un fallo que le ordene procesar y castigar a personas que han cometido un delito internacional (el que más se ha acercado es Perú, en el proceso de cumplimiento de la sentencia del caso *Castillo Páez*, aunque permanece pendiente de cumplimiento por parte del Estado la orden de esclarecer el paradero y ubicar los restos mortales de la víctima). Sin embargo, esto no significa que los Estados se hayan mantenido inertes frente a la nueva realidad jurídico-internacional que crean tanto las sentencias como los mecanismos de monitoreo posteriores a ellas, que enmarcan las dos dimensiones de la jurisdicción cuasipenal.

A continuación, analizaremos brevemente la manera en la cual este sistema internacional de responsabilidad ha afectado la realidad en los Estados miembro, en base a sentencias penales emitidas por autoridades nacionales tras la emisión de fallos de la Corte IDH. Al respecto, este estudio se basa en el análisis empírico de una base de datos que incluye 143 sentencias y 230 resoluciones de supervisión de cumplimiento emitidas por la Corte IDH, entre 1996 y 2012.

Sentencias procesales

A junio del 2012, existían un total de 51 casos contenciosos en los cuales: a) la Corte IDH había ordenado al Estado conducir una investigación criminal; b) la violación subyacente a la CADH también podía ser definida como un delito internacional; y c) la Corte había emitido al menos una resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia. Si bien es cierto que todos estos casos contienen violaciones muy distintas y tienen como parte a Estados diferentes, podemos encontrar un elemento común entre todos ellos: en cada caso, la investigación penal por parte del Estado respecto a la violación alegada había sido negligente o inexistente. En algunos casos, el proceso nunca había avanzado más allá de sus etapas iniciales y nadie había sido acusado años después del crimen. En otros, trabas procesales, como leyes de amnistía y estatutos de prescripción, habían imposibilitado sancionar a los responsables. En un tercer grupo, los autores intelectuales de los crímenes no habían sido ni siquiera investigados, mientras sólo un pequeño número de los autores materiales estaban en la cárcel.

■
32

Las resoluciones de supervisión de cumplimiento monitorean el progreso de los sistemas judiciales internos respecto a la ejecución de los fallos de la Corte IDH. Estas decisiones revelan que en 24 de los 51 casos ha habido poco o ningún avance en la persecución penal de los responsables desde que se falló la materia. De los 51 casos, en 18 ha habido algún avance: se han eliminado, ciertas trabas penales o se ha permitido una investigación más completa de los hechos. Finalmente, en 9 de los 51 casos analizados, el camino a una persecución penal de los crímenes se ha librado de toda traba procedimental, se han modificado leyes de amnistías, se han formulado acusaciones, y jueces y fiscales han tratado de resolver el caso de manera real y razonable. El estudio de las resoluciones de cumplimiento de la Corte IDH también evidencia que, en los 51 casos, han existido al menos 39 condenas que han surgido de 15 casos distintos. Estas condenas han ocurrido después de los fallos respectivos en sede internacional (Ver tabla 1).

Sin duda, estos datos empíricos demuestran que el sistema regional de derechos humanos se mueve de manera lenta, pero también nos permiten hacer una comparación con el trabajo de las cortes penales internacionales.

La CPI inició su trabajo en el año 2002, que es la fecha aproximadamente en la que la Corte IDH comenzó a ejercer su potestad de moni-

toreo con más frecuencia. En su primera década de funcionamiento, la CPI logró emitir sentencias en sólo uno de sus casos. El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (en adelante TPIY) comenzó sus funciones en la misma época en la que la Corte IDH empezó a emitir órdenes a los Estados para perseguir violaciones iniciando casos penales. En sus primeros 28 años de trabajo, el TPIY sentenció a 64 criminales de alto rango. Esta comparación es particularmente impactante cuando comparamos los presupuestos de cada órgano. Tanto la CPI como el TPIY gastan aproximadamente \$150 millones al año, mientras la Corte IDH tiene un presupuesto anual que oscila en los \$5 millones. Sin duda se puede decir que la Corte IDH traspasa los costos operacionales a los países miembro, al ser ellos los que deben cumplir la orden de investigar y procesar. Esto es consistente con la preferencia de la comunidad internacional de que dichos costos sean asumidos a nivel nacional.

3. La jurisdicción cuasipenal y las cortes penales internacionales

Técnicamente las cortes penales internacionales tienen como fin último la investigación de crímenes, el procesamiento de los acusados y el castigo de los más responsables. No obstante, en realidad, estos órganos persiguen objetivos muchísimo más complejos que éstos. Estas cortes no buscan sólo castigar a personas particulares, sino que también asisten a sociedades enteras a poder retornar a la paz, la estabilidad y el Estado de derecho. Las cortes internacionales también sirven para demostrar que la comunidad internacional no permitirá ni tolerará ciertos crímenes contra la humanidad, para prevenir futuras violaciones mediante la disuasión de estos delitos, para ayudar a las víctimas a recuperar su dignidad y para agregar densidad normativa al derecho internacional de los derechos humanos, con miras al futuro.

Ningún órgano ni institución puede pretender lograr todos estos objetivos de manera aislada. En realidad, existen en el concierto internacional diversos tipos de jurisdicción penal internacional y cada uno de estos diseños institucionales cuenta con sus beneficios y desventajas particulares. Estos mecanismos no están diseñados para competir sino que deben coexistir e interactuar, unos con otros, y con los sistemas internos de justicia. Si bien existen más de tres tipos de jurisdicción internacional, es posible dividirlos en al menos tres grupos: la jurisdicción penal internacional directa, los sistemas híbridos y los sistemas cuasipenales.

a. Una tipología de las jurisdicciones transnacionales

Jurisdicción penal directa

El primer sistema jurisdiccional es aquél bajo el cual una autoridad legal abre unilateralmente un proceso judicial desde el exterior, con o sin consentimiento del Estado en el que ocurrieron los hechos. La CPI y el TIPY ejemplifican este tipo de acción directa. Si el tribunal ad hoc reclama para sí un caso, las cortes nacionales deben entregar la jurisdicción. Es por esto que los sistemas penales nacionales son vistos como auxiliares de justicia, con el deber de asistir en las labores judiciales únicamente cuando ello es ordenado desde el tribunal internacional (y generalmente desde fuera del país).

Jurisdicción penal híbrida

El segundo sistema jurisdiccional es de relación híbrida, entre actores nacionales e internacionales que actúan como socios en la persecución penal. La autoridad de estos mecanismos está engranada en el consentimiento del Estado afectado para la persecución de los criminales, in situ, con una participación importante de los tribunales de justicia nacionales. En estos sistemas de origen mixto, tanto el aparato institucional como la ley aplicable son una mezcla de carácter internacional y local. Estas instituciones están comandadas por actores nacionales e internacionales, ocupan derecho nacional e internacional y el costo del proceso es asumido entre ambas partes. Como ejemplos de este tipo de jurisdicción se incluyen el Tribunal Especial para Sierra Leona y el Tribunal para el Genocidio Camboyano.

Jurisdicción cuasipenal

Los dos sistemas internacionales explicados arriba son altamente conocidos para académicos de derecho penal internacional. En uno, el ordenamiento interno de los países cumple un rol de mero ente auxiliador mientras el órgano internacional toma el control total del proceso. En el otro, la comunidad internacional trabaja codo a codo con el sistema interno del país parte. Los méritos relativos a cada uno de estos sistemas han creado un fuerte debate académico respecto a cómo fusionar las mejores características de cada uno en un ente único.

Frente a esta discusión, este estudio defiende que hay un tercer tipo de relación entre la comunidad internacional y las cortes nacionales en materia penal: la jurisdicción cuasipenal. En este sistema, la obligación de conducir la persecución y el juicio recae únicamente en el sistema nacional de justicia. El sistema interno es el máximo protagonista. Sin embargo, es el sistema internacional el que decreta y luego monitorea que el proceso de persecución penal cumpla con los estándares internacionales. Como en el sistema híbrido, todo el proceso se lleva a cabo dentro de la nación y el sistema interno juega un rol preponderante. Como en el sistema directo, los tribunales internacionales se erigen geográfica y jerárquicamente distantes del proceso local. En contraste a ambos, el órgano internacional no ejecuta actos procesales propios, sino que los monitorea desde la distancia.

La relación Corte-Estado descrita para esta jurisdicción es una de complementariedad proactiva, que ciertos académicos han propugnado que adopte la CPI. Dentro de la doctrina de complementariedad, la CPI sólo puede abrir procesos una vez comprobado que el Estado parte no ha podido, o no ha querido hacerlo. La complementariedad fue pensada como un sistema de deferencia a la soberanía nacional, pero su contrapartida es que pone a la Oficina de la Fiscal en la obligación de supervisar si los procesos nacionales están ocurriendo e incluso, de manera más intrusiva, si están cumpliendo con estándares vagamente articulados. Académicos en todo el mundo, incluyendo el mismo Luis Moreno Ocampo, exfiscal de la CPI, han argumentado que la CPI debería interpretar la doctrina de complementariedad de manera que le permita presionar proactivamente a los Estados parte a cumplir con sus obligaciones de perseguir los crímenes, con la amenaza de que, de no hacerlo, la Corte se hará cargo de los casos. Bajo esta visión proactiva, la Oficina de la Fiscal revisa decisiones judiciales específicas y presiona para que se cumplan ciertos estándares básicos en la materia. Así ha trabajado la Oficina de la Fiscal en Colombia y Uganda, entre otros países.

La jurisdicción cuasipenal no está, sin embargo, restringida a cortes internacionales. De hecho, este sistema podría ser adoptado por órganos internacionales como la CIDH, el Consejo de Europa o el Comité de Ministros (del Consejo de Europa). Lo importante es que estas instituciones, como lo ha hecho la Corte IDH, apliquen esta jurisdicción en sus dos dimensiones, es decir, no sólo ordenando la investigación y persecución de delitos, sino también monitoreando las respuestas a estos

fallos, por parte de los Estados, durante años e incluso décadas. Este diálogo tiene gran importancia para fines que van más allá del encarcelamiento de los responsables, como lo son el aprendizaje institucional y la justicia retributiva a las víctimas.

b. Comparando sistemas jurisdiccionales (Tabla 2)

La virtud de la persecución local

En paralelo, los sistemas híbridos y cuasipenales tienen como característica común que los juicios se llevan a cabo in situ. Sin embargo, esto no significa que sean iguales, ya que, de hecho, los sistemas cuasipenales son locales en una dimensión más amplia que los híbridos. La localidad a la que estos sistemas apela no es sólo regional en un sentido geográfico, sino que también se refiere al uso de leyes locales, sistemas internos y actores nacionales.

Estudios realizados sobre los tribunales ad hoc han demostrado que la justicia que imparten es mucho menos enriquecedora para la comunidad afectada y en muchos casos se siente como una imposición de potencias extranjeras. Por el contrario, los procesos locales pueden ser vistos, entendidos y discutidos de manera más simple por la comunidad local, lo que hace que sus fallos sean materialmente más significativos que los fallos provenientes de cortes que están en el extranjero. Esto es así, no sólo si uno compara sistemas directos con híbridos/cuasipenales, sino también si uno compara éstos últimos. Bajo los sistemas cuasipenales todo el aparato judicial nacional entra en acción y las leyes locales son invocadas de manera exclusiva. Si bien es cierto que el ordenamiento interno está siendo “presionado” por una institución supranacional para cumplir con ciertos estándares, el camino lo recorre el sistema judicial interno de manera autónoma, aunque monitoreada desde fuera.

La persecución local también tiene otras dos características vitales. En primer lugar, el efecto pedagógico de tener que adecuar el sistema judicial interno a estándares internacionales es mucho mayor, de modo que actores locales, como jueces, fiscales o políticos, deben estudiar y aprender el sistema internacional y aplicarlo en casa. En segundo lugar, el costo es muchísimo menor para la comunidad internacional. De ese modo, mientras bajo la jurisdicción directa el costo recae únicamente en el organismo internacional, los juicios ordenados por la jurisdicción

cuasicriminal recaen en el Estado parte (Tabla 3).

La virtud de la autonomía del Estado

Una especial virtud de los sistemas híbridos es que unen a actores nacionales e internacionales en un mismo proceso. Sin embargo, también existe una ventaja en dejar a estos actores actuar por separado: mayor autonomía estatal. Usando un sistema de jurisdicción directa, el Consejo de Seguridad de la ONU puede imponer un tribunal en un Estado que nunca ha aceptado tal intervención.

Estos sistemas directos tienen la particular ventaja de garantizar mayor coherencia en los estándares desarrollados y aplicados y de contribuir al sistema internacional de protección de derechos humanos, mientras los sistemas híbridos difícilmente crean normas que podrán ser aplicadas de nuevo. Los sistemas cuasipenales también tienen la ventaja, como los directos, de crear un corpus juris más coherente, ya que el mismo tribunal internacional participa en crear estándares a través de su jurisdicción.

La virtud de la asistencia internacional directa

Una característica distintiva de los sistemas cuasipenales es que éstos involucran legalmente a la comunidad internacional en la búsqueda de justicia en materia de violaciones de derechos humanos, sin participación directa en el procedimiento. Sin embargo, en ocasiones la comunidad internacional quiere involucrarse directamente, “ensuciarse las manos”, para buscar una solución más rápida, potente o de un mayor perfil frente a violaciones particularmente terribles.

Los sistemas cuasipenales son, por definición, lentos. Esto no significa que los sistemas penales de jurisdicción directa sean especialmente rápidos o concretos, pero sí es cierto que a veces ejercen su jurisdicción de una manera más poderosa, lo cual también eleva el perfil de la respuesta de la comunidad internacional. En este sentido, los sistemas cuasipenales obligan a los Estados a hacerse cargo de sus propios procesos, y si bien eso tiene numerosos beneficios a nivel local, a veces se requiere una participación internacional más fuerte atendiendo las características particulares de los crímenes investigados. Es en estos casos cuando los beneficios más evidentes de una intervención directa pueden ser apreciados.

Con base en lo anterior, podemos ver cómo cada sistema tiene sus ca-

racterísticas propias y cómo cada uno de ellos puede servir para solucionar mejor problemas específicos en momentos particulares. La tabla 3 resume las características de cada sistema.

4. Conclusión

Existe la preocupación de que las cortes penales internacionales no sean eficientes y a menudo se escucha la crítica respecto a que la CPI, en particular, sólo se ha enfocado en naciones africanas. Este trabajo evidencia que existe una forma alternativa de intervención judicial en casos de graves atrocidades: la jurisdicción cuasipenal ejercida por los órganos de protección de derechos humanos. Sus dos elementos particulares más destacables, en comparación con los otros sistemas, son que es un sistema más barato y que cuenta con una fuerte dosis de legitimidad local. Hemos argumentado que este sistema jurisdiccional está siendo aplicado con resultados positivos por la Corte IDH. En ese sentido, este trabajo es descriptivo, en la medida en que busca demostrar un fenómeno actual y darle un nombre. Pero el artículo también tiene un objetivo normativo: la jurisdicción cuasipenal es un sistema que debe ser considerado como una alternativa y un complemento a mecanismos existentes para la búsqueda de responsabilidad penal por graves violaciones de derechos humanos.

Tabla 1: Condenas posteriores a órdenes de la Corte IDH de investigar y castigar

Nombre y año de emisión de la sentencia	Condenas emitidas por sistemas judiciales nacionales desde emisión de sentencia internacional (hasta junio de 2012⁴⁸)
<i>Barrios Altos vs. Perú (2001)</i>	1 condena (en el caso de una masacre) ⁴⁹
<i>Blake vs. Guatemala (1999)</i>	1 condena por desaparición forzada y asesinato ⁵⁰
<i>Castillo Páez vs. Perú (1998)</i>	4 condenas por crímenes contra la humanidad (en caso de desaparición forzada) ⁵¹
<i>Escué Zapata vs. Colombia (2007)</i>	2 condenas por homicidio (en caso de ejecuciones extrajudiciales por agentes del Estado) ⁵²
<i>Goiburú y otros vs. Paraguay (2006)</i>	5 condenas (en casos de desaparición forzada) ⁵³
<i>La Cantuta vs. Perú (2006)</i>	4 condenas (en casos de asesinatos y desaparición forzada) ⁵⁴
<i>Las Palmeras vs. Colombia (2002)</i>	3 condenas por homicidios agravados (en casos de ejecuciones extrajudiciales de civiles por agentes de la policía o el ejército) ⁵⁵
<i>Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia (2010)</i>	2 condenas por homicidios agravados (en caso de asesinato de civil por miembros de la policía o el ejército) ⁵⁶
<i>Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala (2009)</i>	3 condenas por asesinatos (en caso sobre una masacre) ⁵⁷

<i>Masacre de Mapiripán vs. Colombia (2005)*</i>	6 condenas (en caso sobre una masacre) ⁵⁸
<i>Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia (2006)</i>	2 condenas (en caso sobre una masacre) ⁵⁹
<i>Masacre de La Rochela vs. Colombia (2007)</i>	2 condenas (en caso sobre una masacre) ⁶⁰
<i>Myrna Mack Chang vs. Guatemala (2003)</i>	1 condena por asesinato ⁶¹
<i>Servellón García y Otros vs. Honduras (2006)</i>	2 condenas por desaparición forzada o asesinato (en caso de asesinatos de civiles por miembros de la policía o el ejército) ⁶²
<i>Valle Jaramillo y Otros vs. Colombia (2008)</i>	1 condena por homicidio (en caso de asesinato de civil por miembros de la policía o el ejército) ⁶³
<i>Total de Casos: 15</i>	<i>Total de Condenas: 39</i>

48 La información recogida en la tabla está sistematizada sólo hasta junio de 2012. Desde entonces, en los casos estudiados ha habido algunos avances importantes en materia de persecución y sanción penal a los responsables de las violaciones.

49 Corte IDH. Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Presidenta de la Corte IDH de 7 de diciembre del 2009.

50 Corte IDH. Caso *Blake vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 27 de noviembre del 2003.

51 Corte IDH. Caso *Castillo Páez vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 3 de abril del 2009.

52 Corte IDH. Caso *Escué-Zapata vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 21 de febrero del 2011. En este caso, tres personas fueron condenadas en 2008. Sin embargo, una de ellas fue absuelta posteriormente en apelación (por tanto no está incluida condena).

- 53 La Corte Suprema de Paraguay emitió sentencias finales en 2008, aunque cuatro habían sido inicialmente emitidas antes de la decisión de la Corte IDH. Corte IDH. Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 19 de noviembre del 2009. En este caso, la Corte determinó que los procesados habían sido acusados con delitos menos graves a los cometidos, dado que la tortura y la desaparición forzada no estaban tipificados en el Código Penal.
- 54 En este caso, habría una quinta condena, al expresidente Alberto Fujimori. Sin embargo, dado que el mismo también fue condenado en el caso Barrios Altos, no está contada como condena adicional para efectos de esta sistematización. Corte IDH. Caso *La Cantuta vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH del 20 de noviembre de 2009.
- 55 Corte IDH. Caso *Las Palmeras vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 3 de febrero del 2010.
- 56 Corte IDH. Caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 30 de noviembre del 2011.
- 57 Corte IDH. Caso *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 6 de julio del 2011.
- 58 Corte IDH. Caso *de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 8 de julio del 2009. La Corte no especifica por qué delitos fueron finalmente condenados los culpables.
- 59 Corte IDH. Caso *de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 9 de julio del 2009. La Corte no especifica por qué delitos fueron finalmente condenados los culpables.
- 60 Corte IDH. Caso *de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 26 de agosto del 2010. La Corte no especifica por qué delitos fueron finalmente condenados los culpables.
- 61 Corte IDH. Caso *Myrna Mack-Chang vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 12 de septiembre del 2005. Sin embargo, para la fecha, la persona condenada no estaba bajo custodia del Estado, dado que había escapado, por lo que la Corte mantenía abierto el proceso de supervisión y había ordenado al Estado su captura.
- 62 Corte IDH. Caso *Servellón García y Otros vs. Honduras*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 22 de noviembre del 2011.
- 63 Corte IDH. Caso *Valle Jaramillo y Otros vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 21 de diciembre del 2010.

Tabla 2: Comparando sistemas jurisdiccionales

	Jurisdicción Penal Directa	Jurisdicción Penal Híbrida	Jurisdicción Cuasi-Penal
Juicio y Persecución Local * Concienciación local y debate público * Aprendizaje del sistema de justicia local * Menor costo		■	■
Autonomía del Estado Parte * Posibilidad de actuar sin el Estado parte * Se evita fragmentación del derecho	■		■
■ Participación directa de la comunidad internacional * Rapidez * Simboliza compromiso de la comunidad internacional * Mayor concienciación internacional	■	■	

Tabla 3: Nivel de interés internacional en el proceso

		Alto	Bajo
Nivel de interés del estado local en el proceso	Alto	Directo o Híbrido	Híbrido o cuasipenal
	Bajo	Directo	Cuasipenal

LA IMPORTANCIA DE LA JUSTICIA COMO MEDIDA DE REPARACIÓN: LA PERSPECTIVA DE LAS VÍCTIMAS⁶⁴

*Lucrecia Molina Theissen**

1. Introducción

El acato o desacato de un Estado respecto a las decisiones de la Corte y la Comisión Interamericana, van más allá de cumplir o no con una obligación internacional. Tiene consecuencias directas para las víctimas y sus familiares, la sociedad y el Estado de derecho del país en cuestión.

* Socióloga guatemalteca. Hermana de Marco Antonio Molina Theissen.

64 Respecto al concepto de víctima, en el texto se empleará el contenido en los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, aprobado por Resolución 60/147 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 16 de diciembre del 2005 (“Principios y Directrices sobre Reparaciones”). De acuerdo al Principio V:

8. A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.

9. Una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima.

El 6 de octubre de 1981, mi hermano Marco Antonio Molina Theissen fue detenido ilegalmente y desaparecido a los catorce años de edad por agentes de la G2, la inteligencia del Ejército guatemalteco. Su desaparición fue una represalia por la huida de mi hermana Emma del cuartel “Manuel Lisandro Barillas”, tras nueve días de cautiverio ilegal en los que fue objeto de torturas y violaciones sexuales. Desde entonces, he dedicado mi vida —su vida no vivida— a buscarlo, esperarlo y demandar justicia, tres etapas de un recorrido que lleva más de 34 años.

Con esa finalidad, en 1997 y 1998, se interpusieron recursos de hábeas corpus y se abrió un procedimiento especial de averiguación en un tribunal guatemalteco y en la Corte Suprema de Justicia. En septiembre de 1998, CEJIL presentó una petición a la CIDH con la que se inició el litigio ante el SIDH, en 1999, me adherí a la demanda por genocidio presentada por Rigoberta Menchú en la Audiencia Nacional de España y, en nuestro nombre, en razón del mandato recibido para ejecutar el procedimiento especial de averiguación, el Procurador de Derechos Humanos de Guatemala puso una demanda ante el Juzgado Quinto de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente.

■
44

El proceso internacional culminó con la audiencia celebrada por la Corte IDH los días 26 y 27 de abril del 2004 y las sentencias de fondo y reparaciones y costas del 4 de mayo y 3 de julio, respectivamente⁶⁵. 23 años después de ocurridos los hechos, la Corte IDH condenó al Estado por la desaparición forzada de Marco Antonio, que supuso la violación de los siguientes artículos de la CADH, en concordancia con su artículo 1.1 (obligación de respetar los derechos):

- artículo 4 (derecho a la vida);
- artículo 5 (derecho a la integridad personal);
- artículo 7 (derecho a la libertad personal);
- artículo 8 (garantías judiciales);
- artículo 19 (derechos del niño); y
- artículo 25 (protección judicial).

Asimismo, la Corte IDH determinó que Guatemala había violado el Artículo I de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

65 Corte IDH. *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio del 2004. Serie C No. 108; y Fondo. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C No. 106.

Tal como lo habíamos solicitado, la justicia fue una de las reparaciones ordenadas por la Corte al Estado guatemalteco:

82. A la luz de lo anterior, para reparar este aspecto de las violaciones cometidas, el Estado debe investigar efectivamente los hechos del presente caso con el fin de identificar, juzgar y sancionar a los autores materiales e intelectuales de la desaparición forzada de Marco Antonio Molina Theissen. El resultado del proceso deberá ser públicamente divulgado, para que la sociedad guatemalteca conozca la verdad⁶⁶.

Lamentablemente, la recepción de la sentencia y la ejecución de las reparaciones sobre todo las relativas a la verdad y la justicia, que debería ser automática, fue convertida en un proceso lento y tortuoso cuyos avances, en mucho, se debieron a la insistencia de la familia. Tras casi doce años de la emisión de la sentencia de reparaciones, y seis de la resolución de autoejecutabilidad de la Cámara Penal de la CSJ, en enero de 2016 se puso en marcha el procesamiento de cuatro presuntos responsables de los hechos descritos⁶⁷.

2. El contexto

■
45

El dificultoso avance de la justicia —ni pronta ni cumplida en Guatemala—, se debe a factores de carácter estructural, puestos en juego en un proceso histórico en el que el punto de partida es la destrucción del Estado de derecho. Crear y mantener un régimen de impunidad para proteger a los responsables de crímenes de lesa humanidad, como la desaparición forzada y la tortura, requirió sujetar a la institucionalidad de justicia a los poderes fácticos. Aunada a la corrupción, la falta de independencia y autonomía de los tribunales guatemaltecos se ha traducido en acciones discriminatorias y violadoras del derecho de acceso a la justicia de las mayorías. Ello ha contribuido a ahondar la desprotección y la desigualdad ante la ley. Un estado de cosas absolutamente nocivo

66 Corte IDH. Caso Molina Theissen vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio del 2004. Serie C No. 108.

67 Esto ha sido posible gracias a la labor de la Unidad de Casos Especiales del Conflicto Armado Interno de la Fiscalía de Derechos Humanos del Ministerio Público de Guatemala, con un notable mejoramiento de sus capacidades de investigación, y a la voluntad política de las fiscales generales Claudia Paz y Paz y Thelma Aldana.

para una sociedad saturada de violencia, que requiere de la acción reparadora de la ley para los innumerables crímenes de ayer y hoy.

A partir de 1954, y con singular perversidad en las décadas de los sesenta, setenta y ochenta, se establecieron políticas antidemocráticas basadas en la Doctrina de Seguridad Nacional, en el marco de dictaduras contrainsurgentes. De esta forma, los sectores de poder pretendieron darle una salida militar a complejas y críticas situaciones políticas, sociales y económicas de carácter estructural, que históricamente han configurado una de las sociedades más desiguales e injustas de la región.

La desaparición forzada de Marco Antonio fue perpetrada por agentes del Estado como un castigo por la huida de Emma y por nuestras posturas políticas divergentes, tal es el sentido del deleznable crimen que es, si cabe, mucho más doloroso por tratarse de un niño. Querer implantar un ordenamiento social más justo, hizo que se nos identificara como parte de la real, presunta o potencial oposición, el enemigo a perseguir y exterminar. Comunidades indígenas, líderes e integrantes de organizaciones políticas, sociales, laborales, las iglesias, universidades, etc., en fin, un arco muy amplio de personas y determinaciones de diversos signos, fuimos etiquetadas como tales. En búsqueda de la legitimación de las actuaciones de los violadores de derechos —mediante operaciones de guerra psicológica dirigidas contra una sociedad aterrorizada y silenciada—, fuimos concebidos en el imaginario como objetos despojados de dignidad, deshumanizados y “desciudadanizados”, seres, no personas, matables, torturables, desaparecibles, que debíamos ser eliminados.

En un proceso extremadamente violento, oficialmente identificado como conflicto armado interno, se perpetró el genocidio de los años ochenta, una etapa más del despojo de tierras y territorios indígenas que implicó el arrasamiento de comunidades enteras. Asimismo, se dio la aniquilación de las colectividades políticas, académicas e intelectuales opuestas a los planes castrenses⁶⁸.

68 Al respecto, ver Guatemala nunca más, informe del Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica, publicado en 1998. <http://www.odhag.org.gt/html/INDICE.HTM#TOMO1> y Guatemala: memoria del silencio, de la Comisión de Esclarecimiento Histórico, publicado en 1999.

Se fortalecieron una cultura y prácticas políticas y sociales que buscaron legitimar sus actuaciones ilegales, transformándolas en la defensa de supuestos valores vinculados con ideas de patriotismo y religiosidad. Éstas, hasta la fecha, son componentes del régimen de impunidad que combate los esfuerzos de las víctimas por la verdad, la justicia y la memoria histórica, junto con el terror provocado por un poder sin ataduras legales que recurrió a los peores crímenes. Otro de los efectos del terror y la persecución fue el rompimiento del tejido social, al ser eliminadas las redes de apoyo y solidaridad.

Para el resguardo de la impunidad de los agentes estatales encargados de ejecutar las políticas de exterminio, se recurrió al ocultamiento de la verdad de los hechos, la censura y el silenciamiento mediático, institucional, social e individual, además del secuestro del Estado de derecho, que trajo consigo el cercenamiento de la independencia judicial. Para lograrlo, el poder colocó en puestos clave de la Administración de Justicia a personas afines a tales intereses y persiguió y aniquiló a las y los profesionales del derecho renuentes a cooperar. Estas prácticas ahondaron la exclusión de sectores sociales cada vez más amplios del acceso a la justicia y la igual protección de la ley. La injusticia y la impunidad, los castigos ilegales desmedidos infligidos por una institucionalidad estatal establecida para protegerlos, son actos discriminatorios, indignos para las víctimas que no fueron tratadas en igualdad con las demás personas.

Aún en la actualidad, las altas cortes guatemaltecas están minadas por la corrupción, el clientelismo, la complicidad con los terroristas de Estado, su encubrimiento y la manipulación de la justicia que, como las serpientes, sólo muerde los pies descalzos. Los efectos más visibles de lo sucedido en esos años son las innumerables violencias e injusticias que se continúan padeciendo en Guatemala.

En ese escenario, las leyes de amnistía⁶⁹ son una de las dificultades para el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, pese a que ésta se ha pronunciado acerca de su ilegalidad a la luz de las obligaciones de

69 En Guatemala está vigente la Ley de Reconciliación Nacional, que forma parte de los Acuerdos de Paz. Su artículo 8 exime de amnistía los delitos de genocidio, tortura y desaparición forzada. Sin embargo, los acusados de estos crímenes acuden a las cortes en apelaciones y amparos que, pese a la jurisprudencia nacional e internacional en este asunto, siguen siendo acogidos.

los Estados parte de la CADH. Además, en los códigos penales se mantienen disposiciones respecto de la prescripción de los delitos o su falta de tipificación (lo que revela la incongruencia entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos). La prescripción de procesos sin posibilidades de reactivación, los sobreseimientos amañados, las defensas maliciosas, el uso abusivo del amparo para favorecer a los presuntos responsables, son otros valladares.

A las dificultades en la realización de la reparación de justicia, se unen los obstáculos derivados del desconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos por parte de los operadores/as de justicia y de que, por lo tanto, una de las obligaciones internacionales del Estado es el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH. Tal desconocimiento se refleja, por ejemplo, en que no se implementa el control de convencionalidad; es más, jueces y juezas hacen a un lado el hecho de que la justicia no sólo es un derecho sino también un medio de protección, garantía y restitución de derechos. También se observan la falta de coordinación entre la institucionalidad del Estado, ya sea por ignorancia o falta de voluntad, y la negativa de los cuerpos armados para dar información probatoria.

■
48

Entre los problemas técnicos y burocráticos, destaca la falta de recursos de todo tipo —financieros, de personal—, que disminuye la eficacia de las actuaciones de la institucionalidad de justicia por el recargo de casos en los tribunales y el Ministerio Público; la inexistencia de planes de cumplimiento de las decisiones judiciales internacionales, cuyo peso y validez jurídica y moral se han visto disminuidos por el incumplimiento del Estado guatemalteco⁷⁰.

A esto se agrega la debilidad y negligencia de las personas e instituciones encargadas de la investigación, juicio y castigo, así como sus deficiencias técnicas, éticas y profesionales; la carencia de protocolos y

70 Tal incumplimiento es favorecido por la debilidad de un sistema internacional de protección que no fue dotado por sus creadores los propios Estados, - de mecanismos y procedimientos coercitivos para que cumplan con sus obligaciones internacionales cuando falla la buena fe. La persistencia de esta situación rompe el continuo entre los sistemas de justicia internacional y nacional, que deberían funcionar armónicamente, en detrimento de los derechos de las víctimas, que somos en última instancia, la razón de ser de su existencia.

medios de prueba (bancos de datos genéticos, por ejemplo); la ausencia de carrera judicial que provoca cambios frecuentes de personal; y el tiempo transcurrido, con la consiguiente pérdida de información y hasta el fallecimiento de posibles testigos.

Por último, impulsar procesos judiciales bajo regímenes de impunidad de larga data, en contextos en los que continúan existiendo estructuras clandestinas de poder que favorecen ese estado de cosas, sin garantías efectivas de seguridad para las víctimas, testigos, abogados/as, fiscales y otros operadores/as de justicia, trae consigo riesgos ciertos para la integridad de las personas que participan en los mismos. Asimismo, conlleva la indeseada exposición a los agravios de los sectores negociacionistas que respaldan a los supuestos perpetradores y la imposibilidad de presentar testigos enmudecidos por el miedo.

Sin embargo, la persistencia de las víctimas de crímenes de guerra y lesa humanidad y las juezas y jueces independientes, honestos y apegados a la ley, están abriéndole el camino a la justicia y, con ello, a la realización de la reparación de investigar, enjuiciar y castigar ordenada por la Corte IDH en sus distintas sentencias. En nuestras manos, la sentencia de la Corte IDH es un instrumento fundamental para alcanzar la justicia interna y superar los obstáculos estructurales que la limitan y debilitan. Nos proporciona un piso firme para luchar contra la falta de voluntad política del Estado, cuya institucionalidad sigue bajo la perniciosa influencia de los perpetradores.

1. La justicia para las víctimas

Aunque las percepciones y concepciones varían en razón de la heterogeneidad de las víctimas, la justicia suele ser la reparación más importante, una aspiración de quienes queremos la restitución de nuestra dignidad y derechos.

a. La justicia como obligación del Estado

Someramente, la justicia es una obligación internacional del Estado contraída de buena fe, mediante la ratificación de los tratados. Según el derecho internacional, el Estado debe prevenir y evitar las violaciones a los derechos humanos. Si éstas se producen, deberá investigarlas para

¿Qué es la justicia para las víctimas?

- Un derecho (arts. 4 a 7 de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder).
- Un proceso social, político y jurídico dirigido a reparar lo reparable, tanto en el ámbito social como en el individual.
- Ejercicio de derechos, recuperación de la dignidad y reconocimiento de la verdad histórica (el relato de los hechos por parte de las víctimas).
- Un espacio y momento de reflexión colectiva sobre lo que queremos ser como sociedad.

enjuiciar y, si es el caso, castigar a los responsables. En caso de no hacerlo, incurriría en responsabilidad internacional.

■
50

b. La justicia como derecho

La justicia es un derecho humano, tal como lo establecen numerosos tratados y declaraciones en la materia⁷¹. En lo referente a las víctimas, de acuerdo

71 En la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada mediante la Resolución 40/34 el 29 de noviembre de 1985 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, este derecho fue plasmado en los siguientes términos:

Acceso a la justicia y trato justo

4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

5. Se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.

6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de

con los Principios y Directrices sobre Reparaciones, respecto de la obligación de respetar, hacer que se respete y aplicar la normativa internacional de derechos humanos y derecho internacional humanitario, los Estados deben:

I.2.b) Adopta(r) procedimientos legislativos y administrativos apropiados y eficaces y otras medidas apropiadas que den un acceso equitativo, efectivo y rápido a la justicia;

(...)

II.3.b) Investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional;

II.3.c) Dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario un acceso equitativo y efectivo a la justicia, como se describe más adelante, con independencia de quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación (...).

El Principio III establece:

4. En los casos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional, los Estados tienen la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si

las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información;

b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente;

c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial;

d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia;

e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.

7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

se las declara culpables, la obligación de castigarlas. Además, en estos casos los Estados deberán, en conformidad con el derecho internacional, cooperar mutuamente y ayudar a los órganos judiciales internacionales competentes a investigar tales violaciones y enjuiciar a los responsables.

5. Con tal fin, cuando así lo disponga un tratado aplicable o lo exija otra obligación jurídica internacional, los Estados incorporarán o aplicarán de otro modo dentro de su derecho interno las disposiciones apropiadas relativas a la jurisdicción universal. Además, cuando así lo disponga un tratado aplicable o lo exija otra obligación jurídica internacional, los Estados deberán facilitar la extradición o entrega de los culpables a otros Estados y a los órganos judiciales internacionales competentes y prestar asistencia judicial y otras formas de cooperación para la administración de la justicia internacional, en particular asistencia y protección a las víctimas y a los testigos, conforme a las normas jurídicas internacionales de derechos humanos y sin perjuicio de disposiciones jurídicas internacionales tales como las relativas a la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

■
52

Más específicamente, el Principio VIII señala lo siguiente respecto al acceso a la justicia:

12. La víctima de una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o de una violación grave del derecho internacional humanitario tendrá un acceso igual a un recurso judicial efectivo, conforme a lo previsto en el derecho internacional. Otros recursos de que dispone la víctima son el acceso a órganos administrativos y de otra índole, así como a mecanismos, modalidades y procedimientos utilizados conforme al derecho interno. Las obligaciones resultantes del derecho internacional para asegurar el derecho al acceso a la justicia y a un procedimiento justo e imparcial deberán reflejarse en el derecho interno. A tal efecto, los Estados deben:

- a) Dar a conocer, por conducto de mecanismos públicos y privados, información sobre todos los recursos disponibles contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario;
- b) Adoptar medidas para minimizar los inconvenientes a las

víctimas y sus representantes, proteger su intimidad contra injerencias ilegítimas, según proceda, y protegerlas de actos de intimidación y represalia, así como a sus familiares y testigos, antes, durante y después del procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo que afecte a los intereses de las víctimas;

c) Facilitar asistencia apropiada a las víctimas que tratan de acceder a la justicia;

d) Utilizar todos los medios jurídicos, diplomáticos y consulares apropiados para que las víctimas puedan ejercer su derecho a interponer recursos por violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o por violaciones graves del derecho internacional humanitario.

13. Además del acceso individual a la justicia, los Estados han de procurar establecer procedimientos para que grupos de víctimas puedan presentar demandas de reparación y obtener reparación, según proceda.

14. Los recursos adecuados, efectivos y rápidos contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario han de comprender todos los procedimientos internacionales disponibles y apropiados a los que tenga derecho una persona y no deberían redundar en detrimento de ningún otro recurso interno.

a. La justicia como reparación

La justicia es el eje articulador de las demás reparaciones y, aunque son distintas en su naturaleza la indemnización, las medidas simbólicas, los cambios legislativos o estructurales, todas en esencia contribuyen a la realización de la justicia.

La justicia es sanadora, nos obliga a vencer la impotencia y trae consigo la posibilidad de hacer un cierre.

La justicia es reparadora en la medida en que representa una sanción moral que muestra la injusticia de los hechos y el valor humano de las víctimas, y da sentido al proceso de los familiares por enfrentar la pérdida y los hechos de manera constructiva⁷².

72 Beristain, Carlos. *Diálogos sobre la reparación*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. IIDH, 2010.

Sin justicia las reparaciones pierden su carácter integral. Además, la justicia está presente de manera simbólica en los actos de perdón cuando se resignifica lo sucedido y el Estado asume la responsabilidad, en el pago de las indemnizaciones que resarcan por los daños materiales e inmateriales, en la redignificación y rehumanización de las víctimas concretada en monumentos, nombres de calles o planteles escolares, etc.

La justicia es muy importante en las desapariciones forzadas, casos en los que la Corte IDH ordena como reparación la búsqueda, ubicación y devolución de los restos mortales. Estas acciones están “estrechamente vinculada[s] a la investigación y sanción a los responsables y, por lo tanto, al sistema de justicia”.

d. Justicia y verdad

Por otra parte, la justicia contribuye a la realización del derecho a la verdad, siendo ambos derechos interdependientes. Averiguar la verdad mediante la investigación judicial posibilita el enjuiciamiento y la sanción a quienes resulten responsables de las violaciones a los derechos humanos y es de esperarse que, una vez sea establecida la verdad judicial, se eviten los cuestionamientos a las víctimas que con frecuencia somos acusadas por quienes defienden la impunidad de mentir o de buscar dinero.

De acuerdo con Juan Méndez, el derecho a la verdad:

[E]s parte, entonces, de un más amplio derecho a la justicia que tienen las víctimas de este tipo de crímenes. Para ser más específicos, las obligaciones del Estado que nacen de estos crímenes son cuádruples: obligación de investigar y dar a conocer los hechos que se puedan establecer fehacientemente (verdad); obligación de procesar y castigar a los responsables (justicia); obligación de reparar integralmente los daños morales y materiales ocasionados (reparación); y obligación de extirpar de los cuerpos de seguridad a quienes se sepa han cometido, ordenado o tolerado estos abusos (creación de fuerzas de seguridad dignas de un Estado democrático)⁷³.

73 Juan E. Méndez, Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos, en <https://www.wcl.american.edu/hracademy/Clase1-LecturaOpcional1-Mendez.pdf.pdf>.

Por su parte, Louis Joinet se refiere a otras dimensiones del derecho a la verdad:

No se trata sólo del derecho individual que toda víctima o sus familiares tienen a saber lo que ocurrió, que es el derecho a la verdad. El derecho a saber es también un derecho colectivo que hunde sus raíces en la historia, para evitar que puedan reproducirse en el futuro las violaciones. Como contrapartida, al Estado le incumbe el “deber de recordar”, a fin de protegerse contra esas tergiversaciones de la historia que llevan por nombre revisionismo y negacionismo; en efecto, el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y debe por ello conservarse⁷⁴.

4. Cuando los daños son irreparables, ¿qué puede reparar la justicia?

Con la desaparición forzada de mi hermano se nos causó a mí y a mi familia un daño permanente e irreparable. Nada de lo que se haga va a cambiar lo sucedido: su pérdida, la revictimizadora impunidad, el imposible cierre de un duelo interminable, el dolor sin fondo ni final. Pero hay otros daños que pueden ser reparados mediante la acción de la justicia entendida como un proceso individual, social, político y jurídico dirigido a reparar “lo reparable”, tanto en el ámbito social como en el individual.

En los casos de crímenes de lesa humanidad —con efectos irreversibles como la muerte—, la pérdida del proyecto de vida, los traumas permanentes, el desarraigo, las víctimas emprendemos procesos de justicia para afrontar los daños, darle sentido a la existencia y recuperar la perspectiva vital.

Esto no se inicia en una sala de juicios. Es un proceso humano complejo, prolongado, no lineal, que nos demanda elaborar la experiencia

74 Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos). E/CN.4/Sub.2/1997/20, 26 de junio, 1997. Citado por Tatiana Rincón Covelli en “La verdad histórica: una verdad que se establece y legitima desde el punto de vista de las víctimas”, publicado en Estudios Socio-Jurídicos 7, Bogotá, págs. 331-354, agosto del 2005.

para asumirnos como sujetos de derechos, con dignidad, y superar la victimización reconfigurándonos como personas ordinarias en situaciones extraordinarias en las que el poder ha pretendido reducirnos a la condición de objetos superfluos y, por lo tanto, desechables⁷⁵.

Rehacernos, volver a ser personas, constituirnos en ciudadanas y ciudadanos, nos exige vencer el miedo y desaprender los dictados del autoritarismo que nos impone naturalizar la violencia y la injusticia, dándonos un carácter de fatalidad casi divina. Nos lleva a descubrir mundos nuevos a partir de la comprensión de los derechos humanos y a romper el silencio impuesto y autoimpuesto por miles de razones, entre ellas el resguardo de la propia vida.

En nuestro caso, debimos reconstruirnos como seres humanos y reintegrarnos como familia desde la casi nada que quedó tras el paso de la violencia y de la muerte.

75 Beristain, Carlos. *Diálogos sobre la reparación*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. IIDH, 2010.

¿Cuáles son los daños?

Los daños individuales

- Traumas psicosociales.
- Rompimiento de la familia, desintegración, migración forzada.
- Exclusión, aislamiento, estigmatización, sentimientos de indefensión, culpabilización, enfermedades psicosomáticas.
- Despojo de dignidad y derechos a las víctimas directas e indirectas. Trato desigual, discriminación.
- Impunidad revictimizadora, asentada, entre otros factores, en ausencia de justicia y la inducción de la culpa sobre las propias víctimas por desafiar al poder y el orden establecido.

Los daños sociales

- El elevado costo social, pérdida de decenas de miles de vidas, destrucción del tejido social.
- La naturalización y banalización de la violencia, la muerte violenta y el quebrantamiento sistemático de la ley por parte del poder
- Terror, sobre todo asociado a la desaparición forzada.
- Sentimientos de indefensión, sujeción al poder, acriticidad y apoliticidad como una forma ilusoria de protección.
- Desconfianza, insensibilidad, falta de solidaridad.
- El aniquilamiento reiterado a lo largo de más de tres décadas, acompañado de acciones inductoras de terror por diversos medios, condujo a la destrucción del tejido social, fomentó el individualismo basado en el sálvese quien pueda y la desmovilización política y social.
- Afianzamiento de relaciones sociales en las que predomina una cultura violenta.
- Mantener la impunidad de los perpetradores cercenó el Estado de derecho y la independencia judicial. En el largo plazo esto produjo:
 - La destrucción del Estado de derecho
 - La destrucción de la institucionalidad estatal (no hay independencia de poderes, persiste la falta de autonomía del poder judicial).
 - En términos generales, se observa la incapacidad social de proteger la vida.

Acceder a la justicia en igualdad de condiciones en una causa judicial por violaciones a los derechos humanos, es un reconocimiento de que somos personas con derechos antes que víctimas. Pese al estigma y la discriminación de los que se nos hizo objeto para deslegitimarnos y justificar las acciones del poder, todo ello como parte del régimen de impunidad, la justicia contribuye a restituir nuestra dignidad y a remontar la exclusión y el aislamiento sufridos en diferentes ámbitos —social, familiar, laboral—, devolviéndonos nuestro lugar en la sociedad, reintegrándonos como seres humanos, ciudadanos y ciudadanas que sufrimos una injusticia.

Otro efecto positivo de la justicia como favorecedora del develamiento y reconocimiento de la verdad histórica, es que contribuye a revertir la culpabilización de las víctimas, una tendencia generalizada en todos los países donde han ocurrido violaciones graves, sistemáticas y masivas a los derechos humanos y que tiene el objetivo de desviar la culpa de los responsables para resguardar su impunidad. Asimismo, contribuye a restablecer nuestro buen nombre y reputación.

■
58

En lo social, el silencio y el desconocimiento de la verdad y la negativa del Estado a reconocerla, instaura un clima de incertidumbre, cuyos alcances van más allá de las víctimas y de las violaciones a los derechos humanos. En un contexto autoritario, donde prevalecen la censura y la autocensura de los medios y el silenciamiento de la población, las mentiras, los rumores, las verdades a medias y las dudas permanentes, son parte de las políticas de control y manipulación de nuestras sociedades y originan, entre otras consecuencias indeseables, la desconfianza y la descalificación en las relaciones sociales e interpersonales y con la institucionalidad.

En contextos en los que han prevalecido el silencio y el ocultamiento de la información, la justicia posibilita la libertad de expresarnos en condiciones que garantizan una escucha real de la verdad histórica, a la que además de atribuirle credibilidad, le da fuerza legal, la plasma en sus decisiones y, quizá, en los casos de personas desaparecidas, abre la posibilidad de saber dónde están sus restos para poder sepultarlas dignamente.

En ese sentido, la justicia se constituye en un dispositivo social muy importante para la legitimación y validación de la verdad de las víctimas y,

a la larga, la configuración de un mundo de certezas, porque la verdad es fidelidad a los hechos, adecuación del pensamiento a lo real y de las palabras a las cosas⁷⁶. En un mundo en el que las palabras nombran lo sucedido con precisión, la memoria hecha de palabras, guardará lo sucedido y se crearán condiciones para que nunca más se repitan las atrocidades.

Frente a la ruptura del tejido social, la justicia hace posible la apertura de espacios de acompañamiento y solidaridad con las víctimas en los que se reúnen y reunifican personas de las más variadas procedencias, lo cual contribuye a desencadenar procesos de restablecimiento de los vínculos de solidaridad social en un proceso en el que, a la larga, se espera sanar y reconstruir ese tejido social.

La justicia debe ser un momento privilegiado no solamente para el ejercicio de derechos por parte de las víctimas, sino también para la realización de un amplio debate social y político en el que, a partir del conocimiento y análisis de la verdad histórica, se logren amplios consensos sancionatorios que deslegitimen lo sucedido y se consigan compromisos hacia el futuro, para que nunca más vuelvan a suceder los hechos violatorios a los derechos humanos.

Las víctimas valoramos altamente que “la capacidad de la justicia de discernir entre el bien y el mal de una forma pública y facilitar cambios en el contexto social es (...) un factor de transformación en las condiciones comunitarias establecidas desde el momento de las violaciones y una apertura hacia un futuro diferente, después de la sentencia”⁷⁷.

76 Pérotin-Dumon, Anne. Liminar. “Verdad y Memoria: escribir la historia de nuestro tiempo”. En *Historizar el Pasado Vivo de América Latina*. Universidad Alberto Hurtado, Centro de Ética, 2007.

77 Beristain, Carlos. *Diálogos sobre la reparación*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. IIDH, 2010, pág. 359.

Los efectos positivos

- Proporciona una satisfacción moral para las víctimas, que ven así reconocido el valor de sus familiares como personas cuyos derechos fueron vulnerados.
- Los procesos de justicia tiene un elevado costo emocional individual o familiar, pero contribuyen al reconocimiento de los derechos de las víctimas, consolidan socialmente el sentido de justicia, e incluso podrían dar lugar a cambios en el poder judicial.
- Restablece (o establece) relaciones sociales basadas en el respeto a los derechos humanos.
- Contribuye a evitar la repetición de los hechos en la medida en que se imponen sanciones penales y morales a los autores.
- Ayuda a debilitar o eliminar el poder de los perpetradores, cuando mantienen su capacidad de coacción sobre las víctimas o la sociedad. Esto es de particular relevancia en situaciones en las que en el mismo espacio geográfico conviven víctimas y victimarios, como sucede en los poblados rurales. La justicia es determinante para transformar la convivencia al restarle poder y legitimidad a los violadores de derechos humanos.
- Tiene efectos psicológicos positivos, debido a que la investigación y sanción judiciales favorecen un cierto cierre psicológico y contribuyen a disminuir el nivel de estrés derivado de la impunidad.
- Alcanzar la justicia representa liberarse de un lazo demasiado pesado que nos ata al pasado y resta tiempo y energías para vivir.
- Es reparadora en la medida en que la sanción moral que muestra la injusticia de los hechos y el valor humano de las víctimas.
- Le da sentido a las demás reparaciones y al proceso de los familiares por enfrentar la pérdida y los hechos de manera constructiva.
- La justicia es una forma de vencer la impotencia que nos agobia cuando sentimos que no podemos hacer nada por nuestro ser querido.

- Fortalece la capacidad de la sociedad de discernir entre el bien y el mal de una forma pública y facilita cambios en el contexto social.
- La justicia se puede constituir en elemento transformador de la vida comunitaria y generador de esperanza respecto de un futuro mejor.
- Fortalece el sistema de administración de justicia.

(Elaboración propia con base en *Diálogos sobre la reparación*).

5. Conclusión

La justicia en los casos de violaciones a los derechos humanos, que tocan las esferas de poder, debe constituirse en lecciones sociales que contribuyan a evitar la repetición de las atrocidades. Ayuda a quebrar la impunidad y a fortalecer la institucionalidad, que debe actuar con autonomía, independencia y apego a las leyes nacionales y a los tratados internacionales de derechos humanos.

En las dos últimas décadas, la búsqueda de la justicia ha ocupado el lugar de la búsqueda de mi hermano. O por ese medio tendremos, ojalá, la posibilidad de saber la verdad de lo sucedido y recuperar sus restos para sepultarlos digna y humanamente.

Para conseguirlo, en éste y en otros casos del pasado y el presente, es imprescindible una investigación exhaustiva de los hechos que permita identificar sin lugar a dudas quiénes son los autores materiales e intelectuales. Esto exige profesionalismo, responsabilidad e imparcialidad en su realización, además de una amplia serie de condiciones políticas y sociales que lo hagan posible.

No confundimos la sanción a los perpetradores con una venganza personal. Enjuiciar y castigar a quienes resulten responsables de la desaparición de Marco Antonio, y llevar adelante con éxito muchos más casos de similar naturaleza, indudablemente contribuirá a mejorar la protección de todas las personas por igual, sin discriminaciones.

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y LAS CONDICIONES DE LOS PROCESOS JUDICIALES INTERNOS QUE FACILITAN EL CUMPLIMIENTO DE LAS DECISIONES INTERAMERICANAS⁷⁸

*Oscar Parra Vera**

1. Introducción

En este texto me referiré al decisivo rol de la independencia judicial y de diversas garantías con las que deben contar fiscales y otros funcionarios de la rama judicial, personal forense, etc., para que exista una efectiva implementación de las decisiones interamericanas. Ello exige un análisis desde lo que teóricamente implica la independencia judicial, así como de lo que “políticamente” implica el reto que han asumido algunas y algunos jueces, fiscales y cortes para impulsar la justicia en ciertos casos. Los retos de impulsar el cumplimiento de las decisiones interamericanas en materia de impunidad han sido asumidos por operadores judiciales, incluso a pesar de un alto costo personal — por amenazas que se han materializado o forzado exilios, por ejemplo— o profesional —por lo que implica, para una carrera en el foro judicial, el afectar a ciertos grupos de poder.

■
63

* Magister en Criminología y Justicia Criminal de la Universidad de Oxford. Se desempeñó como abogado coordinador (2010-2015) y abogado junior (2007-2009) en la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fue Becario “Rómulo Gallegos” y consultor en la Secretaría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En el 2013 hizo una Visita Profesional y de Investigación en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en representación de la Secretaría de la Corte IDH.

78 En este texto retomo parcialmente algunas ideas expuestas en dos textos “La Independencia Judicial en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Evolución, debates y diálogos” (2016), presentado en el Congreso sobre Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Garantía de los Derechos Humanos. Barcelona, Universidad Pompeu Fabra / Corte IDH / Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 26 de febrero del 2015. Asimismo, el texto “Empoderamiento institucional”: Impacto de las decisiones interamericanas en el impulso de iniciativas progresistas en el contexto de tensiones entre agencias estatales (2016), a publicarse próximamente por la Revista Pensamiento Jurídico de la Universidad Nacional de Colombia.

Teniendo en cuenta el tipo de presiones que reciben los operadores de la Administración de Justicia en este tipo de escenarios: ¿cómo enfrentar procesos de cooptación de jueces, fiscales y cortes por parte de una agenda política anti Sistema Interamericano? ¿Qué medidas, incluyendo disciplinarias o sancionatorias, podrían tomarse contra jueces que obstaculicen la implementación de decisiones interamericanas? ¿Cómo tomar estas medidas respetando al mismo tiempo la independencia judicial? ¿Cómo proteger a jueces que quieran apartarse de criterios de autoridades superiores para implementar de mejor manera las decisiones internacionales?

Estas inquietudes deben contextualizarse en lo que en las últimas décadas ha implicado el protagonismo central de los jueces en la garantía de los derechos humanos. Ello constituye uno de los principales efectos de la ratificación de tratados de derechos humanos, así como de la constitucionalización de los derechos, toda vez que las decisiones judiciales se convierten en herramientas para revertir todo tipo de arbitrariedad estatal. Dada esa importante tarea a cargo de las y los jueces, es imprescindible que la judicatura cuente con el más alto nivel posible de independencia judicial.

■
64

Es cierto que el concepto y alcance de la “independencia judicial” genera diversos tipos de discusión en la doctrina. En efecto, existe debate sobre el nivel de rendición de cuentas en el que se deben involucrar los jueces, el alcance de esta garantía en el derecho continental y en el *common law*, las dimensiones legítimas de interacción de los jueces con la sociedad civil y las demás ramas del poder público, los controles entre los diversos jueces, tanto por vías ordinarias como disciplinarias, las conveniencias o inconveniencias de la llamada “insularidad política” del poder judicial y los problemas que podrían existir al anclar la independencia judicial con el corporativismo judicial, entre muchos otros debates⁷⁹.

79 La literatura al respecto es enorme. En este sentido, destaco Burgos Silva, Germán (Ed.), *Independencia judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Bogotá, ILSA, 2003; el texto clásico de Fiss, Owen, “El grado adecuado de independencia”, en *Derecho y Humanidades*, No. 5, Universidad de Chile, 1997; y dos textos recientes que recopilan los debates más importantes en la materia: Macdonald, Roderick y Kong, Hoi, “Judicial Independence as a Constitutional Virtue” en A. Sajo and M. Rosenfeld, eds. *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 831-858; y Bonica, Adam y Sen, Maya, “The Politics of Selecting the Bench from the Bar: The Legal Profession and Partisan Incentives to Politicize the Judiciary”, Harvard Kennedy School, Faculty Research Working Paper Series, 2015.

Por otra parte, la llamada “judicialización de la política”, que ha venido consolidándose en el Sur Global, ha abierto escenarios para importantes contribuciones de los jueces a procesos democráticos de rendición de cuentas. Sin embargo, en dicha judicialización también han surgido situaciones donde los jueces han sido señalados de actuar sin imparcialidad ni independencia y con sesgos que representan los intereses de grupos de poder o de partidos políticos específicos.

Sin perjuicio de estas discusiones, existe consenso respecto a que la independencia judicial es fundamental para la efectiva vigencia del estado social de derecho y de la democracia. No sorprende entonces que en las crisis institucionales acompañadas de déficits democráticos, la independencia judicial haya sido especialmente sacrificada. De hecho, una alta dosis de independencia judicial pareciera tener un importante efecto preventivo respecto al autoritarismo. Por otra parte, otros problemas constantes sobre independencia judicial en el derecho comparado de la región vienen asociados a los procesos de reforma judicial y de selección de jueces, así como a los órganos encargados de administrar la rama judicial⁸⁰.

Muchos de los debates inherentes al alcance de la noción de independencia judicial son entonces relevantes para discutir sobre estrategias para fortalecer la implementación de las decisiones de los órganos de protección del SIDH. En este artículo solo abordaré algunas ideas y ejemplos sobre el relevante rol que puede tener una alta dosis de independencia judicial para destrabar algunos problemas en la implementación de decisiones interamericanas.

Un punto de partida para explorar esta hipótesis tiene relación con el reconocimiento del carácter asimétrico de la relación entre las partes que litigan ante el SIDH. Si bien procesalmente el reglamento de la Corte IDH asume que los peticionarios y el Estado son partes “iguales” a las que se debe tratar con “equidad”, lo cierto es que las razones que explican por qué un caso llegó hasta la instancia de la Corte IDH son, por regla general, las mismas razones que explican por qué los peticionarios se están enfrentando a un número importante de diversas agencias, órganos e

80 Uprimny, Rodrigo y Villadiego, Carolina, *Gobierno y Administración de la Rama Judicial. Análisis de las propuestas de cambio en el proyecto de equilibrio de poderes*. Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, Papers No. 25, 2015.

instancias del poder público. En efecto, cuando un caso llega al SIDH, por regla general, fue evaluado en diversas instancias del ámbito institucional local. Los reclamos interamericanos son entonces contra múltiples instituciones y funcionarios. El procedimiento ante la Corte IDH y la intervención de algunas instituciones nacionales, como los jueces, en las etapas de implementación de las decisiones interamericanas, en alguna medida, deben recomponer estas asimetrías entre las partes ante el SIDH.

En esta línea, a continuación analizo dos temáticas ilustrativas de la relevancia de la independencia judicial y las condiciones de los procesos judiciales internos para impulsar el cumplimiento de las decisiones interamericanas a través de la recomposición de las mencionadas asimetrías de poder. Como punto previo, en primer lugar describo muy sintéticamente lo que significa la independencia judicial en la jurisprudencia de la Corte IDH. En segundo lugar, valoro el papel que pueden jugar los jueces internos para destrabar bloqueos institucionales que impiden la implementación y cumplimiento de decisiones internacionales. En tercer lugar, analizo el rol de interpretaciones judiciales que favorezcan la implementación de dichas decisiones. Todo ello me permitirá, en cuarto lugar, arribar a algunas consideraciones finales.

2. Alcance de la independencia judicial

En el caso *Tribunal Constitucional Vs. Perú*, la Corte IDH precisó que los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, deben contar con garantías específicas relacionadas con un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas⁸¹.

Posteriormente, la Corte IDH precisó que estos criterios se justifican aún más si se tiene en cuenta que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces⁸². De igual forma, el Tribunal Interamericano ha esta-

81 Corte IDH. Caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero 2001. Serie C No. 71, párrs. 73-75.

82 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 No. 182, párr. 55; y caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo,

blecido que el objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general, y sus integrantes en particular, se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación⁸³.

Asimismo, la Corte ha señalado que el ejercicio autónomo de la función judicial debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El Tribunal Interamericano estimó pertinente precisar que la dimensión objetiva se relaciona con aspectos esenciales para el Estado de derecho, tales como el principio de separación de poderes, y el importante rol que cumple la función judicial en una democracia. Por ello, esta dimensión objetiva trasciende la figura del juez e impacta colectivamente en toda la sociedad. Además, existe una relación directa entre la dimensión objetiva de la independencia judicial y el derecho de los jueces a acceder y permanecer en sus cargos en condiciones generales de igualdad, como expresión de su garantía de estabilidad⁸⁴.

3. Independencia judicial para destrabar activamente los bloqueos o negligencias de agencias estatales que impiden el cumplimiento de decisiones interamericanas

Algunas decisiones locales, aunque no estén clara y directamente asociadas a una agenda específica de implementación de decisiones interamericanas, pueden estar vinculadas a la posible tensión entre un tribunal internacional, que lucha por que sus decisiones se cumplan, y agencias internas que bloquean o resultan negligentes en las etapas de implementación. En este espacio, la independencia judicial de los jueces internos

Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio del 2009. Serie C No. 197, párr. 67.

83 Caso Apitz, párr. 55; Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio del 2011. Serie C No. 227, párr. 99.

84 Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto del 2013. Serie C No. 266, párr. 154, y *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto del 2013. Serie C No. 268, párr. 198.

puede permitir la emisión de pronunciamientos lo suficientemente enérgicos como para llamar la atención de aquellas agencias que puedan estar bloqueando la implementación de decisiones interamericanas.

Esto resulta de la mayor importancia si se tiene en cuenta que ante la CIDH y la Corte IDH comparecen partes (Estado y representantes de víctimas) con una muy notoria diferencia respecto al poder político con el que cuentan. En efecto, muchas veces la defensa de los Estados refleja que las víctimas se encuentran litigando contra un importante número de agencias estatales. Es entonces previsible que en la etapa de implementación surjan diversas tensiones con esas mismas agencias estatales contra las que se litigó previamente. Por tal razón, los jueces internos pueden jugar un papel decisivo para equilibrar estos desbalances de poder, con particular énfasis en la protección del acceso a la justicia de las víctimas, toda vez que el cumplimiento de decisiones interamericanas es la forma más adecuada de no hacer nugatorio el acceso a la justicia internacional.

A continuación, me referiré a algunos ejemplos donde la Corte Constitucional de Colombia ha tenido un papel importante, en procurar que diversas agencias estatales internas cumplan con lo ordenado por la CIDH y la Corte IDH. Me concentraré en buenas prácticas en la materia, sin perjuicio de reconocer que es posible encontrar ejemplos de posturas judiciales muy moderadas sobre el rol del juez interno en la implementación de decisiones internacionales.

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha estimado procedente la acción de tutela para exigir el cumplimiento de órdenes emitidas por la Corte IDH⁸⁵. Por ejemplo, en relación con el caso 19 Comerciantes, se declaró procedente una tutela dirigida a que el Estado cumpliera con la orden de erigir un monumento en memoria de las víctimas y, mediante una ceremonia pública, colocar una placa con los nombres de éstas.

Asimismo, en la sentencia T-367 de 2010, la Corte Constitucional de Colombia declaró procedente una tutela interpuesta por obstáculos relacionados con la implementación del caso *Masacres de Ituango vs. Colombia*⁸⁶. En esta

85 Ver, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-653 de 2012.

86 El Alto Tribunal colombiano ordenó a la Agencia Presidencial para la Acción Social, "informar a través de radio, prensa y televisión, con cubrimiento nacional y local, incluida la radio comuni-

decisión se conminó al Ministerio de Relaciones Exteriores a “ejercer una función de coordinación efectiva en la que se ilustre de manera adecuada y oportuna a las diferentes entidades del Estado responsables de la atención de la población desplazada por la violencia, de la necesidad de cumplir con los fallos judiciales de los organismos internacionales (...)”.

Por su parte, en la sentencia T-585A del 2011 la Corte Constitucional colombiana se refirió a diversos problemas en la implementación de medidas provisionales ordenadas por la Corte IDH respecto a familiares víctimas en el caso *Masacre de La Rochela*. La Corte instó al Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Vicepresidencia de la República, para que participe activamente en el cumplimiento de las medidas provisionales; ordenó a la Dirección de Derechos Humanos y Derecho Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores que haga un seguimiento más estricto y material al cumplimiento de las provisionales decretadas; ordenó a la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia que participe activamente en el cumplimiento de las medidas; y ordenó a la Fiscalía General de la Nación brindar el apoyo necesario para el avance de las investigaciones. Por otra parte, se ordenó al Procurador General de la Nación que adopte las medidas necesarias para vigilar y monitorear el estricto cumplimiento de las medidas provisionales, de cada una de las autoridades públicas destinatarias de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional. Dispuso que en caso de dilación en la implementación de las mismas, la Procuraduría General de la Nación deberá iniciar las investigaciones disciplinarias respectivas. Finalmente, se instó a la Defensoría del Pueblo para que realice las recomendaciones y observaciones pertinentes a las autoridades destinatarias de las órdenes de esta sentencia de la Corte Constitucional.

Estas decisiones de la Corte Constitucional tienen un efecto articulador de las instituciones con competencias asociadas a las órdenes emitidas por la Corte IDH. Ante las dificultades que ofrecen algunas agencias nacionales negligentes en la implementación de las decisiones internacionales, otras

taria, por lo menos una vez al mes en todos los medios y durante el término de seis meses, en horarios y espacios de alta audiencia, a la población afectada por las Masacres de Ituango de las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para las personas individualizadas en dicho fallo y del procedimiento a seguir para acceder a ellas”.

agencias efectúan órdenes que organizan el ejercicio del poder público de forma relevante, para impulsar una mejor implementación de las decisiones interamericanas. Como se observa, la independencia judicial es crucial en este punto: si existieran presiones externas indebidas, una Alta Corte como la colombiana no podría impulsar el mencionado nivel de rendición de cuentas de diversas instituciones que están llamadas a participar en la implementación de las sentencias de la Comisión y la Corte IDH.

4. Independencia Judicial que se refleje en interpretaciones proclives a una vigorosa implementación de las decisiones interamericanas y que impidan su bloqueo

En relación con esta idea quiero referirme a la implementación de un caso guatemalteco. Decisiones de la CIDH y la Corte IDH han documentado terribles atrocidades cometidas durante el conflicto armado que padeció Guatemala hasta los acuerdos de paz firmados en 1996. En diversos momentos, el Estado ha mantenido una actitud confrontativa contra la CIDH y la Corte IDH. En algunos gobiernos se ha tenido cierto nivel de apertura ante los órganos interamericanos, reconociendo la responsabilidad del Estado respecto a algunas graves violaciones y ofreciendo ciertas medidas de reparación que actualmente se relacionan con un “Programa Nacional de Resarcimiento” por las atrocidades del pasado.

A continuación analizo el decisivo rol que, en dicho contexto, en algunos momentos ha jugado la Cámara Penal de la Corte Suprema para impulsar la implementación de las decisiones interamericanas. Un primer paso al respecto lo constituyó, en el 2009, la declaración de autoejecutabilidad de varias decisiones adoptadas por la Corte Interamericana. Pero el ejemplo que resalto a continuación, en relación con una época específica de la implementación del caso *Bámaca Velásquez*, es indicativo del rol de la independencia judicial de las Altas Cortes para garantizar una adecuada implementación de las decisiones internacionales.

Como antecedente para entender este ejemplo, cabe anotar que la Corte IDH ha señalado que Guatemala enfrenta un patrón estructural de impunidad que ha dificultado el cumplimiento del deber de investigar previsto en las sentencias emitidas contra dicho país⁸⁷. Por

87 Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 27 de enero del 2009.

ello, en la supervisión de cumplimiento de algunas de sus decisiones adoptadas en el 2009, la Corte hizo un análisis más detallado del marco institucional en el que se insertan sus órdenes, tratando de precisar con más claridad el tipo de acción estatal idónea para impulsar las investigaciones.

Casi una década después de las sentencias emitidas por la Corte respecto a la desaparición forzada de Efraín Bámaca Velásquez, las investigaciones no habían avanzado. Sin embargo, a partir de las mencionadas decisiones adoptadas en el 2009, la Corte IDH impactó en el impulso de este caso. En un primer momento, el 11 de diciembre del 2009, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia declaró que era necesario anular un sobreseimiento emitido en dicho caso e “iniciar un nuevo procesamiento” de los responsables. Sin embargo, como consecuencia de la orden de reabrir la investigación, un militar retirado presentó un recurso de amparo ante la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, alegando que al existir un sobreseimiento a su favor el proceso no se podía reabrir y no podía ser sometido a una nueva persecución penal. La Corte de Constitucionalidad aceptó dicho recurso señalando que la Corte IDH no había declarado la fraudulencia de lo actuado en el proceso y que se podían vulnerar derechos del acusado.

Se ordenó entonces la revisión de la decisión de reabrir la investigación. Si los magistrados de la Sala Criminal no lo hacían, podían ser sancionados, razón por la cual anularon la decisión de reapertura de investigación. En este punto puede observarse la relación entre la independencia judicial y la implementación de decisiones interamericanas. En este caso, la posibilidad de sanción por el solo hecho de impulsar el cumplimiento de la decisión de la Corte IDH, demuestra el tipo de daño que pueden generar las presiones externas contra operadores judiciales comprometidos con los derechos humanos.

Copredeh (Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de derechos humanos) solicitó a la Corte IDH un pronunciamiento específico sobre esta controversia entre la Sala Criminal y la Corte de Constitucionalidad. Al resolver lo pertinente, la Corte IDH recordó que ya había señalado, diez años atrás, que el fiscal del caso “recibió presiones, atentados y amenazas” y que respecto de los recursos internos, se ejercieron “acciones directas de agentes del Estado de alto nivel tendientes a impedir que tuvieran resultados positivos”. Además,

la Corte IDH dio dos pasos importantes para fortalecer la legitimidad de sus órdenes en este caso.

En primer lugar, la Corte consideró que no sólo su jurisprudencia constante, sino también diversas prácticas en la región —particularmente de Perú, Bolivia y Colombia—, relacionadas con la implementación judicial de sus órdenes, permiten inferir que no era necesario que la Corte hubiera dado órdenes de carácter específico en este tipo de casos, para que los Estados implementen efectivamente investigaciones judiciales y adopten las medidas necesarias para superar los obstáculos que generan impunidad.

En segundo lugar, el Tribunal hizo un juicio de ponderación respecto a las garantías penales que se invocan para impedir la vigencia plena de la orden de investigar emitida por la Corte IDH, frente a los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos como el relacionado con el caso *Bámaca*. El Tribunal consideró que la impunidad en la que pueden quedar estas conductas por la falta de investigación, genera una afectación bastante alta a los derechos de las víctimas. En este punto, la Corte también utilizó como fundamento las decisiones de Altas Cortes de la región en las que se había aceptado restringir algunas garantías penales de los procesados cuando claramente éstas constituían un obstáculo desproporcionado para la debida diligencia en la lucha contra la impunidad. En suma, se señaló que en este tipo de casos la prevalencia de un sobreseimiento por encima de los derechos de las víctimas genera que el proceso continúe con manifiestas violaciones del acceso a la justicia, proyectando la impunidad en el tiempo y haciendo ilusorio lo ordenado por la Corte⁸⁸.

El respaldo de la Corte IDH a la Cámara Penal de la Corte Suprema constituyó un importante precedente para el impulso de los procesos penales relacionados con las atrocidades del pasado. En este específico ejemplo, el Tribunal Interamericano ofreció una salvaguarda legal a la Cámara Penal para no ser objeto de eventuales sanciones legales por parte de la Corte de Constitucionalidad, como consecuencia de la reapertura de investigaciones asociadas a sentencias emitidas por la Corte IDH. Puede considerarse que la decisión de la Corte IDH constituyó un respaldo a la independencia judicial en el marco de la cual la Cámara

88 Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 18 de noviembre del 2010.

Penal decidió impulsar el cumplimiento del caso. Declaraciones del presidente de la Cámara Penal en esa época evidencian este importante rol que tuvo la intervención internacional para que las instituciones locales se sintieran más acompañadas al impulsar estas investigaciones a pesar de diversas resistencias institucionales internas⁸⁹.

En suma, el caso Bámaca es un ejemplo de cómo la Corte IDH ha tenido que enfrentar el conflicto entre instituciones que impulsan el cumplimiento de sus órdenes y órganos que ofrecen obstáculos para ello. Por otra parte, para enfrentar este tipo de retos y apoyar políticas institucionales que impulsan la implementación de las reparaciones ordenadas, la Corte fortalece su papel como tribunal interamericano a través de un mayor diálogo con experiencias notables de implementación del derecho internacional en el ámbito local en la región, lo cual ofrece mayor legitimidad a la intervención internacional.

5. Consideraciones finales y conclusiones

La independencia judicial es una condición necesaria para que los funcionarios a cargo de cumplir con obligaciones establecidas en decisiones interamericanas, puedan hacerlo sin presiones externas que obstaculicen la implementación.

Para tal efecto, se necesita que todos los poderes públicos, en particular el Ejecutivo y el Legislativo, respeten las decisiones judiciales y garanticen la estabilidad de los jueces. Por otra parte, son necesarias medidas de protección adecuadas que otorguen confianza a jueces y fiscales respecto a no ser objeto de represalias, tanto legales como ilegales, como consecuencia de sus esfuerzos dirigidos a implementar decisiones interamericanas.

Las medidas de protección deben tener en cuenta el contexto en el que operan jueces y fiscales, de tal forma que la connotación política de ciertos casos, permita indagar con debida diligencia cualquier tipo de presión o intimidación contra los funcionarios. Más que protección basada

89 Entrevista con César Barrientos, presidente de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, 5 de enero del 2012, disponible en <http://ictj.org/es/multimedia/audio/guatemala-jueces-y-fiscales-con-voluntad> y Barrientos, César, "El Poder Judicial de Guatemala frente a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", 2012.

en escoltas u otros esquemas lo cual resulta útil pero no suficiente, lo que más se requiere es voluntad política de atacar cualquier tipo de intimidación, deslegitimación o criminalización que pueda surgir contra jueces o fiscales por parte de grupos de poder, interesados en impedir el avance en investigaciones o la condena de los responsables de graves violaciones de derechos humanos. Fiscales y jueces independientes requieren tener certeza de que la rama judicial les va a respaldar cuando grupos de poder intenten victimizar, desprestigiar o estigmatizar su labor.

De ahí que resulte especialmente importante la investigación pronta y efectiva en el caso de amenazas, atentados contra la integridad personal o asesinatos de jueces y fiscales. El carácter intimidatorio de este tipo de actos tiene un efecto devastador que mina la confianza de muchos operadores judiciales; el Estado les protegerá en el caso de que las decisiones que adopten afecten intereses de poder.

Otro aspecto relevante, lo constituye el dejar de pensar en el Poder Judicial como un bloque homogéneo. En efecto, los contextos y necesidades son distintos dependiendo de si se trata de Altas Cortes o de funcionarios con tareas forenses. Según el contexto político, las normas disciplinarias pueden tener un rol como normativa de responsabilidad de funcionarios por sus actos.

Ahora bien, en algunos países, ciertas reformas constitucionales o los debates sobre el alcance jurídico que tienen las decisiones internacionales, están directamente asociados a las discusiones sobre el rol de los jueces en la implementación de las decisiones interamericanas. Si la visión sobre estas reformas y estos debates es proactiva al diálogo con el derecho internacional, la implementación de decisiones se fortalece. Pero en muchos contextos ocurre precisamente lo contrario. Por ello, la formación y capacitación de jueces para que otorguen relevancia al derecho internacional para fortalecer la labor judicial, es crucial mejorar el impacto del SIDH.

El caso colombiano es un buen ejemplo de algunos avances y retos en esta materia. La reforma constitucional de 1991 introdujo diversos aspectos que otorgaron a los procesos judiciales y a instancias judiciales diversas posibilidades para contribuir con una mejor implementación de las decisiones internacionales. En particular, la utilización de la acción de tutela, una institución relativamente similar a la del amparo en otros

países, ha sido utilizada para que algunas decisiones interamericanas, en medidas cautelares o en casos contenciosos, sean cumplidas. Por otro lado, la intervención de las víctimas como parte civil en procesos penales ha permitido otorgar a las decisiones internacionales una proyección debida, en el impulso de procesos judiciales locales dirigidos a superar la impunidad.

LA EXPERIENCIA BRASILEÑA DE DIÁLOGO CON DECISIONES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS⁹⁰

Marlon Alberto Weichert y Gustavo Miranda Antonio***

1. Introducción

El presente artículo tiene tres objetivos. El primero es analizar cómo el SIDH desempeña un importante papel en la promoción de los derechos humanos y el perfeccionamiento de nuestras instituciones nacionales en Brasil. Para esa finalidad, serán abordadas tres demandas presentadas al SIDH contra el Estado brasileño y la manera en la cual impactaron, en el ámbito interno, respecto a la promoción de los derechos de las víctimas y, también, de los intereses sociales. El segundo objetivo es identificar y comprender las barreras existentes en Brasil para la consolidación de la legitimidad de los órganos del SIDH ante los poderes locales, sobre todo del Poder Judicial. Finalmente, el tercer objetivo, será presentar algunos desafíos que los propios órganos del Sistema pueden progresivamente asumir, para facilitar el reconocimiento de su legitimidad por las instituciones públicas e instituciones nacionales.

El abordaje de los puntos destacados tiene como base la visión que los autores tienen del tema, a la luz de sus propias experiencias profesionales. Uno como procurador de la República y, por tanto, miembro del Ministerio Público Federal brasileño, habiendo actuado directamente en asuntos relativos a la promoción de los derechos humanos y, en los últimos años, con la implementación de la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso Gomes Lund y otros. El otro, como abogado con importante experiencia en litigio estratégico en el SIDH.

* Procurador regional de la República de Brasil. Máster en Derecho de Estado por PUC/SP. Investigador visitante en el New York School of Law. Bachiller en Derecho por la Universidad Federal Fluminense (UFF/RJ).

** Abogado. Máster en Derecho y Desarrollo por la Escola de Derecho de São Paulo de la Fundación

90 El presente artículo fue redactado originalmente en portugués. Agradecemos a la abogada Sofía Villalba Laborde por su asistencia con la traducción al castellano.

2. Contribuciones del SIDH

Para enumerar algunas de las contribuciones que el sistema contencioso interamericano de derechos humanos ha traído para las víctimas de violaciones de derechos humanos, la sociedad civil y el propio Estado brasileño, será tomado como ejemplo un caso que fue analizado por la CIDH y dos casos que fueron juzgados por la Corte IDH⁹¹.

El primer caso se refiere a Maria da Penha Fernandes, una farmacéutica y bioquímica de Fortaleza que fue víctima de violencia doméstica, recibiendo un tiro de su marido mientras dormía, que la dejó parapléjica. En otra ocasión intentó electrocutarla. A pesar de las denuncias de agresión, su marido continuaba en libertad. En 1998, después de más de quince años buscando la obtención de justicia en las cortes nacionales, el caso fue llevado a la CIDH, con la asistencia del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y del Comité Latino-americano y del Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM).

Varios años después del inicio del trámite del caso, la Comisión determinó que Brasil era responsable por la violación de los derechos previstos en la Convención Belém do Pará y exhortó al Estado brasileño a adoptar

91 El Estado brasileiro recibió hasta finales del 2015 cuatro sentencias de la Corte IDH, en las cuales se declaró su responsabilidad internacional por violación a los derechos humanos. Estos casos fueron los siguientes: Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio del 2006. Serie C No. 149; caso *Escher y otros vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio del 2009. Serie C No. 200; caso *Garibaldi vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre del 2009. Serie C No. 203; y caso *Gomes Lund y otros ("Guerrilla do Araguaia") vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de noviembre del 2010. Serie C No. 219. Además, Brasil también respondió ante la Corte en relación al caso Nogueira de Carvalho, si bien la sentencia en ese caso fue de improcedencia, pues no se probó que hubo violación a la CADH. Caso *Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre del 2006. Serie C No. 161. En el 2015 fueron presentados dos nuevos casos contra Brasil, los cuales a la fecha de la conclusión de este artículo todavía no tienen sentencia: caso Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira y otros (Favela Nova Brasília) y el Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde.

todas las medidas necesarias para reparar las violaciones, conforme a las recomendaciones del Informe de Fondo del caso⁹².

El caso Maria da Penha contribuyó de una manera fundamental a la promulgación de la Ley n.º 11.340 del 2006⁹³, considerada como el principal instrumento legal para prevenir y castigar la violencia doméstica contra las mujeres en Brasil. Más conocida como Ley Maria da Penha, su promulgación fue considerada un avance porque reconoce la violencia doméstica como un crimen, tipifica situaciones violentas determinando cuándo el agresor debe ser enviado a prisión y asegura la asistencia de las víctimas y sus familias por parte de los servicios de protección y asistencia social que, dígase de paso, todavía precisan ser perfeccionados. En el plano de la concreta protección judicial, el caso y la Ley Maria da Penha representan un verdadero punto de inflexión en el modo en el que los órganos del sistema de justicia (Policía Judicial, Ministerio Público y jueces) lidian con las especificidades de la violación de derechos humanos en las relaciones afectivas y con las limitaciones de las figuras clásicas del derecho penal para proteger a la mujer, en situaciones de violencia doméstica.

El segundo ejemplo es el caso Ximenes Lopes, que se refiere a la violación de derechos humanos en el contexto de tratamiento psiquiátrico. Después de ser internado por su madre en la única clínica psiquiátrica del municipio de Sobral, en Ceará, acreditada por el Sistema Público de Salud (*Sistema Único de Saúde* — SUS), Damião Ximenes Lopes falleció por los malos tratos sufridos durante su hospitalización, en condiciones consideradas inhumanas y degradantes.

La sentencia de la Corte IDH, que reconoció la responsabilidad del Estado brasileño por la violación de los derechos garantizados en la CADH⁹⁴, más allá de permitir la reparación pecuniaria a la familia de Damião por daños morales y materiales, tuvo efectos directos en la política pública de salud mental del país. En este sentido, la comunidad médica y la

92 CIDH. Caso 12.051. *Maria da Penha Maia Fernandes vs Brasil*. Relatório Anual 2000. Informe de Fondo n° 54/01. 4 de abril del 2001.

93 Ley n° 11.340, de 7 de agosto del 2006. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Último acceso: 16 de diciembre del 2015.

94 Corte IDH. Caso *Ximenes Lopes vs Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio del 2006. Serie C No. 149.

sociedad civil venían desde 1987 proponiendo la reforma del sistema de atención psiquiátrica, basado en la internación psiquiátrica, con la consiguiente exclusión social de los pacientes. Tales iniciativas no encontraban eco en el Parlamento, que llevaba ya más de 10 años debatiendo una nueva legislación sobre la materia. Fue apenas después de la presentación del caso *Ximenes Lopes* ante la CIDH, en 1999, cuando el Estado brasileño se movilizó políticamente para concluir ese proceso, que culminó con la sanción, en el 2001, de la Ley número 10.216⁹⁵. Esa nueva legislación proporcionó el marco jurídico para el movimiento en contra de la internación psiquiátrica en Brasil y permitió la salida de millares de pacientes de hospitales psiquiátricos.

A pesar de los avances en la política de salud mental, en el proceso de supervisión de cumplimiento de sentencia, la Corte IDH entendió que la capacitación de profesionales que actúan en el área de salud mental todavía no fue cumplida por el Estado brasileiro, el cual aún tiene el deber de:

Continuar desarrollando un programa de formación y capacitación para el personal médico, de psiquiatría y psicología, de enfermería y auxiliares de enfermería y para todas aquellas personas vinculadas a la atención de salud mental, en especial sobre los principios que deben regir al trato de las personas portadoras de deficiencia mental, conforme las normas internacionales sobre la materia y aquellas dispuestas en la sentencia⁹⁶.

En ese punto, además, es importante subrayar la relevancia que el procedimiento de acompañamiento de cumplimiento de sentencias tiene para garantizar que los Estados implementen efectivamente, en el ámbito interno, lo dispuesto por la Corte IDH en sus decisiones. La obligación de dar cumplimiento a lo ordenado por la Corte, incluye el deber del Estado de informar sobre las medidas de reparación adoptadas para cumplir cada una de las reparaciones ordenadas, posibilitando que se realice una evaluación de lo que ya fue cumplido y de las medidas que aún están pendientes de

95 Ley n° 10.216, de 6 de abril del 2001. La misma dispone la protección de los derechos de las personas con trastornos mentales y redirecciona el modelo asistencial en salud mental. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10216.htm>.

96 Corte IDH. Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 17 de mayo del 2010. Punto declarativo 1.b.

cumplimiento. Con ello se evita además que los puntos resolutivos de las decisiones sean entendidos por los Estados como meras recomendaciones.

El tercer caso merecedor de referencia es *Gomes Lund y otros*, que tiene como tema de fondo la falta de justicia, verdad y reparación, en relación a las víctimas de represión política por la dictadura militar, que formaban parte de la denominada *Guerrilla del Araguaia*, y sus familiares. Desde el momento en el que se hizo visible que la CIDH iba a concluir el trámite de la denuncia, emitiendo un informe de fondo condenatorio y probablemente formulando una demanda ante la Corte, el Estado brasileño se apresuró a concluir el proceso de creación de la Comisión Nacional de la Verdad. Esa —Comisión creada por Ley en mayo del 2012 y que concluyó sus trabajos en diciembre del 2014—, había sido una reivindicación de larga data de las víctimas y familiares de las víctimas de la dictadura, de la sociedad civil y de algunas instituciones públicas, pero sin apoyo claro del Gobierno y, mucho menos, del Congreso. El riesgo de condena de Brasil ante la Corte IDH fue, sin duda, un elemento central para revertir ese escenario y movilizar al Gobierno y a los parlamentarios para su creación.

Por otro lado, la eventual condena al Estado brasileño fue esencial para avanzar en la persecución criminal de los autores de graves violaciones a los derechos humanos y en las demás medidas de justicia transicional. Aunque desde el 2007 algunos procuradores de la República venían intentando impulsar el inicio de procesos civiles y criminales de responsabilidad, fue solamente después de la condena de la Corte IDH en el caso *Gomes Lund y otros*⁹⁷ que consiguieron revertir la resistencia existente en el Ministerio Público Federal y, efectivamente, formar un grupo de trabajo con esa finalidad. El elemento central para ese convencimiento fue la defensa de la obligación internacional de cumplir la sentencia, independientemente de sus fundamentos, en los términos del artículo 68 de la CADH.

Además, en relación a las iniciativas de justicia transicional, vale resaltar la importancia de la jurisprudencia de la Corte IDH en el ámbito regional. En efecto, el esfuerzo de los procuradores de la República para el inicio de la persecución penal de autores de crímenes contra la humanidad, así como para la creación de una Comisión de Verdad y la adopción

97 Corte IDH. Caso *Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre del 2010. Série C No 219.

de medidas de reformas institucionales, tiene como uno de sus marcos las sentencias dictadas previamente por la Corte en los casos *Almonacid Arellano vs. Chile*⁹⁸ y *Barrios Altos vs. Perú*⁹⁹. Fueron los fundamentos de esas decisiones las que proporcionaron los elementos para que los procuradores en Brasil defendieran, antes de la decisión *Gomes Lund y otros*, que los obstáculos internos para la promoción de justicia particularmente la amnistía y la prescripción, necesitaban ser superados, con base en el derecho internacional de los derechos humanos.

De esa forma, aun cuando existen muchos puntos objeto de perfeccionamiento en el SIDH, parece indiscutible su contribución para el desarrollo de los derechos humanos en la región. La mera existencia de riesgo de condena ha sido un factor de constreñimiento para los gobiernos. Los efectos de sus decisiones trascienden las fronteras del Estado parte y proporcionan elementos para la movilización social y el cabildeo, empoderando a la sociedad civil en su diálogo con los órganos estatales. No obstante, pese a los beneficios derivados de los pronunciamientos de los órganos del SIDH, el cumplimiento específico de una sentencia de la Corte IDH es aún un desafío, especialmente cuando involucra la confrontación de una decisión judicial interna, tal como sucede hoy en Brasil con el caso *Gomes Lund y otros*.

Hay, de hecho, un aparente conflicto entre una decisión del Supremo Tribunal Federal (STF) que declaró la constitucionalidad y validez de la Ley de amnistía¹⁰⁰ a los agentes de represión política¹⁰¹, y la sentencia *Gomes Lund y otros*, que reconoció la invalidez de esa misma Ley bajo el enfoque de control de convencionalidad. Ese enfrentamiento se siente en las decisiones de los jueces nacionales, que siguen rechazando iniciativas de persecución penal realizadas por el Ministerio Público Federal, bajo el argumento de

98 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No 154.

99 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Série C No. 75.

100 Ley n° 6.683, de 28 de agosto de 1979. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Último acceso: 16 de diciembre de 2015.

101 Supremo Tribunal Federal. Argumentación de Incumplimiento de Preceito Fundamental n° 153/DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau. Acórdão de 29 de abril de 2010. Disponible en: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Último acceso: 16 de diciembre de 2015.

vinculación de la decisión del STF en los términos de la legislación interna. La autoridad de la sentencia de la Corte IDH es, por lo tanto, omitida frente al precedente de la Suprema Corte interna.

Queda claro que, mientras el propio STF no tome posición sobre los efectos jurídicos de la sentencia Gomes Lund y otros, especialmente en relación a su decisión anterior, los demás órganos del Poder Judicial no se mostrarán dispuestos a cumplir la obligación internacional de procesar y juzgar a los autores de graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar.

Vale decir que, contrariamente a lo que ocurrió en el Ministerio Público, la decisión de la Corte IDH no fue suficiente por sí sola, para que jueces y tribunales dejaran de aplicar el precedente del STF, dictado anteriormente y que garantiza impunidad a los agentes públicos que cometan graves violaciones a los derechos humanos. Aun siendo absolutamente inadecuado desde el punto de vista normativo —los autores entienden que la sentencia de la Corte IDH en sí misma invalida los efectos de la Ley de Amnistía brasileña en los casos de crímenes practicados con graves violaciones a los derechos humanos durante la dictadura militar y debe ser aplicada directamente por todos los órganos del Estado, inclusive los del Poder Judicial—, en la práctica, se percibe la necesidad de intermediación entre el foro internacional y el doméstico, por medio del STF, para que éste defina el valor jurídico de la decisión de la Corte IDH frente a su propia jurisprudencia. De hecho, los órganos del Poder Judicial son reacios a reconocer el valor normativo de la sentencia de la Corte IDH en el caso Gomes Lund y otros, bajo la alegación de que representaría un desafío a la autoridad de la Suprema Corte, a cuya jurisprudencia en materia de control de constitucionalidad deben obedecer, de acuerdo con la Constitución.

De ese modo, sólo un pronunciamiento del STF sobre el valor de las decisiones de la Corte IDH en el sistema jurídico interno, será capaz de permitir que los demás órganos judiciales asuman que la aplicación directa de la sentencia internacional no representa un menoscabo a los órganos de la cúpula del Poder Judicial brasileño. La posición del STF está aún siendo debatida, por lo que hoy por hoy no conocemos cuál será

su desenlace¹⁰². Por tanto, aún no es posible descartar el riesgo de una decisión desastrosa que confronte la autoridad de las decisiones del SIDH.

De cualquier modo, lo que es flagrante es la existencia de barreras que se deben superar para lograr el reconocimiento integral a nivel interno de la legitimidad jurídica, política y social de autoridad de los órganos del SIDH. La segunda parte del artículo, como sigue, estará dedicada a identificar y analizar las causas de ese fenómeno, o sea, cuáles son los elementos que impiden una aceptación más amplia del valor vinculante de las sentencias internacionales, particularmente aquéllas emitidas por la Corte IDH.

3. Barreras aún existentes

Antes de analizar este tema, queremos hacer algunas reflexiones preliminares. En primer lugar, apuntar que las dificultades que serán referidas son pertinentes al caso brasileño, siendo bastante probable que no se reproduzcan integralmente en otros países. En segundo lugar, que para llegar a algunas conclusiones se ha realizado un diagnóstico, sin que las críticas representen necesariamente la opinión de los autores. En tercer lugar, que la intención no es realizar un análisis jurídico de los argumentos, sino evidenciar lo que los jueces, operadores internos de justicia y formadores de opinión utilizan como retórica para rechazar el derecho internacional de los derechos humanos o la autoridad de las sentencias internacionales. Hechas esas observaciones, consideramos que es posible clasificar las barreras en tres planos: normativo, político y cultural.

En el plano normativo, la principal dificultad está dada por la Constitución Federal, que rechazó la atribución de fuerza normativa constitucional a las convenciones internacionales de derechos humanos. A diferencia de Argentina, que desde 1994 incorporó las normas de derecho internacional de los derechos humanos al conjunto de normas

102 La Orden de los Abogados de Brasil interpuso el recurso de Embargos de Declaración de acuerdo al ADPF 153/DF, el 13 de agosto del 2010. Los embargos se encuentran concluidos por el Relator, Ministro Luiz Fux, desde 28 de junio del 2012, sin haber sido analizados. Además, el Partido Socialismo y Libertad — PSOL ingresó con una nueva Argumentación de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF 320/DF) en el 2014, pidiendo que el Supremo Tribunal Federal reconociera la aplicabilidad inmediata y directa de la sentencia de la Corte IDH en el Caso Gomes Lund y otros.

materiales constitucionales¹⁰³, Brasil en el 2004 aprobó la Enmienda Constitucional número 45¹⁰⁴, en la que explicitó la necesidad de un procedimiento formal interno específico y severo para reconocer valor constitucional a los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos¹⁰⁵. Si bien hasta ese entonces aún había posibilidad de una argumentación dogmática a favor de la jerarquía constitucional de esas normas, esa expectativa fue prácticamente eliminada con la reforma constitucional del 2004.

Otro obstáculo normativo es la diferencia entre el modelo de fuentes normativas de derecho interno y de derecho internacional. El derecho brasileño es típicamente de *Civil Law*, o sea positivista, en el cual la

103 Constitución Nacional Argentina. Artículo 75 - Corresponde al Congreso: (...) 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional. Disponible en: <<http://www.casarsada.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>>. Último acceso: 16 de diciembre del 2015.

104 Enmienda Constitucional n° 45, de 30 de diciembre del 2004.
Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Último acceso: 16 de diciembre del 2015.

105 Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988. Art. 5°, § 3°: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

costumbre es fuente secundaria. Así, por parte de la comunidad jurídica nacional, hay una enorme incompreensión del derecho internacional, el cual desde siempre tuvo como fuente principal la costumbre.

Esa disparidad de modelos interfiere en la capacidad de comprensión del derecho internacional. Por ejemplo, para buena parte de los juristas brasileños el derecho internacional solamente tiene valor cuando es incorporado formalmente al derecho interno, mediante la aprobación y la ratificación de tratados. ¿Cómo quedan entonces las diversas normas no escritas que componen el *jus cogens*? Justamente éstas, que son el núcleo del derecho internacional de los derechos humanos y que prevalecen incluso frente a un tratado que las contraríe, terminan por no ser reconocidas por la justicia nacional, la cual está habituada a medir la validez de una norma por su procedimiento de creación o de incorporación.

Ese desafío es aún mayor respecto a las obligaciones internacionales de investigar y castigar graves violaciones a los derechos humanos, tales como crímenes contra la humanidad. En ese caso, para los Estados que no ratificaron la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad¹⁰⁶, el fundamento para la persecución penal deriva directa y exclusivamente de la costumbre internacional, sobre todo respecto a conductas practicadas antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma en julio del 2002¹⁰⁷. Sin embargo, en los países de *Civil Law* una de las garantías más fuertes del derecho penal es el principio de legalidad estricta. Así, es natural que haya fuerte resistencia a aplicar normas sancionadoras o agravadoras, provenientes de la costumbre internacional, las cuales, por no ser escritas, ni siquiera pueden ser formalmente incorporadas al derecho nacional.

El segundo plano de dificultades es el político, el cual se manifiesta en varios frentes, sobre todo en el discurso de que el Poder Judicial debe preservar la soberanía nacional y no “someterse” a una corte internacio-

106 ONU. Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad. Original en inglés disponible en: <<http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/warcrimes.pdf>>. Último acceso: 16 de diciembre del 2015.

107 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Promulgado en Brasil por el Decreto n° 4.388, de 25 de septiembre de 2002. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Último acceso: 16 de diciembre del 2015.

nal, como si fuera sinónimo de corte extranjera. Además, se pueden percibir, especialmente en el Parlamento, reacciones que critican la aceptación de Brasil a la jurisdicción internacional cuando las “grandes potencias” la rechazan. En ese sentido, se menciona la no ratificación por los Estados Unidos de la CADH y la negativa de tres miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU¹⁰⁸, de ratificar el Estatuto de Roma y reconocer la autoridad de la Corte Penal Internacional. Se alega, con desconfianza, que el derecho internacional de los derechos humanos es utilizado como un instrumento de dominación y que la imposición de sentencias internacionales condenatorias es un modo de intervención.

Es curioso observar que, en el plano político, no sólo agentes estatales cuestionan la legitimidad del SIDH, sino que también algunos actores progresistas de la sociedad civil suscriben esas críticas y además formulan otras. En especial, se argumenta que los órganos internacionales de derechos humanos no son lo suficientemente autónomos, pues sus miembros son seleccionados por el Estado, mediante negociaciones políticas, sin espacio para participación de la sociedad civil. Además, se teme que la diplomacia tenga excesiva influencia en las decisiones del SIDH o, por lo menos, en el momento en el que son dictadas.

■
87

En algunos casos, la crítica va más allá, cuestionando la falta de transparencia en el proceso decisorio y en la elección de prioridades, la demora en dar respuestas a las víctimas, e incluso la ausencia de un acompañamiento más frecuente y efectivo del cumplimiento de las sentencias.

En este plano político, merece mención el hecho de que el Gobierno brasileño, hace poco tiempo, adoptó la postura de atacar al SIDH en el foro internacional cuando recibió decisiones que consideró desfavorables. Esa actitud quedó explícita luego de que la CIDH otorgó una medida cautelar en abril del 2011¹⁰⁹, solicitando que el Gobierno

108 Los Estados Unidos de América, la República Popular de China y Rusia.

109 CIDH. Medida Cautelar n° 382/2010 — Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil. 1 de abril del 2011.

NERY, Natuza. Dilma contraataca a la OEA por Belo Monte y suspende recursos. Folha de S. Paulo, 30 de abril del 2011. Disponible en: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/>

brasileño suspendiera la construcción de la Usina Hidroeléctrica de Belo Monte, en Pará, hasta que fuera garantizado el derecho a la consulta previa, libre e informada de la población afectada, que incluía pueblos indígenas y “quilombolas”.

Brasil criticó y se desquitó con la Comisión, mediante la suspensión de su aporte financiero al SIDH y la retirada de su embajador permanente en la Organización de los Estados Americanos¹¹⁰. Además de eso, el Gobierno ignoró la decisión y siguió con la construcción de la referida hidroeléctrica. Esa respuesta construyó el camino para que otros países latinoamericanos —Venezuela, Nicaragua, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú— aprovecharan la oportunidad para criticar y atacar la autonomía y la independencia de la Comisión, especialmente su capacidad de adoptar medidas cautelares en situaciones graves o de urgencia. Ese movimiento de intento de debilitamiento de la CIDH, resultó en un delicado proceso de reforma del SIDH que culminó con la aprobación de un nuevo Reglamento de la CIDH en el 2013.

■
88

Con relación a los aspectos *culturales*, la principal cuestión es el desconocimiento teórico sobre el derecho internacional de los derechos humanos por parte de los operadores y profesores de derecho. Hay, indiscutiblemente, una negligencia con el derecho internacional en la academia, a pesar de su creciente relevancia, sobre todo en un mundo cada día más globalizado e interconectado.

Ese desconocimiento teórico del derecho internacional refuerza la dificultad derivada de las diferencias normativas entre el derecho internacional y el derecho nacional, antes mencionado. En este sentido, la ausencia de una adecuada comprensión teórica alimenta la incompreensión sobre los distintos paradigmas y lleva a jueces, procuradores y abogados a repetir preconceptos y dogmas.

Todas estas barreras imponen desafíos para los actores involucrados en el fortalecimiento del SIDH. Ninguna de ellas es intransitable. Por el

me3004201117.htm>. Último acceso: 16 de diciembre del 2015.

110 NERY, Natuza. Dilma contraataca a OEA por Belo Monte y suspende recursos. Folha de S. Paulo, 30 de abril del 2011. Disponible en: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/me3004201117.htm>>. Último acceso: 16 de diciembre del 2015.

contrario, parece que son sinónimos de un proceso en afirmación, de una novedad que desafía paradigmas jurídicos y políticos y, justamente por eso, todavía son objeto de mucha resistencia.

Por otro lado, dada la propia dinámica de las relaciones entre los Estados y los órganos del SIDH, y de los Estados y sus respectivas sociedades, no se pueden descuidar los riesgos de retroceso. Vale recordar que, recientemente, la República Dominicana se negó a cumplir una decisión de la Corte Interamericana¹¹¹, y el Tribunal Constitucional de dicho país emitió una sentencia que declaró inconstitucional el instrumento de aceptación de competencia de la Corte IDH¹¹². Dicha decisión debilita el acceso al SIDH y la protección de los derechos humanos de los ciudadanos y residentes de ese país.

4. Desafíos para el futuro

Esta última sección se dedicará, brevemente, a señalar los caminos que pueden ser pertinentes para enfrentar los desafíos descritos arriba. En primer lugar, el elemento central es reforzar y facilitar el diálogo entre los órganos de justicia estatal, la Comisión y la Corte IDH y la sociedad civil. Eso puede hacerse tanto en el contexto de litigio de un caso concreto como fuera de ese contexto. En efecto, en el propio proceso decisorio es preciso buscar aproximar el lenguaje del derecho internacional al lenguaje del derecho interno de los Estados miembro. En el caso brasileño, hay una dificultad adicional por ser el único país de lengua portuguesa en el continente, en un Sistema naturalmente dominado por la lengua española. Por ello, los puentes serán más fácilmente construidos si ambas partes (Estados y órganos del SIDH) adoptan mecanismos para aproximarse y comprenderse mutuamente.

En el ámbito del proceso contencioso, es preciso insistir para que las decisiones sean normativa y teóricamente fundamentadas. Cabe recordar

111 Corte IDH. Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto del 2014. Serie C No. 282.

112 Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Sentencia TC/0256/14, de 4 de noviembre del 2014. Español. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200256-14%20%20%20%20C.pdf>>. Último acceso: 16 de diciembre del 2015.

que, en general, la intervención de los órganos del SIDH confrontará paradigmas internos y, por ese motivo, las decisiones deben ser claras y robustas, inclusive para facilitar su defensa por los órganos de justicia y de la sociedad civil, comprometidos con la autoridad del SIDH. Es importante reafirmar que la legitimidad de una decisión judicial se desprende objetiva y esencialmente de sus fundamentos.

De cualquier modo, el diálogo también debe ser realizado fuera de los procesos contenciosos, para incentivar que cada vez más la academia y los operadores del derecho se familiaricen con el derecho internacional de los derechos humanos. Más aún, que estos actores comprendan su papel en el proceso histórico de construcción de un sistema internacional más fuerte e influyente para la protección de los derechos humanos. No se debe dejar de reconocer la pertinencia de diversas críticas, aunque deban ser recontextualizadas bajo el enfoque de que estamos recorriendo un camino; es un trabajo en progreso. El derecho internacional de los derechos humanos es una delicada ingeniería en medio de las disputas entre los Estados y, también, de las idiosincrasias de los propios Estados. La deslegitimación interesa sólo a aquéllos que pretenden el retroceso y, en consecuencia, la reducción del nivel de protección a las víctimas.

Finalmente, es necesario que no se tenga miedo de asumir y esclarecer ante las víctimas y la sociedad civil las deficiencias del SIDH, las cuales no son provocadas por sus órganos. La falta de recursos humanos y el subfinanciamiento son elementos centrales en ese panorama, que comprometen tanto la capacidad de la Comisión y de la Corte de procesar adecuadamente y en tiempo hábil el creciente volumen de peticiones, casos y medidas cautelares, como de desempeñar con eficacia sus funciones de vigilancia.

5. Conclusión

Resulta siempre relevante recordar la importancia histórica que el SIDH tiene en la protección de derechos humanos y en la consolidación de los Estados democráticos en las Américas, funcionando como el último recurso disponible para las víctimas de violaciones de derechos humanos, de modo que puedan obtener algún tipo de reparación por los abusos que sufrieron. Los tres casos referidos en este artículo demuestran

claramente cómo la protección interna de los derechos humanos puede ser influenciada por la intervención de los órganos del SIDH.

Es posible afirmar, con cierto orgullo, que el SIDH es hoy un buen paradigma internacional de protección de los derechos humanos, sobre todo considerando que la Corte IDH reconoció desde el principio su competencia para emitir decisiones condenatorias (y no meramente declaratorias) y para realizar el seguimiento de cumplimiento de sus sentencias. Esas dos características propician una mayor efectividad de las decisiones, impulsan la adopción de reparación plena de las víctimas y, sobre todo, refuerzan la capacidad de promover la garantía de no repetición. Por esos motivos, es innegable el papel que el SIDH desempeña para la protección de los derechos humanos en el continente. Las dificultades y los desafíos existentes, lejos de ser desestimulantes, deben servir de impulsores para la evolución del sistema.

EL ROL DE LAS INSTITUCIONES NACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EL SEGUIMIENTO DE RESOLUCIONES INTERNACIONALES: ALGUNAS EXPERIENCIAS EN LA REGIÓN

*Alejandra Nuño**

1. Introducción

Hace más de veinte años, en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, tuvo lugar una importante conferencia en materia de derechos humanos, que fortaleció instituciones, estableció compromisos y definió criterios y principios que hoy en día siguen siendo fundamentales en esta materia. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, visibilizó a un actor que empezaría a ser conocido en los años por venir: las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (INDH)¹¹³. En efecto, la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia señalan lo siguiente:

■
93

* Alejandra Nuño es abogada por el ITESO y maestra en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Essex. Ha sido Cuarta Visitadora General en la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), abogada y directora del Programa para Centroamérica y México del Centro por la Justicia Internacional (CEJIL), así como Directora Ejecutiva de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (CMDPDH). Es integrante del Consejo Consultivo del Mecanismo para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos en México y actualmente es consultora independiente en materia de derechos humanos.

113 En este texto se usa el lenguaje generalmente utilizado, lo cual no necesariamente es aplicable a los estados federales, en los que existe más de una institución de derechos humanos, con independencia de otras creadas de manera específica para monitorear un tema concreto. En México, por ejemplo, existen 32 instituciones estatales de derechos humanos a las cuales se suma la nacional (Comisión Nacional de los Derechos Humanos). Por ello, es común llamarles organismos públicos de derechos humanos (OPDH). De igual manera, existe una institución nacional a cargo de monitorear la no discriminación (Consejo Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación) y hay varios de esos consejos a nivel estatal. También se cuenta con las instituciones a cargo de garantizar la transparencia y el derecho a la información, habiendo, de nueva cuenta, un Instituto Nacional y 32 locales.

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma el importante y constructivo papel que desempeñan las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos, en particular en lo que respecta a su capacidad para asesorar a las autoridades competentes y a su papel en la reparación de las violaciones de los derechos humanos, la divulgación de información sobre esos derechos y la educación en materia de derechos humanos.

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos pide que se creen o refuercen instituciones nacionales, teniendo en cuenta los “Principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales” y reconociendo que cada Estado tiene derecho a elegir el marco que mejor se adapte a sus necesidades nacionales específicas¹¹⁴.

El ideal establecido por la Conferencia Mundial ha sido plasmado en diversos instrumentos y declaraciones. En la actualidad, algunas de las oficinas del ombudsman siguen haciendo importantes esfuerzos que tienden a colaborar en el efectivo cumplimiento de las decisiones de los órganos del SIDH. Por tanto, este artículo se centrará en visibilizar las amplias posibilidades que tienen las INDH en esta esfera, los retos a los que algunas de ellas se enfrentan y, especialmente, algunas experiencias de éxitos que pueden ser replicadas a la par de diversas sugerencias sobre su actuación.

2. El amplio mandato de las INDH

La misma Asamblea General de Naciones Unidas que habría aprobado formalmente el texto de la Conferencia Mundial, aprobó los principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos, (mejor conocidos como Principios de París), los cuales dan un amplio mandato a estas instituciones¹¹⁵. De acuerdo con el literal A, las

114 Naciones Unidas. Declaración y Programa de Acción de Viena. Aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena del 14 al 25 de junio del 1993, párr. 36.

115 Naciones Unidas. Principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos. Doc. ONU A/RES/48/134, de 4 de marzo del 1994.

INDH tienen una amplia facultad de promover y proteger los derechos humanos¹¹⁶, que en la parte de monitoreo se ve reflejada en la posibilidad de hacer propuestas legislativas¹¹⁷, de señalar las violaciones de derechos humanos, hacer propuestas para poner fin a esa situación¹¹⁸, así como de elaborar diagnósticos o “informes sobre la situación nacional en materia de derechos humanos en general o sobre cuestiones más específicas”¹¹⁹.

Más aún, las facultades de las INDH incluyen el “colaborar a la elaboración de programas relativos a la enseñanza y la investigación en la esfera de los derechos humanos [...]”¹²⁰, así como el “dar a conocer los derechos humanos y la lucha contra todas las formas de discriminación, sensibilizando a la opinión pública, en particular mediante la información y la enseñanza, recurriendo para ello a todos los medios de comunicación”¹²¹.

De manera especial, se resaltan como facultades de las INDH el “promover y asegurar que la legislación, los reglamentos y las prácticas

116 Ídem., párr. 1.

117 Las INDH podrán “presentar, a título consultivo, al gobierno, al Parlamento y a cualquier otro órgano pertinente, a instancia de las autoridades interesadas [...] los dictámenes, las recomendaciones, las proposiciones y los informes, así como cualquier prerrogativa de la institución nacional”, dentro de los que se encuentran:

i) todas las disposiciones de carácter legislativo y administrativo, así como las relativas a la organización judicial, destinadas a preservar y ampliar la protección de los derechos humanos; a este respecto, la institución nacional examinará la legislación y los textos administrativos en vigor, así como los proyectos y proposiciones de ley y hará las recomendaciones que considere apropiadas para garantizar que esos textos respeten los principios fundamentales en materia de derechos humanos; en caso necesario, la institución nacional recomendará la aprobación de una nueva legislación, la modificación de la legislación en vigor y la adopción de medidas administrativas o su modificación [...].

Ídem., párr. 3, literal a, numeral i).

118 El párrafo 3, literal a, numeral iv de Los Principios de París prevé la facultad de “señalar a la atención del Gobierno las situaciones de violación de los derechos humanos en cualquier parte del país, proponer medidas encaminadas a poner término a esas situaciones y, en su caso, emitir un dictamen sobre la posición y reacción del gobierno”.

119 Ídem., párr. 3, literal a, numeral iii).

120 Ídem., párr. 3, literal f).

121 Ídem., párr. 3, literal g).

nacionales se armonicen con los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que el Estado sea parte, y que su aplicación sea efectiva”¹²²; el “alentar la ratificación de esos instrumentos o la adhesión a esos textos y asegurar su aplicación”¹²³; el “contribuir a la elaboración de los informes que los Estados deban presentar a los órganos y comités de las Naciones Unidas, así como a las instituciones regionales, en cumplimiento de sus obligaciones contraídas en virtud de tratados y, en su caso, emitir un dictamen a ese respecto, en el marco del respeto de su independencia”¹²⁴; y el “cooperar con las Naciones Unidas y los demás organismos del sistema de las Naciones Unidas, las instituciones regionales y las instituciones de otros países que sean competentes en las esferas de la promoción y protección de los derechos humanos”¹²⁵.

Es evidente, pues, que los Principios de París dan un marco amplio para que las INDH realicen un trabajo importante en el ámbito interno en materia de derechos humanos¹²⁶. En general, el mandato establecido en estos criterios internacionales ha sido positivado en legislaciones nacionales de nuestro continente.

■
96

Ahora bien, el espíritu de la Declaración y Programa de Acción de Viena, así como el de los Principios de París, ha sido llevado a la práctica a partir de las interpretaciones que han dado varios órganos de supervisión de tratados de Naciones Unidas respecto del rol que deben jugar las INDH en materias específicas, como se detalla a continuación.

Para 1993, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial emitió la Recomendación general N° XVII, relativa a “El establecimiento

122 Ídem., párr. 3, literal b).

123 Ídem., párr. 3, literal c).

124 Ídem., párr. 3, literal d).

125 Ídem., párr. 3, literal e).

126 Diversos autores han reconocido este rol potencial de las INHD, como Tom Pegrám: “NHRIs are uniquely placed to potentially act as a key compliance constituency mechanism or ‘gateway’ as a conduit of domestic implementation.” Ver, Pegrám, Tom. Compliance Agents: National Human Rights Institutions and the Inter-American Human Rights System, pág 3. Mayo, 2014. Disponible en: http://tompegram.com/wp-content/uploads/2014/06/Pegrám_LASA-2014.pdf (última consulta: junio, 2016).

de instituciones nacionales para facilitar la aplicación de la Convención.” Al reconocer “la necesidad de seguir alentando el establecimiento de instituciones nacionales para facilitar la aplicación de la Convención” y “de fortalecer todavía más la aplicación de la Convención, el Comité recomendó el establecimiento de “comisiones nacionales u otros órganos competentes” con el fin de cumplir, entre otros, los siguientes fines:

- a) Promover el respeto del disfrute de los derechos humanos, sin discriminación alguna, según se enuncia expresamente en el artículo 5 de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;
- b) Examinar la política oficial para la protección contra la discriminación racial;
- c) Vigilar la correspondencia de las leyes con las disposiciones de la Convención;
- d) Educar al público sobre las obligaciones contraídas por los Estados Partes en virtud de la Convención;
- e) Ayudar a los gobiernos a preparar los informes presentados al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial [...]¹²⁷.

■
97

Asimismo, el Comité recomendó “que, cuando se establezcan esas comisiones, queden asociadas a la preparación de informes e incluidas, tal vez, en las delegaciones oficiales a fin de intensificar el diálogo entre el Comité y el Estado Parte interesado”¹²⁸.

Cinco años después, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité DESC), emitió la Observación General N° 10, sobre “La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales”. En ella, el Comité reconoció, “que las instituciones nacionales desempeñan un papel que puede ser decisivo en la promoción y la garantía de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos”. Para tales fines, sugirió una lista de acciones que podrían ser incluidas dentro de su mandato, entre las cuales

127 Naciones Unidas. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. El establecimiento de instituciones nacionales para facilitar la aplicación de la Convención. Recomendación general N° XVII, emitida en el 42° período de sesiones (1993), párr. 1.

128 Ídem., párr. 2.

se encuentran el fomento de programas educativos, el trámite de quejas o reclamaciones, la revisión acuciosa de leyes y otras disposiciones legales, la asistencia técnica, la elaboración de informes o estudios relacionados con los derechos reconocidos en el Pacto Internacional y la “determinación de criterios nacionales de referencia que permitan medir el grado de cumplimiento de las obligaciones que impone el Pacto”¹²⁹.

En el mismo año, un tercer Comité también adoptó una observación general con el mismo objetivo de resaltar el potencial de las INDH en el monitoreo de la implementación del tratado.

El Comité sobre Derechos del Niño adoptó la Observación General N° 2, titulada “El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño”. Esto le dio una connotación especial a la Observación General desde su título: el reconocimiento indispensable de la garantía de independencia de la INDH para realizar adecuadamente su trabajo.

En esta Observación, el Comité mencionó una serie de criterios para garantizar la eficacia del trabajo de las INDH como lo son el mandato legal, los recursos, la representación pluralista, la capacidad de brindar recursos efectivos a las violaciones de derechos de la infancia así como la accesibilidad y la participación. Después de esto, y al igual que el Comité DESC, se sugirió una amplia lista de acciones que podrían desempeñar las INDH, entre las que se encuentran las ya señaladas por los otros dos comités y otras que interesan al presente artículo:

- n Promover la armonización de la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales con la Convención sobre los Derechos del Niño, sus Protocolos Facultativos y demás instrumentos internacionales de derechos humanos relacionados con los derechos del niño y fomentar su aplicación efectiva, en particular brindando asesoramiento a los órganos públicos y privados

129 Naciones Unidas. Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Observación General N° 10, adoptada en el 19° período de sesiones (1998), párr. 3.

- sobre la interpretación y aplicación de la Convención¹³⁰;
- n Promover y facilitar una participación significativa de las ONG que se ocupan de los derechos del niño, incluidas las organizaciones integradas por niños, en la elaboración de la legislación nacional y los instrumentos internacionales sobre cuestiones que afectan a la infancia¹³¹;
 - n Facilitar a los tribunales los servicios de especialistas en los derechos del niño, en los casos adecuados en calidad de *amicus curiae* o parte interviniente¹³².

Aunado a lo anterior, es importante recordar que las INDH están directamente involucradas en el cumplimiento de tratados, a partir de la instalación de mecanismos nacionales como los que establecen la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad o el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Esos mecanismos tienen mandatos que, en más de una ocasión, estarán vinculados al cumplimiento de medidas de reparación ordenadas por instancias internacionales de derechos humanos, como pueden ser la implementación de registros de detenidos o la adopción de políticas públicas en materia de personas privadas de libertad o de personas con discapacidad.

■
99

En conclusión, tanto en el marco normativo internacional como en la interpretación que han dado las instancias autorizadas para ello, es indiscutible el rol central que podrían y deberían tener las INDH en la promoción y protección de derechos humanos, así como en el monitoreo del cumplimiento de tratados de derechos humanos y de reparaciones, como se explicará posteriormente.

3. Legitimidad y funciones de las INDH

Antes de dar algunos ejemplos de experiencias e intervención de las INDH en el ámbito interamericano, es necesario abordar algunos de los

130 Naciones Unidas. El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño. Observación General No. 2, adoptada en su 31º período de sesiones (2002), párr. 19, literal e).

131 Ídem., párr. 19, literal k).

132 Ídem., párr. 19, literal r).

factores que dan la legitimidad de la autoridad moral de esas instituciones y, por tanto, la autorización como interlocutor válido.

Como es sabido, al no contar en muchas ocasiones sus resoluciones con una fuerza jurídicamente vinculante, una de las principales fortalezas de las INDH es la legitimidad a partir de la fuerza moral de estas instituciones. No obstante, en muchas ocasiones ha sido muy cuestionado el proceso de selección de diferentes titulares de instituciones nacionales. La politización de la elección, la falta de cumplimiento de requisitos de elegibilidad y los amiguismos son sólo algunos retos que, lamentablemente, vemos en la cotidianidad. Si a ello se suma la falta de independencia en el cumplimiento de su mandato¹³³, al final de cuentas se tendrán instituciones que no cuenten con la confianza de las víctimas y las organizaciones.

Adicionalmente, en algunas ocasiones, la falta de conocimiento técnico en diferentes temas de derechos humanos, hace que la INDH no tenga credibilidad para jugar un rol importante en el monitoreo de la implementación interna del tratado o del cumplimiento de decisiones internacionales. Por ejemplo, durante varios años, en México, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) emitió diversas recomendaciones por violaciones de derechos humanos cometidas por integrantes del Ejército. Si bien uno de los puntos recomendatorios se refería a la justicia en el caso, la CNDH recomendaba a la Procuraduría General de Justicia Militar que avanzara las investigaciones internas, contrario a los innumerables pronunciamientos de instancias internacionales cuestionando el fuero militar en México¹³⁴.

133 Uno de los casos más lamentables en la historia reciente es el del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos en Honduras, el cual se manifestó a favor del golpe de Estado perpetrado contra el presidente Manuel Zelaya en junio de 2009.

134 Un ejemplo de ello es la Recomendación 8/2000, relacionada con la detención ilegal y tortura de los campesinos ecologistas Rodolfo Montiel y Teodoro Cabrera (caso que un tiempo después, luego de diez años, fuera sometido a la Corte IDH). En el punto recomendatorio segundo, la CNDH establece lo siguiente:

SEGUNDA. De igual forma, por las consideraciones vertidas en el capítulo Observaciones del presente documento y en términos del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se dé intervención a la Procuraduría General de Justicia Militar para que inicie una averiguación previa en contra de los miembros del Ejército Mexicano que autorizaron,

4. El papel de las INDH en la implementación de decisiones internacionales

De acuerdo a lo que se ha detallado en apartados anteriores, es evidente que las INDH cuentan con un amplio mandato, específicamente para coadyuvar en el cumplimiento de las decisiones internacionales en materia de derechos humanos y así lo han hecho, aunque de manera tímida.

En general, las INDH pueden participar activamente en todo el proceso internacional, desde la presentación de peticiones y solicitudes de medidas de protección; la presentación de *amici curiae* y la participación como testigos o peritos en audiencias. Eso no ha obstado para que en algunos casos las INDH hayan actuado en perjuicio de las víctimas y eso también debe tomar en consideración¹³⁵.

supervisaron, implantaron y ejecutaron el operativo del 1 al 4 de mayo de 1999 en la comunidad de Pizotla, Municipio de Ajuchitlán del Progreso, Guerrero, y en su oportunidad, de acuerdo con su normativa, resuelva en la indagatoria lo que en Derecho corresponda; y realizado lo anterior, se dé cuenta a esta Comisión Nacional de los Derechos Humanos de las actuaciones practicadas desde el inicio de su intervención hasta la conclusión de la misma.

CNDH. Caso de los habitantes de la comunidad de Pizotla, Municipio de Ajuchitlán del Progreso, Guerrero, y de los señores Rodolfo Montiel Flores y Teodoro Cabrera Garcia. Recomendación No. 8/2000, dirigida al titular de la Secretaría de la Defensa Nacional. Disponible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2000/Rec_2000_008.pdf (última consulta: junio 2016).

135 En los casos de Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú, la CNDH fue negligente en el tratamiento a las quejas presentadas, mientras que su homóloga local, la Comisión de los Derechos Humanos del Estado de Guerrero (CODDEHUM), prestó un servicio sumamente diligente y sensible a las víctimas. Por tal razón, el visitador general de la misma fue presentado como testigo en el procedimiento contencioso internacional. Ver. Corte IDH. Caso *Fernández Ortega y Otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 215; y caso *Rosendo Cantú y Otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

Para abundar en otras experiencias positivas, existen varias en las que las oficinas del Ombudsman han apoyado a las víctimas, ya sea de manera directa (como en el caso de Jesús Vélez Loo en Panamá) o indirecta con informes especiales (como el caso de los *Cinco Pensionistas vs. Perú*, *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, o los diversos casos de niñas y niños desaparecidos en El Salvador).

Dado que el artículo se centra en las posibilidades y potencialidades en el cumplimiento de decisiones internacionales, a continuación se dan algunos ejemplos en los que se evidencia su eficacia en este ámbito.

En primer lugar, las INDH podrían contribuir a la difusión de los mandatos de la CIDH, la Corte IDH y las decisiones emitidas, con el fin de fomentar conocimiento en la sociedad en su conjunto. Hoy en día, varias de las INDH han firmado convenios con la Corte IDH dentro de los cuales se incluye este tema. Asimismo, algunas han incorporado en sus portales web las sentencias emitidas por el Tribunal Interamericano y otras más, como la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala, que usualmente recopila noticias relacionadas con el cumplimiento de alguna medida de reparación¹³⁶.

En segundo lugar, las INDH pueden fungir como interlocutores en el ámbito internacional y nacional de protección de derechos humanos y abrir espacios para las víctimas, lo cual es fundamental en tanto muchas veces la controversia derivada del litigio del caso se traslada a la etapa de cumplimiento, acrecentando la mala relación entre ambas partes (Estado condenado y víctimas) y dificultando, por tanto, el avance en medidas que en algunas ocasiones son ordenadas de manera general por la Corte IDH, como puede ser la adecuación de la legislación, la capacitación a funcionarios, las medidas de salud, etc.

La desconfianza de las víctimas y sus representantes con los funcionarios e instituciones y viceversa se puede explicar, entre otros, por los siguientes factores: i) el hecho de que fueron funcionarios públicos los

136 Ver, por ejemplo, "PDH realiza evento académico público respecto de la discusión de la violencia contra la mujer". Nota de 12 de febrero de 2016. Disponible en: <http://www.pdh.org.gt/noticias/noticias-destacadas/item/7614-pdh-realiza-evento-acad%C3%A9mico-p%C3%BAblico-respecto-de-la-discusi%C3%B3n-de-la-violencia-contra-la-mujer.html#.V4MvVrgrLIU>; "Familiares de víctimas del Diario Militar exigen pago". Nota de 27 de mayo de 2015. Disponible en: <http://www.pdh.org.gt/noticias/noticias-destacadas/item/6057-familiares-de-v%C3%ADctimas-del-diario-militar-exigen-pago.html#.V4MtZ7grLIU>; "PDH acompaña reunión del PNR" (relacionada con el pago de indemnizaciones derivadas de casos del conflicto armado). Nota de 25 de mayo de 2015. Disponible en: <http://www.pdh.org.gt/noticias/breves-informativas/item/6044-pdh-acompa%C3%B1a-reuni%C3%B3n-del-pnr.html#.V4MuvLgrLIU> (últimas consultas: junio, 2016).

que cometieron las violaciones de derechos humanos; ii) el hecho de que algunos de esos funcionarios fueron los que presentaron la defensa del caso (que, en algunas ocasiones puede ser vista como insensible o irrespetuosa por parte de las víctimas); iii) por miedo; o iv) por una percepción de corrupción en las instituciones.

En algunos casos, puede facilitar la existencia de un “árbitro” con facultades conciliatorias¹³⁷, una persona o institución que tenga credibilidad con las partes involucradas en el cumplimiento de una decisión y que, en su caso, pueda brindar asistencia técnica, al menos en dos niveles: en el cumplimiento puntual de las resoluciones internacionales relacionadas con informes de mecanismos extraconvencionales y de mecanismos de supervisión de tratados, relacionados con el mandato de supervisión periódica de los mismos; y en la evaluación y seguimiento de medidas reparatorias en casos concretos.

En tal sentido, y como tercer término, respecto de medidas de reparación emitidas por la Corte IDH, las INDH pueden usar su mandato para:

- a. Evaluar la efectividad de los programas de capacitación e informar a la Corte IDH los retos en la eficacia de la misma. En efecto, una de las medidas cuya eficacia es posiblemente de las más difíciles de medir en términos de garantizar la no repetición de los hechos y de cumplir con su objetivo transformador, es la relativa a los programas de capacitación que son informados por los Estados en el proceso de cumplimiento. Ello, en virtud de que generalmente las víctimas no tendrán todos los medios para brindar información que pueda contrastar lo informado por el Estado y muchas veces las pruebas de cumplimiento del Estado se centran más en lo cuantitativo que en lo cualitativo. Como se ha mencionado desde un inicio, el mandato de las INDH incluye todo lo relacionado con educación en derechos humanos y podrían ser éstas las que tengan la capacidad y pericia para determinar objetivamente si se está cumpliendo esta medida a cabalidad.

■
103

137 Sobre el particular, ver, International Council on Human Rights Policy. *Assessing the Effectiveness of National Human Rights Institutions*. Versoix, Switzerland. 2005, pág. 18.

- b. Incentivar reflexiones y prestar asistencia técnica en la adopción de leyes o protocolos. Dado su mandato natural, las INDH deberían involucrarse más en la discusión de legislación tendiente al cumplimiento de una medida de reparación ordenada. Como ejemplos de buenas prácticas, se pueden mencionar las diversas discusiones y publicaciones que incentivó la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica para avanzar en el difícil cumplimiento de la sentencia de fecundación in vitro¹³⁸, o las discusiones sobre las políticas relacionadas con personas defensoras de derechos humanos en Guatemala¹³⁹.

La experiencia que tienen las INDH, por la cantidad de quejas o reclamaciones que se les presentan, puede ser más amplia y dar, por tanto, un mayor panorama a la Corte IDH respecto a si una ley o un protocolo cumple con mejores estándares en una materia determinada.

- c. Asegurar prueba relacionada con diferentes medidas de reparación. Por ejemplo, los archivos de la memoria que han asegurado diversas procuradurías de derechos humanos centroamericanas, bases de datos de ADN en lo relativo a personas migrantes, testimonios de personas claves en las investigaciones de los hechos violatorios¹⁴⁰, etc.

138 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 No. 257.

139 Ver, PDDH. "Analizan la importancia de una política pública de protección a las y los defensores de derechos humanos". Nota de 30 de octubre de 2015. Disponible en: <http://www.pdh.org.gt/noticias/noticias-destacadas/item/7091-analizan-la-importancia-de-una-pol%C3%ADtica-p%C3%ABblica-de-protecci%C3%B3n-a-las-y-los-defensores-de-derechos-humanos.html#.V4M8BLgrLIU> (última consulta: junio, 2016). Cabe señalar que estas discusiones se dieron en el marco del cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH sobre el asesinato de un defensor de derechos humanos en el que la Corte ordenó esta política como medida de reparación. Ver, Corte IDH. Caso *Defensor de derechos humanos y Otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283.

140 Por ejemplo, en el Caso *Bámaca*, la sentencia de la Corte IDH señala que, "en el mes de enero de 1994, a raíz de una denuncia de Jennifer Harbury, se abrió en la Procuraduría de Derechos Humanos el expediente GUA 12-93/DI, en el cual se recibió su testimonio, el de Santiago Cabre-

- d. Impulsar procesos de investigación, si la legislación se lo permite. Por ejemplo, en el caso de Guatemala y en seguimiento a varios resolutivos de la Corte IDH, la Oficina del Procurador de Derechos Humanos (PDDH) inició procedimientos especiales de averiguación, entre otros, en los casos Bámaca y Molina Theissen para apoyar a las víctimas en las investigaciones del paradero de sus familiares desaparecidos, así como en la identificación de los responsables.
- e. Aun cuando los órganos del SIDH estarán al pendiente, las INDH también pueden adoptar medidas de protección para las víctimas o sus representantes que se encuentren en riesgo por el impulso del cumplimiento de la resolución correspondiente.
- f. Un tema poco explorado es el de la presentación de *amici curiae* en el procedimiento de cumplimiento de una o varias medidas o bien, participar con voz en la etapa de cumplimiento, como ocurrió en el caso de fecundación in vitro, en el cual la Corte IDH usó las atribuciones previstas en el artículo 69.2 de su Reglamento¹⁴¹, para resolver que, luego de haber sido llamada a participar en calidad de experta, “en sus consideraciones la Corte tomará en cuenta, en la medida de lo pertinente, lo expuesto por la Defensora de los Habitantes de Costa Rica durante la audiencia pública de supervisión respecto del cumplimiento de las garantías de no repetición ordenadas en el presente caso”¹⁴². Sin duda alguna, la información que pueda dar una INDH de manera seria y minuciosa, podría dar mayores elementos para que la Corte IDH pueda supervisar de mejor manera sus resoluciones.
- g. Incluir diversas medidas de reparación en el diseño, implemen-

ra López y el de Jaime Adalberto Agustín Recinos, estos dos últimos a través de una videocinta [...].” Ver, Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentencia de fondo de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 77.

141 Ese párrafo faculta a la Corte IDH a “requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento. Para los mismos efectos podrá también requerir los peritajes e informes que considere oportunos”.

142 Corte IDH. Caso *Artavia Murillo y Otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Resolución de supervisión de sentencia de 26 de febrero de 2016, considerando 2.

tación y evaluación de políticas públicas/planes nacionales o locales de derechos humanos, retomando de la manera más general las medidas estructurales que genuinamente pueden ser transformadoras para un país en concreto.

- h. Difusión de estándares y de medidas de reparación. Un tema fundamental que aún genera algunas discusiones es el del conocimiento adecuado que tienen las INDH sobre distintos derechos humanos. Esa falta de conocimiento puede jugar en contra de las medidas que se quieran impulsar al interior de un país, pero de existir medidas que garanticen un servicio profesional de las INDH, éstas no sólo tendrán cada vez un mayor entendimiento de los diversos estándares establecidos por órganos internacionales de protección de derechos humanos, sino que podrán participar más activamente en el cumplimiento de resoluciones.
- i. Sistematización de experiencias positivas y negativas en cuanto al cumplimiento de sentencias, con el fin de avanzar en las primeras y eliminar las segundas.

5. Conclusión

El Sistema Internacional y, en particular, el Interamericano de Derechos Humanos, se enfrentan cada vez más a diversos retos para demostrar su eficacia en la protección que brindan. Uno de ellos es el de garantizar el adecuado y oportuno cumplimiento de las decisiones emitidas por sus órganos. Sin duda, este reto es particularmente importante en nuestro continente, dado que las medidas de reparación son múltiples y han tendido a resarcir a las víctimas y a adoptar medidas transformadoras y de no repetición.

Aunado a ello se debe valorar el hecho de que en la actualidad sólo las Secretarías de la Corte IDH y la CIDH son permanentes y que cada vez existe un mayor número de resoluciones, lo cual dificulta un seguimiento puntual a la implementación de decisiones.

En este contexto, las INDH podrían jugar un rol importante. Desde hace más de veinte años, la comunidad internacional ha depositado sus esperanzas en que puedan realizar aportes sustantivos en diferentes esferas

de los derechos humanos. En el ámbito interamericano, es cada vez más frecuente ver la participación de las INDH en audiencias ante la CIDH, en eventos de difusión y en el rol que tienen como defensores públicos interamericanos en el proceso contencioso ante la Corte IDH. El interés de los órganos de protección interamericanos (especialmente de la Corte) se ve reflejado en la diversidad de convenios suscritos en los últimos años con una importante cantidad de INDH del continente.

Dadas las carencias materiales y humanas del SIDH, las INDH pueden suplir, en parte, el mandato de promoción y pueden, a su vez, dar aportes sustantivos respecto del cumplimiento de decisiones, que faciliten a ambos órganos el proceso. En tal sentido, este diálogo también dependerá de que las INDH realicen su trabajo respetando a cabalidad y, como mínimo, los postulados de los Principios de París.

En definitiva, hoy más que nunca, el mandato amplio que han establecido los Principios de París se mantiene incólume. El reto, por tanto, es que las INDH actúen de manera independiente y profesional, y visualicen su potencialidad en un aspecto que, de concretarse, no sólo serviría a las víctimas que han luchado por años para obtener una reparación adecuada, sino que significaría un avance sustantivo en medidas estructurales que eviten la repetición de violaciones de derechos humanos. Ello contribuiría a la eficacia de las decisiones del SIDH.

DIÁLOGO ENTRE LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO Y LOS TRIBUNALES INTERNOS

DESAFÍO PARA EL MARGEN NACIONAL DE APRECIACIÓN

*Francisco Barbosa Delgado**

*“La civilización no es otra cosa que el ensayo de reducir la fuerza a la
“ultima ratio” (J. Ortega y Gasset)*

“El camino es siempre mejor que la posada” (Cervantes)

El diálogo de jueces es uno de los grandes asuntos del mundo jurídico moderno. El encuentro entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional, ha permitido reenfocar los estudios teóricos y prácticos en torno a la convergencia de campos que habían sido observados a través de la lente individual disciplinar. Por esta razón, en el presente escrito se pretenderá en primer término, establecer cómo los Estados han comenzado en virtud de la doctrina del margen nacional de apreciación, a separarse de ciertos estándares desarrollados por el SIDH o a aprovechar los intersticios que deja la interpretación jurídica en algunos casos. En segundo lugar, se evidenciará cómo ese margen de apreciación se ha limitado a partir de las decisiones constitucionales de los mismos jueces nacionales, cerrando el camino de la interpretación abierta de estándares interamericanos. Esta situación es lo

■
109

* Docente, investigador senior, Colciencias del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Profesor invitado de la Universidad de Nantes en Francia y de la Universidad Andina- Simón Bolívar en Ecuador. Doctor en Derecho de la Universidad Andina- Simón Bolívar. Profesor invitado de la Universidad de Nantes en Francia y de la Universidad Andina- Simón Bolívar. Doctor en Derecho Público de la Universidad de Nantes (Francia). Menciones: “Très Honorable”, Magister en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia, Magister en Historia de la Pontificia Universidad Javeriana, Especialización en Regulación y Gestión de Nuevas Tecnologías de la Universidad Externado de Colombia, abogado de la Universidad Sergio Arboleda. Es miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y de la Academia Colombiana de Historia. Columnista del diario El Tiempo y del periódico Ámbito jurídico. E. Mail: francisco.barbosa@uexternado.edu.co

que el profesor David Landau llama “el constitucionalismo abusivo”¹⁴³. Por último se presentarán las consideraciones finales.

Para efecto de clarificar los conceptos centrales de este artículo, se harán unas precisiones de orden conceptual para establecer los lugares de discusión de la presente contribución académica.

1. Precisiones conceptuales

a. Diálogo de jueces

El diálogo de jueces es uno de los temas de vanguardia del derecho actual. La simbiosis entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, ha hecho que se presenten aplicaciones de los tratados de derechos humanos en el sistema interno y que, a su vez, el SIDH utilice decisiones del derecho interno de los Estados para alimentar las interpretaciones de las normas jurídicas. Se está presentando lo que los norteamericanos denominan “*cross-fertilization*”¹⁴⁴.

Algunos teóricos han comenzado a desbrozar esa noción. Marti, citando al profesor Browlee, caracteriza el diálogo a través de cinco condiciones que, para el efecto de este artículo, son relevantes: “la reciprocidad entre las partes, la perduración en el tiempo, la orientación hacia progresar en el entendimiento sobre la base de razones y argumentos, la igualdad y justicia entre las partes, y el que las partes estén dispuestas al intercambio, sin caer en la coacción o manipulación”¹⁴⁵. Estos elementos son centrales y su descripción cae como anillo al dedo en el debate del diálogo judicial en los términos en que se enfoca la presente contribución académica.

143 Landau D., Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: La influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado, Universidad Externado, Bogotá, 2015, págs. 15-161.

144 Linderfalk, U, Cross- Fertilization in international law (June 10, 2014), disponible en <http://ssrn.com/abstract=2456175> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2456175>.

145 Beade, G. y Marti, J-L., Discusiones sobre la filosofía del derecho penal, No. 74, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, págs. 118-119.

Para la profesora Laurence Burgorgue-Larsen, el diálogo puede ser pensado a través de dos categorías. En primer término, para la autora,

“existe el diálogo regulado, organizado, previsto, frente al diálogo espontáneo, libre. Dentro de estas dos grandes categorías, hay además algo evidente en un espacio como el espacio europeo: la manifestación tanto vertical como horizontal del diálogo.

[...] El diálogo deriva de una serie de reglas procesales o de unas obligaciones internacionales que disminuyen la libertad del juez nacional al incitarle a dialogar con el juez supranacional. Este diálogo regulado es siempre vertical.

[...] Al lado de este tipo de diálogo regulado, existe el diálogo totalmente libre, desenfrenado, desbocado, aparentemente espontáneo en el sentido que no deriva de una obligación internacional como tal. En realidad, veremos que muy a menudo este diálogo es la manifestación de la existencia de una multitud muy variada de obligaciones invisibles; el juez está aprisionado por lazos múltiples que no puede ignorar al razonar su fallo y al momento de adoptarlo de manera definitiva. Este diálogo desenfrenado es tanto horizontal (entre los jueces europeos mismos o entre los propios jueces nacionales) como vertical (entre los jueces nacionales y los jueces europeos exclusivamente el TJCE)”¹⁴⁶.

Esta manera de comprender el diálogo de jueces se enlaza con la discusión que en América Latina se ha establecido con el denominado derecho dialógico, desarrollada por varios tratadistas en la región. Uno de ellos es Roberto Gargarella, quien plantea la necesidad de establecer diálogos entre las ramas del poder público, con lo cual se fomenta el principio democrático¹⁴⁷.

146 Burgorgue-Larsen, L., La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial en Derecho constitucional europeo, (Actas del Congreso de la Asociación de Constitucionalistas españoles (4-6 de febrero de 2010), J.I. Ugartemendia Ezeizabarrena, G. Jáuregui Bereciartu (coord.), Madrid Dykinson, 2011, Capítulo 2, págs. 41-76.

147 Gargarella, R., El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de pesos y contrapesos, en *Por una justicia dialógica*, compilador, R. Gargarella, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014, págs. 119-158.

b. Margen Nacional de apreciación¹⁴⁸

La noción de margen de apreciación no ha sido abordada por la doctrina y la jurisprudencia con la profundidad que amerita. La simbiosis existente entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno permite encontrar puentes de contacto entre los dos espacios jurídicos.

Arai Takahashi lo define, por su parte, como la posibilidad para el Gobierno de evaluar situaciones prácticas y, al mismo tiempo, de aplicar disposiciones inscritas en los tratados internacionales relativos a los derechos humanos¹⁴⁹. Sobre este aspecto, Mahoney piensa que la doctrina puede ser vista como el resultado natural entre la difusión y la aplicación estandarizada de valores de la Convención. Para el doctrinante, la doctrina sirve para tomar en cuenta cuestiones culturales y sociales en una sociedad dada¹⁵⁰.

Kastanas, por su parte, la define así: “Concepto de geometría variable en el cual los contornos son definidos por la jurisprudencia que permite a los grandes órganos de Estrasburgo acordar una posibilidad convencional de apreciación de la legalidad interna por parte de las autoridades estatales y a las medidas tomadas por parte del Estado para concretizar, derogar o restringir las libertades garantizadas por la CEDH”¹⁵¹. Callewaert, a su turno, considera esta noción como aquélla en la cual “se deja, en efecto, a las autoridades nacionales el cuidado de apreciar la necesidad y la amplitud de ciertas injerencias dentro de las libertades consagradas por la CEDH”¹⁵².

148 El desarrollo de este capítulo fue tomado en parte de mi obra: El margen nacional de apreciación y sus límites a la libertad de expresión, Bogotá, Universidad Externado, 2012.

149 Arai-Takahashi, Y., *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, Intersentia, 2002, pág. 2.

150 Mahoney, P., *Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights*, 1990, pág. 1.

151 Kastanas, E., *Unité et diversité : Notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pág. 16.

152 Callewaert, J., *La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : La dimension substantielle*, en « *L'Europe de la subsidiarité* », Bruxelles, Bruylant, 2000, pág. 52.

Con estas concepciones doctrinales es dable indicar que el margen nacional de apreciación debe ser comprendido como un espacio o “criterio”¹⁵³ de interpretación y aplicación de los derechos humanos, atribuido al Estado por parte de los tribunales regionales. Su existencia se encuentra justificada por la ausencia de un consenso entre los diferentes Estados parte dentro de los tratados, lo que hace que los tribunales regionales se encuentren impedidos para la posible construcción de una regla de interpretación unificada.

Para efectos de desarrollar la noción, se tendrá en cuenta la existencia de dos órdenes, el interno y el internacional¹⁵⁴. Teniendo esto presente, las profesoras Delmas Marty e Izorche indican que el margen conlleva el reconocimiento de diversos órdenes y sistemas jurídicos¹⁵⁵. Extendiendo ese razonamiento, el margen de apreciación podría dividirse en dos partes: una de carácter interno y la otra de carácter externo.

La primera podría ser definida como aquélla que permite un diálogo entre el derecho interno y el derecho internacional a partir de principios fundadores que el Estado adapta dentro de su ordenamiento. Esto se presenta, a nuestro juicio, en el caso en que el Estado firme y ratifique los instrumentos internacionales de derechos humanos, obligándose a respetarlos y garantizarlos. En algunos casos la aplicación de estas disposiciones permite una importante maniobrabilidad del Estado en su adaptación.

Piénsese, por ejemplo, en el artículo 2 de la CADH, que indica que los Estados deben tomar las medidas necesarias para adaptar el ordenamiento interno con lo prescrito en la Convención. Esta razón permite entender que es el Estado el encargado de la interpretación y aplicación de los derechos humanos dentro del país conforme a una legislación internacional incorporada dentro del ordenamiento interno.

153 García-Roca, J., El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de derechos humanos: Soberanía e integración, Madrid, Civitas, 2010, pág. 377.

154 Los profesores Olinda y Picheral manifiestan que la doctrina le permite precisar al órgano de control en debida forma los límites respectivos en los cuales tanto él mismo, como los Estados pueden actuar. En “*La théorie de la marge d’appréciation dans la jurisprudence de la Convention Européenne de droits de l’homme*” in R.T.D.H, 1995, pág. 602.

155 Delmas Marty e Izorche 2001, pág. 925.

En cuanto a la segunda parte, la situación difiere. En este escenario, el Estado se ve confrontado a la aparición de la jurisdicción internacional que surge por la acción de los denunciantes de violaciones de derechos humanos, quienes activan los tribunales regionales que protegen de forma subsidiaria estos derechos a través del principio de proporcionalidad, con el cual se determina la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de las medidas de restricción tomadas por parte del Estado. Tanto el TEDH como la Corte IDH, desde una perspectiva externa se refieren al margen nacional de apreciación como el espacio limitado de interpretación que tiene el Estado frente a los derechos fundamentales.

2. Uso del margen nacional de apreciación en el diálogo vertical

El uso del margen nacional de apreciación en el diálogo vertical tiene una importancia en el SIDH, porque a través de su uso se produce una armonización en torno al principio democrático, que se ha visto fortalecido por las decisiones de tribunales constitucionales, al acoger lo establecido en la jurisprudencia constante de la Corte IDH. Esta armonización permite espacios de interpretación jurídica, que hace que los Estados puedan tener una posición sobre asuntos teniendo en cuenta su historia, su cultura y su idiosincrasia.

Para poner en evidencia este principio destacaré cinco casos. Éstos son indicativos y no taxativos, toda vez que se han presentado en una multiplicidad de escenarios. Debe resaltarse que se indagaron no sólo decisiones de altos tribunales, sino jueces de instancia en los cuales se pudiera constatar la simbiosis y el diálogo vertical que se ha establecido entre el SIDH y los sistemas jurídicos locales.

En Argentina, se han presentado varios casos. Uno de ellos se constata en el asunto *Massot Vicente Gonzalo María*, por privación a la libertad agravada¹⁵⁶. En este fallo, la libertad de expresión fue esen-

156 Expte. N° 15000158/2012 Caratulado: "Massot Vicente Gonzalo María y otros S/Privacion ilegal libertad agravada (Art.142 Inc.1), Privacion ilegal libertad agravada Art 142 Inc 5, tortura, homicidio agravado p/el Conc.de dos o más personas y asociacion ilicita victima: Heinrich Enrique y otros" Tomo 49 Tipo REX caratulado "Grupo Clarin SA y otros c/Poder Ejecutivo Nacional y otro

cial en el razonamiento del juez federal. Así pues, en esta decisión, el funcionario citó ampliamente la jurisprudencia de la Corte IDH para darle alcance y contenido a la libertad de expresión. Para la Corte Argentina, la libertad de expresión comprende,

“a) El derecho de expresar las ideas, de participar en el debate público, de dar y recibir información y de ejercer la crítica de modo amplio (artículo 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos); b) La actividad profesional del periodista, a los fines de evitar restricciones que impidan el acceso a la información o que pongan en riesgo sus bienes, su libertad o su vida (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Kimel vs. Argentina”, sentencia del 2 de mayo de 2008); c) La libertad de imprenta, contemplada en el artículo 32 de la Constitución Nacional; señalando también que la libertad de 18 Con cita de: “La Colegiación Obligatoria de Periodistas [artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos]”, Opinión Consultiva OC 5/85 del 13 de noviembre de 1985, párrafo 30; y casos “La Última Tentación de Cristo [Olmedo Bustos y otros] vs. Chile”, sentencia del 5 de febrero de 2001, párrafo 64; “Ivcher Bronstein vs. Perú”, sentencia del 6 de febrero de 2001, párrafo 146; “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia del 2 de julio de 2004, párrafo 108; y “Ricardo Canese vs. Paraguay”, sentencia del 31 de agosto de 2004, párrafo 77)”¹⁵⁷.

■
115

De igual forma, el 29 de octubre de 2013, la Corte Suprema de Justicia en Argentina se pronunció resolviendo la constitucionalidad de todos los artículos impugnados por los recurrentes de la ley 26.522, que procura el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia de los servicios de comunicación audiovisual con el fin último de abaratar, democratizar y universalizar el aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. En la decisión, la Corte considera que el Estado puede intervenir a los medios, utilizando parte de la jurisprudencia interamericana como los casos Olmedo Bustos, Canese, Ivcher Bronstein, indicando que, “el ejercicio de la libertad de expresión admite una casi mínima actividad regulatoria estatal, que solamente estaría justificada en aquellos

s/acción meramente declarativa”.

157 Sentencia integral en <http://www.leydemedios.com.ar/FalloCorteLDSCA.txt>.

supuestos en los que dicha libertad produce una afectación a los derechos de terceros”¹⁵⁸.

La Corte Suprema cita fallos de la Corte IDH para señalar que la libertad de expresión es piedra angular de la democracia. Al mismo tiempo, acuden a doctrinantes como Owen Fiss, para poner de presente que el Estado puede intervenir en los medios, sin que esto contravenga una norma interamericana. El juzgado nacional de primera instancia en lo civil y comercial federal estableció que, “la libertad de expresión no es garantía de absoluta inmunidad frente a la responsabilidad por excesiva concentración de propiedad, (...) de modo que la existencia de un régimen que articula derechos de los operadores en esta materia no limita la libertad de expresión, sino por el contrario la promueve”¹⁵⁹.

Sobre el uso del margen nacional de apreciación en este caso concreto, el profesor Roberto Gargarella indicó que “el juez no puede cerrar los ojos al contexto que organiza la expresión pública en la sociedad. En países como la Argentina, dicho contexto resulta problemático por la fuerte correlación que existe entre expresión y dinero, y por el modo extraordinariamente desigual en que se encuentra distribuido ese dinero”¹⁶⁰.

■
116

Veamos algunas reflexiones de la Corte Suprema sobre este emblemático caso argentino de diálogo vertical y ampliación del margen nacional de apreciación. Para el máximo tribunal argentino, la medida cautelar que solicitó el grupo Clarín para evitar la puesta en marcha del artículo 161 de la ley 26.522 de 2010, no era pertinente porque

“(...) no existen argumentos que relacionen directamente la norma de desinversión con la libertad de expresión. Ello resulta necesario, porque en todo el derecho comparado existen normas de organización del mercado en el campo de los medios de comunicación, sin que su constitucionalidad haya sido cuestionada de modo genérico. Debe existir una afectación concreta a la libertad de expresión para invalidar una norma de regulación de competencia, lo que en este caso no se ha demostrado”.

158 Loreti, D., y Lozano, L., *El derecho a comunicar*, XXI siglo veintiuno, Buenos Aires, 2014, pág. 222.

159 Loreti, D., y Lozano, L., *El derecho a comunicar*, op. Cit; pág. 207.

160 Citado por Loreti, D., y Lozano, L., *El derecho a comunicar*, op. Cit; pág. 213.

Y continúa diciendo:

“Cuando se trata de concesiones otorgadas por la Nación, su extinción, revocación o modificación por razones de oportunidad está sometida al criterio y apreciación de la Nación misma, según considere que subsisten o no los motivos de utilidad general que fundaron aquellas, y sin que ningún interés privado pueda sobreponerse a las consideraciones y voluntad del concedente”¹⁶¹.

Por último, cabe resaltar lo señalado por los jueces de la Corte Suprema. Lorenzetti y Highton de Nolasco que indicaron que

“a diferencia de lo que sucede en la libertad de expresión individual, donde la actividad regulatoria del Estado es mínima, la faz colectiva exige una protección activa por parte del Estado, por lo que su intervención aquí se intensifica. Los medios de comunicación tienen un rol relevante en la formación del discurso público, motivo por el cual el interés del Estado en la regulación resulta incuestionable”¹⁶².

En el caso colombiano, la Corte Constitucional, en su sentencia C-442 de 2011, determinó que la calumnia y la injuria podían existir como tipos penales, sin estar en contravía de los estándares interamericanos. En esa ocasión, la Corte indicó:

“No obstante, la libertad de expresión puede ser objeto de limitaciones, esa posibilidad se desprende claramente del artículo 13 de la CADH cuando señala que su ejercicio puede ser objeto de responsabilidades ulteriores fijadas por la ley y necesarias para garantizar los derechos y la reputación de los demás, la seguridad nacional, el orden público o la moral pública. En el mismo sentido el artículo 19 del PIDCP expresamente señala que este derecho puede ser objeto de restricciones siempre y cuando estén expresamente fijadas por la ley y sean necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. En todo caso las limitaciones a la libertad de expresión están sujetas a un control constitucional estricto, como ha señalado de manera reiterada la jurisprudencia de esta Corporación. Ahora bien, como se anotó previamente se ha entendido que los tipos penales de injuria y calumnia

161 Loreti, D., y Lozano, L., El derecho a comunicar, op. cit; pág. 204.

162 *Idem*, pág. 223.

se erigen como restricciones a la libertad de expresión, razón por la cual resulta necesario explorar esta perspectiva”¹⁶³.

Recordemos que la Corte en reiterados pronunciamientos, puso sobre la mesa la idea de despenalizar esas conductas porque afectaban la libertad de expresión.

Otro caso puntual donde se ha presentado esa liberalidad de los Estados es en el manejo de sus economías¹⁶⁴. En un caso muy relevante en el SIDH, *Furlan Argentina*, la Corte rechazó que ese Estado antepusiera su situación económica para hacer efectivas condenas judiciales. En ese caso, la Corte IDH lo condenó por reparar violaciones de derechos humanos con bonos del tesoro no redimibles a corto tiempo. Argentina litigó el caso interponiendo una excepción preliminar¹⁶⁵, por haber planteado una reserva al artículo 21 de la CADH en virtud de la cual, el tribunal internacional, decía el Estado, no era competente para discutir asuntos de la política económica de la Argentina. La Corte IDH desestimó la excepción por cuanto los alegatos de los peticionarios buscaban discutir vulneraciones al debido proceso y no plantear discusiones generales sobre una política económica del Gobierno.

■
118

En el proceso, la Corte IDH condenó al Estado argentino por someter al señor Furlan a discusiones internas sobre los efectos económicos del fallo. Vale la pena indicar lo señalado por el máximo Tribunal Interamericano:

() El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento. Por tanto, la efectividad de las sentencias depende de su ejecución. Esto último, debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. Lo

163 Corte Constitucional de Colombia, C-442 del 2011.

164 Este aspecto lo desarrollé en un artículo titulado: “Sostenibilidad fiscal: Desafío al Estado social de derechos en Colombia” en Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Revista de Derecho Público N.º 33 Julio - Diciembre del 2014. ISSN 1909-7778.

165 Corte IDH. Caso *Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto del 2012. Serie C No. 247, párr. 43.

contrario supone la negación misma del derecho involucrado.

[...]

Al respecto, la Corte reitera que la ejecución de las sentencias debe ser regida por aquellos estándares específicos que permitan hacer efectivos los principios, *inter alia*, de tutela judicial, debido proceso, seguridad jurídica, independencia judicial, y estado de derecho. La Corte concuerda con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al considerar que para lograr plenamente la efectividad de la sentencia la ejecución debe ser completa, perfecta, integral y sin demora”¹⁶⁶.

Colombia, sin respetar ese precedente interamericano, procedió a realizar una modificación a la Constitución Política de 1991 a través de un acto legislativo¹⁶⁷. El principio de cosa juzgada se desconoció en el acto legislativo n° 3 del 2011, por cuanto se permite que las Altas Cortes, una vez ya proferido el fallo, deban resolver un incidente de impacto fiscal presentado por el Procurador General de la Nación o los Ministros del Gobierno, abriendo la posibilidad de modular, modificar o diferir los efectos de la decisión. Veamos como quedó redactado el párrafo del artículo 334 de la Constitución Política:

“El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales”.

Esta situación no ofreció problema alguno a la Corte Constitucional al considerar que debía distinguirse entre la sentencia que ampara el derecho específico de una de las partes en la controversia y, por

166 Ídem, párrs. 209-210.

167 Nombre técnico que en el derecho constitucional colombiano reciben las enmiendas o modificaciones constitucionales.

el otro lado, lo que el tribunal constitucional denomina ordenes de protección, con las cuales el funcionario judicial adopta la forma como debe realizarse el derecho que se ha reconocido en la sentencia judicial.

Por último, se destaca el caso de la paz colombiana¹⁶⁸, que optó por recoger la doctrina del “margen nacional de apreciación” que puse en evidencia durante los debates nacionales en el año 2015¹⁶⁹, y que fue acogido en el numeral 5 de la jurisdicción para la paz acordada entre las FARC-EP y el Gobierno nacional¹⁷⁰. En ese orden de ideas, este principio elaborado en el marco del derecho internacional le permitiría a Colombia establecer unos acuerdos que, respetando los derechos humanos, reconozca las particularidades de nuestra realidad y nuestro histórico conflicto. Como se indicó en la parte precedente, esta doctrina consiste en que los tribunales otorgan a los Estados, en casos particulares, la posibilidad de interpretar y aplicar los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales. Estas particularidades tienen que

168 Sobre este punto me he pronunciado en tres ocasiones en el diario *El Tiempo*. Colombia a través de los siguientes análisis: una idea para destrabar la discusión de justicia en el proceso de paz, 8 de mayo de 2015; “¿Cuáles serían los límites para la justicia en el proceso de paz?” 19 de mayo del 2015; y, el “Mal de siempre”, 13 de marzo del 2015.

169 El profesor Jorge Giraldo en su libro *Las ideas en la guerra*, Debate, 2015, indica que “entre nuestra realidad bélica y las normas internacionales-incorporadas en nuestra constitución política- lo puso de presente el jurista Francisco Barbosa Delgado- cuando propuso que se acogiera en el país la doctrina del “Margen Nacional de Apreciación” desarrollada por la Corte Europea de derechos humanos”. Pág. 378.

170 En el acuerdo de víctimas derivado del proceso de paz colombiano entre la guerrilla de las FARC-EP y el Gobierno nacional se establece un capítulo específico sobre la jurisdicción de paz. En los numerales 4 y 5 se establece el principio del margen nacional de apreciación así: 4°.- El Estado tiene autonomía para conformar jurisdicciones o sistemas jurídicos especiales, derivado de lo establecido en la Carta de las Naciones Unidas sobre la soberanía y libre autodeterminación de las naciones, y de lo establecido en los Principios del Derecho Internacional, incluido el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal. 5°.- En el ejercicio de dicha autonomía, aceptada y reconocida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Estado puede apreciar y evaluar la complejidad, duración y gravedad del conflicto armado interno con el fin de diseñar y adoptar los mecanismos de justicia para lograr la paz dentro del respeto a los parámetros establecidos en el derecho internacional, en especial la garantía de los derechos humanos.

ver con circunstancias que sean propias tanto de su cultura como de su historia. En Colombia la guerra lo es.

La doctrina ha sido utilizada en decenas de casos en el sistema europeo de derechos humanos, así como en el SIDH que la ha puesto a prueba en algunas decisiones sobre derechos políticos, libertad de expresión y libertad personal, sin entrar a aplicarla en los conflictos armados internos. Esto no es un obstáculo para su invocación y aplicación, teniendo presente que la realidad histórica del conflicto armado en Colombia es esencial.

Con estas consideraciones previas, en Colombia esta doctrina si sería aplicable a partir de la existencia de dos factores.

El primero, la naturaleza particular del conflicto armado colombiano, la desestructuración territorial y la ausencia de prácticas estatales en nuestro territorio. El respaldo de esta realidad se encuentra en el informe “Basta ya”¹⁷¹ y en los informes de la Comisión de Historia y del Conflicto¹⁷² que, lejos de ser insustanciales, sustentan nuestra particularidad. Otros historiadores lo han explicado de forma magistral como se observa en los recientes libros de Fernán González¹⁷³ y del profesor Jairo Estrada¹⁷⁴, entre otros.

Sobre la desestructuración territorial, Colombia intentó tres grandes reformas agrarias durante el siglo XX. La primera se presentó a través de la Ley 200 de 1936; la segunda, con la Ley 135 de 1961; y la tercera, con la Ley 160 de 1994. Estos intentos fracasaron. Sus razones se explican en la manera como se concibió la República en el siglo XIX: una postura centralista que tenía vínculo con el poder local a través de unas elites clientelistas con las cuales repartía tierras y poder. La institucionalidad local estaba fuera de cualquier propósito.

171 Informe “Basta ya”, Bogotá, centro de memoria histórica, 2013.

172 “Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia. Comisión Histórica del conflicto y sus víctimas”, Bogotá, Ediciones desde abajo, 2015.

173 González, F., *Poder y violencia en Colombia*, Bogotá, Colección territorio, poder y conflicto, 2014.

174 Estrada, J., *Solución política y proceso de paz en Colombia*, 2013.

Con la primera, se buscó democratizar la tierra, idea que fracasa con una contrarreforma —Ley 100 de 1944— que extiende a 15 años el plazo de extinción de dominio de la tierra. Luego, durante el Frente Nacional, se intenta de nuevo, pero las fuerzas políticas terratenientes de nuevo se interponen. Ni hablar de la Ley 160 de 1994, que trae a la discusión el debate con la creación de las zonas de reserva campesina. En la actualidad, el Gobierno del presidente Juan Manuel Santos intenta pasar una ley de víctimas y tierras —Ley 1448 del 2011—, a la mejor manera de una reforma agraria soterrada. El asunto tampoco irá muy lejos.

El segundo aspecto es que tanto el estatuto de la Corte Penal Internacional como la CADH tienen la paz y la democracia como objetivos fundantes. En el caso colombiano, la paz sería un logro mayor a cualquier otro, teniendo presente que su consecución pondría fin a un conflicto de más de cinco décadas. Asimismo, a la luz de la jurisprudencia de los dos tribunales no se han hecho análisis de resolución de conflictos internos en justicia transicional.

■
122

Complementando lo anterior, debe hacerse hincapié en que la Corte IDH se ha pronunciado en algunos casos sobre la resolución de conflictos armados en el continente americano, *Barrios Altos vs. Perú* (2001), *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), *La Cantuta vs. Perú* (2006), *Gomes Lund y otros vs. Brasil* (2010) y *Gelman vs. Uruguay* (2011). Su postura jurisprudencial ha sido similar frente a todas las amnistías o auto amnistías sin distinguir la legitimidad democrática de cada proceso, como lo recuerda y critica el profesor argentino Roberto Gargarella.

Aún así, el caso colombiano tiene variables diversas que pueden ser exploradas a la luz de lo indicado por ese tribunal internacional en la decisión *El Mozote El Salvador* (2012), en la cual se indicó la posibilidad de articular paz y justicia en el marco de un acuerdo.

Sobre este particular, el voto concurrente del juez Diego García-Sayán y cuatro jueces más en esa decisión son categóricos en el sentido de determinar, “la cuestión de las amnistías y su relación con el deber de investigar y sancionar graves violaciones a derechos humanos, requiere un análisis que proporcione criterios adecuados para un juicio de ponderación en contextos en los que pudieran surgir tensiones entre las

demandas de justicia con los requerimientos de una paz negociada en el marco de un conflicto armado no internacional”¹⁷⁵.

Del mismo modo, sobre las sanciones por violaciones a los derechos humanos reveló:

“El reconocimiento de responsabilidades por parte de los máximos líderes puede contribuir a promover un proceso de esclarecimiento tanto de los hechos como de las estructuras que hicieron posible esas violaciones. La reducción de penas, la concesión de penas alternativas, la reparación directa del perpetrador a la víctima, el reconocimiento público de responsabilidad son otras vías que se pueden considerar”¹⁷⁶.

La justicia que se logre en el proceso en La Habana no puede ser el resultado de establecer una discusión cerrada entre justicia y paz. A eso es necesario ponerle matices. Uno de ellos es que no necesariamente se trata de dos valores contrapuestos. La justicia incluye elementos como la verdad, la reparación, las garantías de no repetición, mientras que la paz es una síntesis de todos los derechos.

Teniendo presente lo anterior, la doctrina del margen nacional de apreciación es una puerta que le permite a los Estados plantear límites aplicativos a sus decisiones, teniendo presente que el derecho internacional de los derechos humanos es acatado y respetado.

■
123

3. Límites del margen nacional de apreciación

El margen nacional de apreciación no es una doctrina que pueda ser entendida sin límite alguno. Algunos ejemplos jurisprudenciales ponen de presente la necesidad de establecer diálogos verticales que claramente limitan la órbita de interpretación del Estado. De hecho, debe recordarse que el artículo 2 de la CADH establece que los Estados parte deben adecuar su ordenamiento a las normas consagradas en la Convención, evento que plantea unos límites intrínsecos al margen nacional de apreciación, que limitan su acción hermenéutica.

175 Corte IDH. Caso *Masacres del Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 252., Voto razonado del Juez Diego García Sayán, párr. 4.

176 Ídem, párr. 31.

Por lo anterior, es necesario evidenciar algunos casos en la región para observar esa acción simultánea de interpretación, utilizando los derroteros establecidos en la jurisprudencia.

En Colombia podrían traerse a colación tres casos que fueron debatidos por la Corte Constitucional. En primer término, la sentencia de tutela sobre vulneración del derecho a la libertad sindical por ofrecimientos diferentes a trabajadores no sindicalizados frente a los sindicalizados: T-619 del 2013. En esa decisión, la Corte aplicó de forma directa los convenios 87 y 98 de la OIT para darle contenido a los derechos involucrados en el problema jurídico. Del mismo modo, puede traerse a colación la sentencia de unificación SU-070 del 2013, que estableció una protección reforzada a las mujeres en estado de embarazo. Esta decisión también tiene un cúmulo alto de referencias normativas y jurisprudenciales de carácter internacional.

Por último, se destaca una sentencia de constitucionalidad C-710 del 2012, en la cual la Corte Constitucional utiliza los criterios vertidos por la Corte IDH en el caso *Atala Riffo contra Chile* para determinar que el hecho de ser homosexual o lesbiana no puede ser óbice para desconfiar de las cualidades morales de la persona y así poder superar los problemas para adoptar. Allí el tribunal constitucional no admite que pueda existir intersticio alguno en torno a categorías de interpretación propias, dejando de lado el margen nacional de apreciación y acogiendo lo señalado por la Corte Interamericana.

Para la profesora Paula Andrea Acosta, “los jueces suelen justificar la obligación de interpretar las normas nacionales a la luz de los mandatos internacionales en la existencia de cláusulas de jerarquía que afirman que los tratados de derechos humanos adquieren rango constitucional o supralegal”¹⁷⁷. En ese mismo sentido, la autora cita varios casos jurisprudenciales que para efecto de esta contribución son relevantes. Veamos algunos. En México, la Suprema Corte de Justicia definió la manera de establecer el control de convencionalidad. En ese sentido señala que

“el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes

177 Acosta, P. A., *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, págs. 82-83.

pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte¹⁷⁸.

Otros Estados también han establecido parámetros similares. Por ejemplo, en el caso de Ecuador se destacan una multiplicidad de fallos que invocan sentencias internacionales como 0040-2007 de 31 de marzo del 2007, la 005-09 de septiembre del 2009, 006-09 de 19 de mayo del 2009, 0302-08 del 26 de mayo del 2009, 0010-09 del 7 de julio del 2009, 004-09- del 23 de julio del 2009, 005-09 del 3 de septiembre del 2009, 005-10 del 24 de febrero del 2010, 009-10 del 25 de marzo del 2010, 001-10-POJ del 22 de diciembre del 2010, entre otras¹⁷⁹. En esas decisiones judiciales, la utilización de la jurisprudencia de la Corte IDH y opiniones consultivas, tiene el sentido de darle alcance a los derechos objeto de discusión en virtud de las acciones constitucionales de protección o de las sentencias de constitucionalidad.

178 Citada por Acosta, P. A., en *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, op.cit. pág. 83. El texto se encuentra en la página web <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/160/160525.pdf>.

179 Para efecto de profundizar sobre este aspecto, Véase el libro de Claudia Escobar, *Transconstitucionalismo y diálogo jurídico*, Quito, Corte Constitucional.

Por lo anterior, los límites a esta doctrina del margen nacional de apreciación existen, acogiendo las posturas de forma directa de la Corte IDH. Se acoge una suerte de *self executing* que permite limitar la acción hermenéutica de los Estados en el caso concreto.

4. Consideraciones finales

Con la presente contribución se pretendió establecer cómo los Estados han comenzado, en virtud de la doctrina del margen nacional de apreciación, a separarse de ciertos estándares desarrollados por el SIDH o a aprovechar los intersticios que deja la interpretación jurídica en algunos casos. En segundo lugar, se abordó cómo ese margen de apreciación se ha limitado a partir de las decisiones constitucionales de los mismos jueces nacionales, cerrando el camino de la interpretación abierta de estándares interamericanos.

IMPLEMENTACIÓN
DE LAS DECISIONES
DEL SISTEMA
INTERAMERICANO DE
DERECHOS HUMANOS

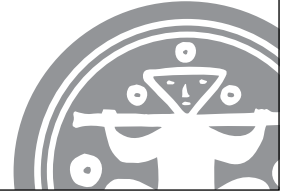
*APORTES PARA LA
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA*



Centro por la Justicia y el Derecho Internacional
Center for Justice and International Law
Centro pela Justiça e o Direito Internacional
Pemontok Kowantok Wacüpe Yuwanin Pataset

Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Aportes para la Administración de Justicia

Buenos Aires: Centro por la Justicia y el Derecho Internacional- CEJIL, 2016.



Se autoriza la reproducción del contenido de la presente publicación siempre que se cite la fuente.

Coordinación Editorial:

Viviana Krsticevic

Alejandra Vicente

Antonio Jaén

Edición,

Diseño Editorial y de Tapa:

Folio Uno S.A.

IMPLEMENTACIÓN
DE LAS DECISIONES
DEL SISTEMA
INTERAMERICANO DE
DERECHOS HUMANOS

*APORTES PARA LA
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA*

CEJIL 

Este trabajo de CEJIL fue posible gracias al generoso aporte de las siguientes agencias:

- 
- ACNUR - Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados
 - Diakonia
 - HIVOS
 - Fondo de Contribuciones Voluntarias de Naciones Unidas para las Víctimas de Tortura
 - Fondo Nacional para la Democracia
 - Ministerio de Relaciones Exteriores de Noruega
 - Misereor
 - Open Society Foundations
 - Pan para el Mundo
 - Plan International
 - Principado de Liechtenstein
 - The Oak Foundation
 - The Overbrook Foundation
 - Unión Europea
 - W. K. Kellogg Foundation

Y donantes individuales y privados que desean mantenerse en el anonimato

PRESENTACIÓN

Viviana Krsticevic
Directora Ejecutiva de CEJIL

Durante los días 24 y 25 de noviembre de 2014, CEJIL organizó en Costa Rica el foro regional “La Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Administración de Justicia: sinergias, tensiones y posibilidades”. El objetivo del mismo fue generar un espacio de reflexión con un grupo amplio de actores sobre los factores que inciden en el cumplimiento de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), con especial énfasis en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este evento permitió realizar un balance de la situación actual del SIDH, así como de su importancia para fortalecer la protección de derechos y la actuación de la justicia a nivel nacional; identificar factores que facilitan y obstaculizan el cumplimiento de las decisiones del SIDH y posibles medidas para superarlos; analizar el papel que juegan otros actores en el acatamiento de las decisiones, como defensores/as de derechos humanos, víctimas, defensorías públicas, funcionarios/as judiciales, entre otros; y tratar de construir propuestas para mejorar de manera progresiva la efectividad de las decisiones de nuestro sistema regional de protección.

El foro puso un énfasis especial en el papel que juega la Administración de Justicia en la implementación de las decisiones del SIDH y la lucha contra la impunidad, permitiendo estudiar con mayor profundidad los puntos de interacción entre lo internacional y lo nacional, los retos en la implementación de la obligación de investigar y castigar, así como las oportunidades que ofrecen los sistemas de justicia para afianzar la efectividad y legitimidad del SIDH y del Estado de derecho en general.

La presente publicación pretende recoger, de manera no exhaustiva sino representativa, algunas de las reflexiones, estudios innovadores y propuestas, realizadas durante el foro por un grupo variado de autoras y autores con perspectivas diferenciadas. Entre los temas examinados en sus aportes se incluye, por ejemplo, la sinergia entre el SIDH y el derecho penal internacional; las experiencias de diálogo entre el SIDH y los órganos judiciales de los Estados; el papel de las defensorías públicas; factores y condiciones de la Administración de Justicia que facilitan el cumplimiento de decisiones internacionales.

Este volumen se suma a otros dos materiales publicados anteriormente por CEJIL en el área de implementación de decisiones del SIDH: una publicación que analizaba el tema de cumplimiento con carácter general, y otra relativa a la relación entre implementación y procesos legislativos¹. En esta tercera publicación abordamos de manera más específica la relación entre SIDH y la Administración de Justicia, a la que consideramos como actor clave para garantizar la efectividad de las decisiones del SIDH.

Asimismo, esta publicación da continuidad al trabajo de CEJIL en el área de fortalecimiento del marco regional de protección de los derechos humanos, de manera específica, a nuestro anhelo de aumentar la concomitancia que debe existir entre la protección nacional e internacional de los derechos de los ciudadanos y ciudadanas del continente.

En su momento, dedicamos el foro a la memoria de César Barrientos Pellecer, quien hasta su muerte en 2014, se desempeñó como Magistrado en la Corte Suprema de Justicia de Guatemala. Como funcionario público convencido de la importancia de las decisiones emitidas por la Corte IDH, su influencia fue determinante para que Guatemala reconociera judicialmente la autoejecutabilidad de las sentencias del tribunal regional. Ello resultó en la reapertura de varios procesos penales en los que se juzgó a miembros de la fuerza pública responsables de graves violaciones de derechos humanos. De ese modo, su aporte fue clave para romper el ciclo de impunidad en Guatemala, dejando un resquicio de esperanza a miles de víctimas.

La trayectoria personal y profesional del doctor Barrientos, sus principios y valores, no sólo nos siguen inspirando cada día, sino que constituyen un ejemplo del diálogo positivo que debe existir entre el SIDH y los órganos de Administración de Justicia, así como su poder transformador en la consolidación del Estado de derecho.

Este libro fue editado por Alejandra Vicente, abogada senior y Antonio Jaén, experto en Comunicación.

1 CEJIL, Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Aportes para los procesos legislativos”, 2009; Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales”, 2007. Ambas disponibles en <https://cejil.org/es/publicaciones?page=1>.

CONTENIDOS

La implementación de las decisiones del SIDH y la Administración de Justicia: sinergias, tensiones y posibilidades.	9
Viviana Krsticevic.	
El Derecho Penal Internacional por otros medios: la jurisdicción cuasipenal de los órganos de derechos humanos,	27
Alexandra Hunneus.	
La importancia de la justicia como medida de reparación: la perspectiva de las víctimas.	43
Lucrecia Molina.	
La independencia judicial y las condiciones de los procesos judiciales internos que facilitan el cumplimiento de las decisiones interamericanas.	63
Óscar Parra Vera.	
La experiencia brasilera de diálogo con decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.	77
Marlon Alberto Weichert y Gustavo Miranda Antonio.	
El rol de las instituciones nacionales de derechos humanos en el seguimiento de resoluciones internacionales: algunas experiencias en la región.	93
Alejandra Nuño.	
Diálogo entre los órganos del Sistema Interamericano y los tribunales internos: desafío para el margen de apreciación.	109
Francisco Barbosa Delgado.	

LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS DECISIONES DEL SIDH Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: SINERGIAS, TENSIONES Y POSIBILIDADES

*Viviana Krsticevic**

1. Introducción

Una de las áreas menos exploradas en la ejecución de las decisiones del SIDH es la que depende de la Administración de Justicia, pese a que la impunidad persiste en un significativo número de casos decididos por la CIDH y la Corte IDH. Dicho incumplimiento de las decisiones por parte de la justicia repercute en la tutela de los derechos de aquéllos y aquéllas que se acercan al SIDH, procurando una adecuada reparación. También afecta en la sobrecarga de casos en la esfera internacional, en la definición de lo local y lo internacional, y en la legitimidad del Sistema Interamericano de protección, entre otros.

A su vez, es útil tener en cuenta que la Administración de Justicia tiene la capacidad de modificar de manera significativa la articulación entre la protección local e internacional de derechos humanos, así como las condiciones de recepción de las decisiones internacionales.

Este capítulo adopta un enfoque amplio para examinar la relación de la justicia en el ámbito nacional e internacional, a fin de mejorar el grado de ejecución de las decisiones del SIDH y la garantía de los derechos fundamentales. En particular, intento superar la tentación de mirar la ejecución de las decisiones solamente a partir de la capacidad de recepción de las órdenes resolutorias internacionales, por parte de las instituciones nacionales frente a casos individuales.

El enfoque propuesto identifica cuatro áreas críticas para mejorar los niveles de ejecución de las decisiones internacionales que reflejan condiciones propias del SIDH, de la articulación entre la protección nacional e internacional y de la situación en el Estado receptor de las decisiones.

* Viviana Krsticevic es la directora ejecutiva del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL)

Estas áreas consisten en: a) contribuciones que fortalecen la legitimidad, autoridad o efectividad de las decisiones a ejecutar; b) aportes jurídicos, como el desarrollo de pautas para la actuación adecuada de la Administración de Justicia frente a violaciones recurrentes o que, al contrario, eliminan obstáculos para la actuación efectiva de la justicia; c) el fortalecimiento y protección de actores clave para la correcta Administración de Justicia; y d) el establecimiento o refuerzo de la institucionalidad necesaria para el cumplimiento en el ámbito nacional e internacional. Cada una de estas áreas será analizada con más detalle en las siguientes secciones.

Esta reflexión concluye reconociendo la concomitancia de las acciones de la justicia en la esfera nacional e internacional, así como las tensiones y posibilidades de articulación entre ambos niveles, que pueden allanar, u obstruir, la capacidad de ejecución de decisiones de los órganos interamericanos. Adicionalmente, sostenemos que este enfoque permite identificar y actuar sobre las diferencias institucionales, históricas y políticas de los diferentes países receptores, para avanzar en un mayor nivel de cumplimiento e impacto de las decisiones del SIDH.

2. Aportes para la legitimidad, autoridad y efectividad

Uno de los factores que influye en la ejecución de las decisiones del SIDH es la diferencia de autoridad y legitimidad que tienen en virtud de múltiples factores a nivel local e internacional. Quizás, varios aspectos de esta temática exceda en parte el contenido de una publicación jurídica. Sin embargo, una faceta acotada y técnica de este problema está dada por la diferencia de legitimidad, autoridad y contenido de los distintos tipos de resoluciones de la CIDH y la Corte IDH, en virtud de consideraciones normativas y de hecho. He aquí un área donde el propio SIDH, así como la Administración de Justicia nacional o local y quienes litigan, puede actuar para allanar el cumplimiento de cada uno de los tipos de resoluciones¹.

1 Respecto al debate más amplio sobre las medidas que puede tomar cada uno de los poderes del Estado para fortalecer la articulación entre la protección local e internacional véase: Krsticevic, Viviana, "Lineas de trabajo para mejorar la efectividad del sistema", en *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Méndez, Juan y Cox, Francisco (Ed.), IIDH, 1998; Krsticevic, Viviana, "Reflexiones sobre la ejecución de sentencias de las decisiones del Sis-

En este sentido, uno de los problemas más recurrentes consiste en la falta de claridad sobre la autoridad de buena parte de las resoluciones del SIDH. Por ejemplo: ¿cuál es el valor de las medidas cautelares de la CIDH? ¿Y las soluciones amistosas acordadas en la fase inicial? ¿Cambia el valor de las decisiones dependiendo de si los Estados ratificaron o no la CADH?

Lo que parece relativamente pacífico en la jurisprudencia, es que las sentencias y resoluciones de la Corte IDH sobre casos contenciosos vinculan a los Estados y son consideradas como ejecutivas o autoejecutables, en virtud de lo sostenido por la letra de la CADH y la jurisprudencia del Tribunal². En la vasta mayoría de los casos, la autoridad y el alcance de las decisiones del Tribunal no es cuestionada en el proceso, ni por diferentes actores estatales ni por la academia³. Ahora bien, en lo

tema Interamericano de protección de derechos humanos”, en Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano, CEJIL, 2007; Krsticevic, Viviana, “Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Aportes para los procesos legislativos”, CEJIL, 2009. Camilleri, J. Michael y Krsticevic, Viviana, “*Making International Law stick: Reflections on compliance with judgments in the Inter-American Human Rights System*”, en Protección Internacional de Derechos Humanos y el Estado de Derecho (Joaquín González Ibañez, 2008).

- 2 Krsticevic, Viviana, “Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Aportes para los procesos legislativos”, CEJIL, 2009, pág. 16. Ver también, Corte IDH, caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104; Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13-29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A. No. 5, párr. 22.
- 3 Esta aceptación tiene excepciones en algunos países como República Dominicana y Uruguay. En República Dominicana, en noviembre del 2014, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la aceptación de la competencia de la Corte IDH por el país en 1999, días después de que el Gobierno anunciara su rechazo a la decisión emitida por la Corte IDH en el caso de *Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*. En Uruguay, tras la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso Gelman, que declaraba contraria a la CADH la Ley de Caducidad que impedía la persecución de los crímenes cometidos durante la dictadura, la Suprema Corte de Justicia habría emitido decisiones que permitían la prescripción de dichos crímenes, contrariando lo dispuesto por la Corte IDH. Ver, Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 20 de marzo del 2013. Por su parte, el cuestionamiento del carácter vinculante de las decisiones de medidas provisionales de la Corte IDH fue zanjado en el asunto Liliana Ortega —sobre medidas provisionales respecto de

que respecta a las decisiones de la CIDH, éstas no cuentan con la misma aceptación de su autoridad pese a lo sostenido por parte de la doctrina, la judicatura, algunos Estados, la propia CIDH y la Corte IDH⁴.

De esta manera, es posible tomar medidas de carácter general que modifiquen las condiciones de operación del SIDH en su conjunto, a través de desarrollos jurisprudenciales a nivel local que aclaren el valor de cada decisión, en consonancia o más allá de lo tratado por la propia Corte IDH⁵. Por ejemplo, a través del establecimiento, de manera clara y categórica, del valor vinculante de los informes definitivos de caso de la CIDH, de las soluciones amistosas, o de la determinación del carácter de las obligaciones que se derivan del dictado de medidas cautelares de la CIDH⁶.

A su vez, de forma complementaria, la Administración de Justicia en cada uno de los países puede responder interpretando o aplicando normas constitucionales o tratados, incorporando o dialogando con la jurisprudencia del SIDH, con miras a cambiar el tipo de articulación de la protección local y la internacional, o las condiciones de recep-

Venezuela—, en el que el Tribunal estableció que “tiene como facultad inherente a sus funciones, supervisar el cumplimiento de las medidas provisionales de protección ordenadas y de emitir, a petición de parte o *motu proprio*, instrucciones para el cumplimiento de las mismas (...)”. Corte IDH. Asunto Liliana Ortega y otras. Medidas provisionales respecto a Venezuela. Resolución de la Corte de 4 de mayo de 2004. Considerandos, párr. 9.

- 4 Ver por ejemplo, Hitters, Juan Carlos, ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad). Estudios Constitucionales, Año 7, 2009.
- 5 Algunas de estas áreas no han sido objeto de decisiones recientes de la Corte IDH.
- 6 De conformidad con las reglas del derecho internacional de los derechos humanos, la obligación internacional actuaría como estándar mínimo de garantía o referencia frente a lo que puedan legislar los Estados en sus respectivos ordenamientos jurídicos. En este sentido, un tribunal o una ley no podrían razonablemente sostener el carácter no vinculante de las recomendaciones y afirmar que éstas no tienen efecto alguno sobre los diversos órganos del Estado encargados de ejecutarlas. Sobre este punto ver: Krsticevic, Viviana, “Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Aportes para los procesos legislativos”, CEJIL, 2009, págs. 22 y 23; Krsticevic, Viviana, “Reflexiones sobre la ejecución de sentencias de las decisiones del Sistema Interamericano de protección de derechos humanos”, en Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano, CEJIL, 2007, págs. 19 a 22.

ción a nivel nacional. En este sentido, en un estudio realizado con anterioridad, recogimos varios de los avances a nivel de los Estados en esa dirección⁷. Quizás los ejemplos más claros de fortalecimiento de la efectividad desde la justicia a nivel nacional, se expresan en decisiones judiciales que reafirman el carácter vinculante y ejecutivo de las resoluciones de la Corte IDH y la CIDH, o que plantean que es necesario tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal en la actuación jurisdiccional nacional, en virtud del control de convencionalidad u otras consideraciones⁸.

Por citar algunos ejemplos, la Corte Constitucional de Colombia ha emitido reiteradas decisiones que dejan sentada su jurisprudencia respecto al carácter vinculante en el ordenamiento interno de las medidas cautelares emitidas por la CIDH⁹, zanjando así una discusión que en ocasiones ha generado gran debate público frente al cumplimiento de algunas medidas de protección dictadas por la Comisión.

De igual modo, en el caso Carranza Latrubesse¹⁰, la Corte Suprema de Justicia de Argentina emitió un acuerdo en el que discute la responsabilidad civil del Estado nacional ante el incumplimiento de las recomendaciones a favor de la víctima que le formulara la CIDH en su informe de fondo No. 30/97¹¹, afianzando de esa manera el valor vinculante de dichas decisiones para el Estado. Respecto a las sentencias de la Corte IDH, la Corte Suprema argentina revocó una decisión que declaraba extinguida la acción penal por prescripción respecto a

7 Ver en: "Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano", CEJIL, 2007.

8 *Ibid*, págs. 19 a 22.

9 Ver por ejemplo, T-030/16, M. P. María Victoria Calle Correa; T-078 del 2013, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-558 del 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-786 del 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; y T-524 del 2005, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

10 <http://www.cij.gov.ar/nota-11959-Fallo-de-la-Corte-en-causa--Carranza-Latrubesse--Gustavo--c--Estado-Nacional-.html>

11 De igual modo, en el caso Simon, Julio Héctor y otros, privación ilegítima de la libertad, la Corte Suprema argentina tomó en cuenta la decisión de la CIDH en el Informe 28/92, sosteniendo que "las directivas de la Comisión constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana". CSJN, Fallos: S. 1767. XXXVIII, rta. El 14 de junio del 2005, considerando 17.

una persona acusada de graves violaciones a los derechos humanos, en concordancia con la sentencia de la Corte IDH en el caso *Bulacio vs. Argentina*, reconociendo que la misma es “de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino”¹².

Por su parte, en Perú la justicia ha asumido también el carácter vinculante y ejecutivo de las decisiones de la Corte IDH¹³. Éste es también el caso de Costa Rica, que reafirmó judicialmente el carácter vinculante y ejecutivo de las sentencias de la Corte, al revocar un tribunal local su decisión previa que establecía la existencia de un delito de difamación, en virtud de una decisión del Tribunal interamericano¹⁴.

La misma Corte IDH ha reseñado la estrategia de reconocimiento de la autoridad y legitimidad de las decisiones destacando, entre otros, fallos de la Corte Suprema de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, el Tribunal Constitucional de Perú, la Corte Suprema de la Nación de Argentina y la Corte Constitucional de Colombia, que se han referido al control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte IDH¹⁵.

Es importante notar que la actuación de los órganos del sistema de Administración de Justicia ocurre en numerosas ocasiones a través de la interpelación de fiscales, Ministerio Público, litigantes o *amicus cu-*

12 Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación. Espósito, Miguel Ángel *s/* incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa. Expediente No. 224. XXXIX. Sentencia de 23 de diciembre del 2004.

13 En este sentido, en una comunicación a la Defensoría del Pueblo del Perú, el presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar afirmó que: “En atención a lo resuelto por la sentencia complementaria [interpretativa] de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 3 de septiembre de 2001, se ha avocado a revisar todos los procesos en los que se ha aplicado la Ley de Amnistía y los relacionados con la violación de los derechos humanos (...)”. Al respecto, en el caso Barrios Altos, decidido también por la Corte IDH, la decisión del tribunal internacional resultó en la reapertura del proceso penal por los hechos. Ver en “Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano”, CEJIL, 2007, pág. 102.

14 Ver en “Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano”, CEJIL, 2007, pág. 102.

15 Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre del 2010. Serie C No. 220, párrs. 226 a 233.

riae. Por ello, el avance de la efectividad y la articulación fluida de los sistemas de protección puede beneficiarse de la actuación activa de estos actores.

A modo de ilustración, podemos citar el caso de incumplimiento de las medidas provisionales dictadas por la Corte IDH en el caso de la *Comunidad de San José de Apartadó vs Colombia*. Frente al incumplimiento de las medidas y los ataques continuados a los miembros de la comunidad, Javier Giraldo Moreno (en representación de la comunidad) presentó una tutela ante la Corte Constitucional, apoyada por la Defensoría del Pueblo, en la que la Corte ordenó el cumplimiento efectivo de las medidas de protección¹⁶. Una tutela similar fue presentada con éxito frente al incumplimiento de las medidas provisionales ordenadas por la Corte IDH, para proteger la vida e integridad de las víctimas en el caso La Rochela¹⁷.

De ese modo, el actuar de un grupo amplio de actores vinculados a la Administración de Justicia, a nivel nacional e internacional, puede afectar el grado de legitimidad y autoridad de las decisiones del SIDH, con una incidencia directa en los niveles de cumplimiento de las mismas. Por ello, las estrategias para garantizar una mayor ejecución de los fallos interamericanos pueden y deben tener en cuenta estos diversos puntos de entrada.

■
15

3. Aportes jurídicos para allanar la actuación de la Administración de Justicia

Una segunda área fundamental para mejorar la implementación de las decisiones del Sistema, consiste en allanar el funcionamiento de la justicia cuando encuentra obstáculos de carácter procesal o vinculados a prácticas o normas que no se adecuan a estándares internacionales. A continuación desarrollamos de manera sucinta algunas de las medidas que puede tomar el Sistema Interamericano para avanzar en esa dirección y que incluyen: i. elaborar pautas para la actuación de la Administración de Justicia; ii. abonar a la eliminación de obstáculos o facilitación

16 Ver en: "Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano", CEJIL, 2007, págs. 327 y ss.

17 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-585A/11 Luis Ernesto Vargas Silva.

de la actuación propia de la Administración de Justicia; y iii. promover la cooperación de otros poderes del Estado para garantizar la actuación de la Administración de Justicia.

En primer lugar, el SIDH puede desarrollar a través de su jurisprudencia, estándares que vinculen la actuación de la Administración de Justicia de modo general. Por ejemplo, puede establecer cómo recoger prueba en la escena de una posible ejecución extrajudicial; cómo evaluar cierta prueba, por ejemplo la confesión obtenida bajo tortura; puede determinar que no se pueden adoptar ciertos tipos de penas, como la pena de muerte o el aislamiento solitario en ciertas condiciones, etc.

A modo de ejemplo, en el caso Juan Humberto Sánchez, la Corte IDH estableció parámetros detallados respecto al deber de las autoridades hondureñas para investigar de manera adecuada ejecuciones extrajudiciales y sancionar a los responsables¹⁸. En el caso Rosendo Cantú y otra, la Corte estableció estándares respecto a la investigación en casos de violencia sexual¹⁹, los cuales han sido desarrollados y afianzados en casos posteriores. En efecto, el SIDH ha incluido gradualmente pautas de investigación que recogen y refinan las establecidas en algunos de los protocolos internacionales, como el de Minnesota sobre investigación de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, el de Estambul sobre investigación de la tortura, o pautas de la Organización Mundial de la Salud sobre violencia sexual, entre otros²⁰.

En segundo lugar, el SIDH puede tomar medidas para allanar el trabajo del Poder Judicial, con el objeto de facilitar el cumplimiento y la efectividad de la Administración de Justicia, eliminando obstáculos o generando herramientas que faciliten su actuación.

Ello puede ser ilustrado, en aquéllas sentencias en las que el Tribunal exige que se adecue la normativa para permitir un tipo penal más

18 Corte IDH. Caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio del 2003. Serie C No. 99, párrs. 127, 128, 133 y 134.

19 Corte IDH. Caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto del 2010. Serie C No. 216, párrs. 177 a 182.

20 Ver: De Leon, Gisela; Krsticevic, Viviana; Obando, Luis, "Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos", CEJIL, 2010.

apropiado, a fin de cumplir con la obligación de garantía de derechos o de investigar y castigar a los responsables de las violaciones. En este sentido, en una serie de casos relativos al Perú, la Corte IDH ha llamado la atención sobre las deficiencias en la tipificación de la desaparición forzada de personas y ha ordenado la adecuación del tipo penal²¹. Del mismo modo, la Corte IDH ha dispuesto 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. Con ello, el Tribunal ha dado una guía clave a las autoridades judiciales internas, enfrentadas con el dilema de aplicación de conceptos propios del derecho procesal penal frente a la obligación internacional de investigar y sancionar²². En esta misma línea, en una serie de casos, la Corte IDH ha limitado la intervención de la jurisdicción militar para investigar graves violaciones de derechos humanos²³.

Otro ejemplo notable se dio en la resolución del caso La Cantuta, en el que la Corte estableció el deber de cooperación interestatal que tienen las autoridades judiciales de los Estados, en casos de extradiciones relacionadas con crímenes contra la humanidad para luchar contra la

21 Corte IDH. Caso *Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre del 2005. Serie C No. 136, párr. 149; Caso *Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 191.

22 Corte IDH. Caso *Trujillo Oroza v. Bolivia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 12 de septiembre del 2005; caso *Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo del 2001. Serie C No. 75, párr. 41; caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre del 2006. Serie C No. 154, párr. 154; caso *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de noviembre del 2009. Serie C No. 162, párr. 153.

23 La Corte ha emitido pronunciamientos en casi todos los casos relativos a Perú por violaciones cometidas durante el conflicto armado interno, desde el caso Loayza Tamayo, decidido en 1997, hasta el caso Osorio Rivera y familiares, decidido en 2013. De igual modo, se ha pronunciado al respecto en casos relativos a Colombia (ver en otros, casos Las Palmeras y 19 Comerciantes), a Chile, Venezuela, Ecuador, Nicaragua, República Dominicana y México. Respecto a este último, ver las recientes decisiones en, Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, Rosendo Cantú y Otra vs. México*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencias. Resolución de la Corte IDH de 17 de abril del 2015.

impunidad, fundando su decisión en el mecanismo de garantía colectiva establecido en la CADH²⁴.

Una tercera vía importante, consiste en que la justicia interamericana exija la colaboración o la omisión de conductas por parte de otros poderes del Estado para permitir la actuación diligente de la justicia nacional. Un ejemplo de actuación habilitante se dio en el caso *Myrna Mack Chang*, donde la Corte IDH cuestionó el uso del secreto de Estado para limitar el acceso a la información por parte de la justicia respecto a los responsables de graves violaciones de derechos humanos. Así la Corte IDH afirmó que:

“[L]os poderes públicos no pueden escudarse tras el manto protector del secreto de Estado para evitar o dificultar la investigación de ilícitos atribuidos a los miembros de sus propios órganos. En casos de violaciones de derechos humanos, cuando los órganos judiciales están tratando de esclarecer los hechos y juzgar y sancionar a los responsables de tales violaciones, el ampararse en el secreto de Estado para entregar información requerida por la autoridad judicial puede ser considerado como un intento de privilegiar la “clandestinidad del Ejecutivo” y perpetuar la impunidad”²⁵.

Asimismo, la Corte IDH se ha pronunciado en casos en que las autoridades estatales se amparaban en la falta de captura de los responsables para no avanzar con las investigaciones. El Tribunal ha sido enfático en señalar que las autoridades tienen la obligación de “desplegar todas las acciones que fueran necesarias”, para que los presuntos responsables de graves violaciones de derechos humanos sean ubicados y procesados²⁶.

24 Corte IDH. Caso *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 del noviembre de 2009. Serie C No. 162, párrs. 158 a 160. En ese momento, estaba en juego la posible extradición del expresidente Alberto Fujimori de Chile a Perú, en virtud de investigaciones penales que se daban en el marco de una serie de casos pendientes o resueltos por el Tribunal Interamericano.

25 Corte IDH. Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre del 2003. Serie C No. 101, párr. 181.

26 Corte IDH. Caso *Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre del 2015. Serie C No. 299, párrs. 222 y 257.

Por tanto, en éstos y en otros campos, es fundamental la acción de los órganos del SIDH, para asistir a las autoridades judiciales nacionales a superar obstáculos que impiden el adecuado cumplimiento de la obligación de tutelar derechos.

4. Medidas que fortalecen la capacidad de actuar de actores clave

Un ángulo igualmente importante para garantizar la implementación, consiste en defender y fortalecer la capacidad de actuar de actores clave en la Administración de Justicia, cuando está en riesgo en razón de factores extraprocesales. Esta estrategia reconoce que en ocasiones, el riesgo, las represalias, dinámicas de grupo o pertenencia, la falta de priorización de casos y otros factores, pueden afectar el avance en las investigaciones y el recto funcionamiento de la justicia.

En este sentido, el SIDH puede intervenir, entre otras cosas, para rectificar parcialmente algunas de estas dinámicas, protegiendo con medidas provisionales cuando sea necesario, dictando órdenes que fortalezcan la independencia del poder judicial, pidiendo cuentas de diversos actores que afianzan u obstaculizan la justicia de manera diferenciada, requiriendo la capacitación de funcionarios/as y garantizando la participación efectiva de las víctimas en los procesos.

Las medidas que brindan protección a las personas que hacen posible el accionar de la justicia, como las víctimas, abogados, defensoras, testigos, o que promueven la participación de las víctimas como coadyuvantes de los procesos para respaldar el trabajo de la judicatura, tienen un peso muy importante en el cumplimiento efectivo de la orden de investigar y sancionar²⁷.

27 Los ataques y amenazas tienen un efecto inhibitorio sobre el accionar de aquéllos que están vinculados a la Administración de Justicia y, a contrario, las medidas de protección pueden proteger y habilitar el accionar de estas personas. Vivir bajo amenazas implica caminar con una espada de Damocles pendiente sobre la cabeza de las personas, la cual tiene la posibilidad de caer y salpicar a quienes estén alrededor de quien es objeto de amenazas en cualquier minuto. Ellas restringen la capacidad de trabajar y vivir, de organizarse, de desempeñar el trabajo, de elegir el lugar de residencia y las condiciones de vida. Las amenazas pueden derivar en consecuencias significativas para la vida, integridad y los derechos de las personas, pero en sí mismas, constituyen una vulne-

A modo ilustrativo, la CIDH y la Corte han ordenado numerosas medidas cautelares y provisionales en favor de abogados y abogadas, jueces y juezas, fiscales, testigos o declarantes²⁸.

De modo más estructural, en el caso *Bámaca*, la Corte IDH pidió información precisa en el proceso de cumplimiento de la sentencia, respecto a la aplicación efectiva de la Ley para la Protección de Sujetos Procesales y Personas Vinculadas a la Administración de la Justicia Penal, y cualquier otra acción encaminada por parte de las autoridades judiciales de Guatemala a la protección de los testigos que participan en casos de graves violaciones de derechos humanos²⁹. De igual modo, en Guatemala los defensores y defensoras de derechos humanos deberían beneficiarse de una política pública para su protección, tal y como fuera ordenado por el Tribunal interamericano en el caso *Defensor de Derechos Humanos*³⁰. En ese mismo sentido, la CIDH a través de su Relator sobre Defensoras y Defensores de Derechos Humanos, elaboró una serie de informes en los que estudia, entre otros temas, la protección debida para defensoras, defensores y operadores de justicia bajo amenaza.

■
20

Adicionalmente, el SIDH tiene la capacidad de reconocer la actuación y avances de diferentes actores judiciales y ayudar a destrabar obstáculos en diferentes momentos de la ejecución de las decisiones emitidas con

ración grave a la integridad personal. Adicionalmente, en múltiples ocasiones preceden actos de violencia como el secuestro, la desaparición, el asesinato, las lesiones, el exilio, el desplazamiento, etc. De manera estructural, las amenazas han jugado un papel distorsionador de la agenda de debate público, de la lucha contra la corrupción y el crimen organizado, del funcionamiento de la justicia y del desarrollo de la democracia.

28 Ver, por ejemplo: CIDH, MC-128-00 a favor del Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo", Colombia; CIDH, MC-433-12 a favor de la jueza Claudia Escobar y otros, Guatemala; CIDH, MC-112/16 a favor de los miembros del COPINH, familiares de Berta Cáceres y Gustavo Castro, este último como testigo clave del asesinato de la ambientalista. Igualmente, ver: 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 del 2014; Corte IDH, *Asunto Chunimá respecto de Guatemala*. Resolución de la Corte IDH de 29 de julio del 1991.

29 Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento y Medidas Provisionales. Resolución de la Corte IDH de 27 de enero del 2009, párr. 41.

30 Corte IDH. Caso *Defensor de Derechos Humanos vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de mayo del 2014. Serie C No. 283, párr. 263.

contenido general. Esta medida es especialmente importante en aquellos casos en los que el cumplimiento de la decisión se ha caracterizado por el traslado de información a la Corte IDH por parte del Estado, sin mostrar avance alguno en la ejecución de medidas de reparación.

En una decisión innovadora del 2009 en el caso *Molina Theissen*, la Corte IDH exigió que Guatemala presentara un cronograma detallado de investigación, que incluyera la designación de personas responsables de ejecutarlo, partida presupuestaria, etc³¹. A mayor abundamiento, la Corte IDH ordenó a Guatemala la designación de funcionarios en la Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia y también un funcionario de enlace en la inteligencia militar del Ejército, para facilitar la búsqueda de información relevante sobre los responsables de la desaparición del niño Marco Antonio Molina Theissen³². El Tribunal ordenó estas medidas concretas reconociendo el grave problema que tiene el país con la impunidad, especialmente por violaciones masivas cometidas durante el conflicto armado. En ese sentido, la Corte señaló específicamente que los funcionarios mencionados no podían limitar su acción al envío formal de oficios, sino que debían actuar de manera efectiva para propiciar el avance de la investigación³³. Si bien el caso sigue presentando obstáculos, en enero de 2016 el Ministerio Público imputó a cuatro miembros del Ejército por los hechos³⁴.

■
21

Unos años más tarde, la Corte IDH observó que la supervisión de doce sentencias emitidas contra Guatemala por graves violaciones de derechos humanos presentaban obstáculos estructurales similares que impedían el avance en la investigación y sanción de los hechos. Entre ellos, el limitado acceso a información clave de instituciones militares sobre los responsables, la aplicación de eximentes de responsabilidad, la inexecución de órdenes de captura contra los acusados, el uso de recursos judiciales para dilatar los procesos, la falta de líneas lógicas de investigación, hostigamientos contra

31 Corte IDH. Caso *Molina Theissen vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 16 de noviembre del 2009, párrs. 25 y 26.

32 *Ibid*, párr. 32.

33 *Ibid*, párr. 33.

34 Prensa Libre, "Molina Theissen: MP imputa delitos a cuatro militares", 11 de enero del 2016. Disponible en: <http://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/molina-theissen---militares-podrian-declarar-hoy>.

operadores judiciales, y otros. En el 2015, la Corte IDH emitió una detallada resolución en la que abordó cada uno de dichos obstáculos y reiteró jurisprudencia clave que las autoridades internas deben aplicar para superarlos³⁵. El Tribunal ordenó que Guatemala tomara medidas y estrategias concretas dirigidas a superar dichos obstáculos a la mayor brevedad³⁶.

Uno de los aportes más significativos del Sistema Interamericano que refuerzan la capacidad de actuación de la Administración de Justicia consiste en el reconocimiento del derecho de las víctimas a participar en los procesos penales vinculados a graves violaciones de derechos humanos. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte IDH afirma que las víctimas, “deben tener amplias oportunidades para participar y ser escuchados, tanto en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, como en la búsqueda de una justa compensación”³⁷.

Para culminar, una de las estrategias más interesantes de respaldo, guía y capacidad de irradiación del impacto en la relación del SIDH con la Administración de Justicia a nivel local, se ha dado a través de la teoría del control de convencionalidad. Desde el caso *Almonacid Arellano*, la Corte ha reiterado la obligación que asiste a las autoridades judiciales, que forman parte del aparato del Estado, de velar por la correcta aplicación de las disposiciones de la CADH³⁸.

35 Corte IDH. 12 Casos Guatemaltecos. Supervisión de cumplimiento de sentencias respecto de la obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Resolución de la Corte IDH de 24 de noviembre del 2015.

36 *Ibid*, párr. 122 y punto resolutivo 2.

37 Corte IDH. Caso de la *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 219. Citado en De Leon, Gisela; Krsticevic, Viviana; Obando, Luis, “Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos”, CEJIL, 2010., pág. 107. Corte IDH. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero del 2011. Serie C No. 221, párrs. 255 y 256.

38 “(...) cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente

La doctrina del control de convencionalidad permite por una parte allanar algunas de las dificultades para la ejecución de sentencias relacionadas con factores técnico jurídicos que dificultan la ejecución de las decisiones. Asimismo, permiten a la Administración de Justicia respaldarse en la comunidad interamericana y en la Corte IDH frente a las decisiones que deben tomar y que en ocasiones generan tensiones con grupos de poder de hecho o son contra mayoritarias.

5. Medidas que desarrollan institucionalidad

Ahora bien, las decisiones del SIDH también pueden ser promotoras de la creación de organismos, dentro del Estado, que asistan no sólo con el cumplimiento de las decisiones sino con la resolución de retos en materia de derechos humanos, que afectan a un número mayor de personas que aquéllas acreditadas como víctimas en el caso concreto. De ese modo, los órganos interamericanos pueden exigir institucionalidad para el cumplimiento de medidas específicas, como la creación de mecanismos de seguimiento, la adopción de leyes o creación de instituciones, entre otras. A su vez, los propios Estados tienen la posibilidad de crear o desarrollar instituciones que permiten la ejecución de decisiones que dependen de la Administración de Justicia o que fortalecen su capacidad de actuación de manera general.

En este sentido, la Corte IDH ordenó la creación de un Mecanismo Oficial de Seguimiento de la Sentencia en el caso Mapiripán³⁹, que incluyó representantes de nueve dependencias estatales colombianas, así como las víctimas y sus representantes y la CIDH⁴⁰. De manera similar en el caso Gelman, el Estado uruguayo creó, por iniciativa propia, una Comisión Interministerial con el objeto de, “definir las políticas tendientes a esclarecer las desapariciones forzadas y los homicidios ocurridos en

el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre del 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

39 Corte IDH. Caso *de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre del 2005. Serie C No. 134, punto resolutivo noveno.

40 Corte IDH. Caso *de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Supervisión de cumplimiento. Resolución de la Corte IDH de 8 de julio del 2009, párr. 14.

iguales circunstancias durante la dictadura militar (...), y crear una base de datos unificada de detenidos desaparecidos⁴¹. Otro ejemplo, esta vez en Argentina, consiste en el establecimiento de una comisión investigadora y un tribunal arbitral en el caso Garrido Baigorria, tras la emisión de la sentencia por la Corte IDH.

De igual modo, otras medidas han supuesto la creación de programas o políticas públicas que favorecen a un número más amplio de personas que aquéllas acreditadas como víctimas en el proceso internacional y que a su vez permiten avanzar en los procesos judiciales en el ámbito local. De ese modo, tanto en Guatemala como en El Salvador, los familiares de niños/as desaparecidos/as pueden beneficiarse de la creación de bancos de datos en virtud de las sentencias emitidas en los casos Molina Theissen y Hermanas Serrano⁴². Igualmente, la situación de las personas detenidas en Honduras debe estar recogida en un registro único de detenidos, conforme a la decisión de la Corte IDH en el caso Juan Humberto Sánchez⁴³. De manera más reciente, las mujeres en Guatemala se beneficiarán de la implementación de lo ordenado por la Corte IDH en los casos Velásquez Paiz y Veliz Franco, para que el Estado adopte jurisdicciones especializadas para investigar y sancionar violencia de género, así como el desarrollo de un programa nacional de búsqueda de mujeres desaparecidas⁴⁴.

Por otro lado, más allá de las medidas ordenadas por los órganos del SIDH, una estrategia que sin duda puede ayudar a avanzar en la implementación de las decisiones, ha sido la adopción por parte de los Estados de leyes y mecanismos de coordinación para la ejecución de decisiones o la atribución de competencias para garantizar su efectividad. Esto se ha dado mediante la adopción de políticas de carácter general de coordinación entre Estado y SIDH, como los ca-

41 Corte IDH. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento. Resolución de la Corte IDH de 20 de marzo del 2013, párr. 23.

42 Corte IDH. Caso *Molina Theissen vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de Jjlio del 2004. Serie C No. 108, párr. 91; Caso *de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo del 2005. Serie C No. 120, párr. 193.

43 Corte IDH. Caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio del 2003. Serie C No. 99, párr. 189.

44 Corte IDH. Caso *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307, párrs. 257 y 266.

sos de Perú, México y Guatemala, para la designación de autoridades encargadas de la implementación, como en Ecuador y Paraguay, o la creación de comisiones de implementación en casos concretos, como en Brasil y Colombia, entre otros⁴⁵.

Una medida adicional para la generación de institucionalidad o procedimientos para mejorar la ejecución de decisiones se da en el propio ámbito internacional, donde tanto a nivel de los órganos políticos de la OEA como de los órganos del SIDH, se pueden impulsar etapas para generar la supervisión periódica de decisiones interamericanas. Ejemplo de ello son los desarrollos diferenciados de etapas de monitoreo del cumplimiento de las decisiones de la CIDH y la Corte a través de prácticas y desarrollos reglamentarios.

6. Conclusión

En suma, hemos analizado algunos aspectos de la relación entre la justicia internacional y la nacional que permiten establecer una hoja de ruta para contribuir a superar el déficit de cumplimiento de las órdenes del sistema frente a la Administración de Justicia local. Como se evidencia más arriba, la ejecución de las medidas reparatorias establecidas a nivel interamericano, que vinculan a la Administración de Justicia, pueden

45 Por ejemplo, la Ley no. 288/96, en Colombia, establece un procedimiento que hace efectivo el pago de indemnizaciones compensatorias de las víctimas de violaciones de derechos humanos; Ley no. 27.775/01 en el Perú, establece de modo expreso el carácter vinculante, definitivo y ejecutivo de las decisiones y remite a la ley sobre ejecución de sentencias supranacionales el procedimiento para el cumplimiento. México, por su parte, estableció en el 2003 la Comisión de Política Gubernamental en Materia de Derechos Humanos, a fin de coordinar las acciones que lleven a cabo a nivel nacional e internacional, las distintas dependencias y entidades de la Administración Pública Federal en materia de política de derechos humanos, para fortalecer la promoción y defensa de estos derechos. Ecuador aprobó el Decreto 13/7 de 9 de septiembre del 2008, por el que se confiere al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos la responsabilidad de la ejecución de las decisiones internacionales. Por su parte, Paraguay aprobó el Decreto 2.290, de 19 de junio del 2009, por el cual se crea e integra la red de derechos humanos del Poder Ejecutivo, coordinada por el Viceministro de Justicia y Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Trabajo. Para un análisis más detallado sobre la creación y objetivos de dichas iniciativas en cada Estado, ver "Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano", CEJIL, 2007, págs. 84 a 91.

pasar por acciones, estándares, medidas o procedimientos que van más allá de la implementación de la orden directa en un caso concreto de “investigar y castigar a los responsables”, que se repite en buena parte de las sentencias dado el tipo de casos resueltos. Entre ellas, destacamos aquéllas medidas destinadas a incrementar los niveles de autoridad y legitimidad del SIDH; las que tienen como propósito superar dificultades jurídicas o procesales ligadas al cumplimiento de las decisiones o el allanamiento de obstáculos generados por factores de hecho; y el desarrollo o fortalecimiento de mecanismos nacionales o internacionales destinados a garantizar algún aspecto de la ejecución de las resoluciones vinculadas a la Administración de Justicia.

Una ventaja del abordaje propuesto es que permite analizar diferentes facetas del afianzamiento de la relación con la justicia, en un diálogo necesario para mejorar la eficacia del SIDH. Asimismo, permite enfocar esfuerzos, teniendo en cuenta las posibilidades diferenciadas de acción del SIDH y el nivel nacional, generadas por razones históricas, institucionales, políticas o por los ámbitos de actuación.

■
26

Ciertamente, el éxito o fracaso de la actuación de la justicia es de la mayor relevancia para las víctimas, que están en el centro de la protección nacional e internacional. Las falencias o avances en la justicia no sólo tienen un impacto individual, sino que tienen consecuencias para la democracia, por su efecto en la garantía colectiva de los derechos, en la igualdad y en la institucionalidad.

DERECHO PENAL INTERNACIONAL POR OTROS MEDIOS: LA JURISDICCIÓN CUASIPENAL DE LOS ÓRGANOS DE DERECHOS HUMANOS

*Alexandra Huneus**

1. Introducción

Desde el fin de la Guerra Fría, la comunidad internacional ha creado una variedad de instituciones legales, con el fin de intervenir cuando los sistemas judiciales estatales fallan en el procesamiento de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Los tribunales *ad hoc*, tribunales híbridos, la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) y el uso de jurisdicción extraterritorial por parte de tribunales nacionales, son parte de los mecanismos utilizados para perseguir estos crímenes. En el debate académico, sin embargo, se han pasado por alto los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, que han comenzado a ordenar y supervisar procesos penales nacionales cuando los Estados no han podido, o no han querido, iniciarlos *motu proprio*. En particular, ha sido la Corte IDH la que ha considerado como parte principal de su agenda la persecución de crímenes de lesa humanidad cometidos por los Estados. La Corte Interamericana no es, técnicamente, una corte penal, pero un desarrollo progresivo de sus potestades le ha permitido ordenar a los Estados miembro la investigación, el procesamiento y el castigo de personas responsables de hechos constitutivos de crímenes contra la humanidad. La Corte IDH también ha realizado otro giro interpretativo de sus facultades para supervisar la implementación de estas órdenes por parte de los Estados miembro, emitiendo resoluciones de cumplimiento de sentencias, que también aspiran a modificar los

■
27

* Alexandra Huneus es profesora asociada de Derecho en la Universidad de Wisconsin desde el año 2007. Con anterioridad, la Dra. Huneus fue *fellow* en el Centro para la Democracia, el Desarrollo y el Estado de Derecho de la Universidad de Stanford. Recibió su Ph.D. y J.D. de la Universidad de California, Berkeley. Este artículo es un resumen de "International Criminal Law by Other Means" 107 *American Journal of International Law* 1 (2013). La autora agradece al traductor y a Tatiana Alfonso por su apoyo técnico y teórico.

ordenamientos internos hacia unos más progresivos y acordes con los estándares creados por el propio SIDH.

La Corte IDH no está sola en su incursión en materia de persecución criminal. La CIDH, el Consejo de Europa, a través de su Comité de Ministros, y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas también exhortan a los Estados a perseguir crímenes de esta naturaleza y monitorean el cumplimiento de estas órdenes. Este sistema jurisdiccional es, sin embargo, bastante distinto de los modelos clásicos implementados por las cortes penales internacionales y las cortes penales híbridas. En este sentido, mientras las primeras ejercen la labor procesal-penal de manera directa, los sistemas regionales delegan esta obligación al sistema judicial interno de los Estados parte, permitiéndoles ejercer su potestad penal y monitoreando el trabajo, detenidamente, pero desde lejos, así como ejerciendo presión mediante la emisión de resoluciones de cumplimiento sobre la ejecución de las sentencias y la celebración de audiencias especiales. Los sistemas regionales son más deferentes a los Estados parte, aunque inevitablemente, también son más lentos, pero cuentan con importantes ventajas, como la posibilidad de unir fines de justicia restaurativa y aquella centrada en las víctimas con fines de reparación global en las sociedades afectadas. También es el Estado, y no la comunidad internacional, el que costea el proceso. Este mecanismo de jurisdicción, el método por el cual los órganos regionales delegan el proceso a los sistemas internos pero mantienen el poder de monitorear e influenciar el resultado de éstos, es lo que denominamos en este estudio sistemas internacionales cuasipenales.

Un análisis empírico de la jurisdicción cuasipenal de la Corte IDH nos revela que ésta tiende a cumplir, a veces, los mismos fines que las cortes penales internacionales: la fiscalización, investigación, procesamiento y castigo de los responsables de crímenes contra la humanidad. El argumento central de este trabajo no es, sin embargo, que la Corte IDH funciona como un órgano penal sino que: a) los sistemas regionales de protección de los derechos humanos pueden y, más específicamente, están cumpliendo con los fines para los que fueron creadas las cortes penales internacionales; y que, b) la labor de jurisdicción cuasipenal desarrollada por estos órganos regionales debe ser considerada como un complemento y,

en ciertas ocasiones, una alternativa, a la justicia penal internacional directa (como la ejercida por la CPI) o híbrida (como la Cámara Extraordinaria en las Cortes de Camboya).

2. La jurisdicción cuasipenal de los órganos de derechos humanos

a. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

Los primeros dos casos contenciosos en llegar a la Corte IDH trataron sobre desapariciones forzadas. En cada uno de éstos, la Corte declaró violado el artículo 1(1) de la CADH, por el que los Estados se obligan a garantizar los derechos del Tratado así como a investigar y castigar las violaciones al mismo. En 1996, en el caso *El Amparo vs. Venezuela*, la Corte IDH comenzó a incluir en la sección operativa de las medidas de reparación, la obligación del Estado de investigar y castigar el crimen subyacente en el caso. En vez de dejar al arbitrio del Estado la manera en la cual éste garantizaría la no repetición de los crímenes, la Corte exigió el cumplimiento de ciertas acciones específicas y es desde entonces que ésta ha decretado la acción procesal penal como remedio en la mayoría de sus decisiones. La Corte ha señalado que el Estado tiene el “deber de castigar” a los individuos responsables de las violaciones a la CADH y, si bien el foco estuvo desde un comienzo puesto en la protección de derechos como el debido proceso, la doctrina ha ido moviéndose progresivamente hacia el derecho que asiste a las víctimas de que las violaciones se investiguen y castiguen (caso *Trujillo-Orozco vs. Bolivia*, caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, caso *Cesti-Hurtado vs. Perú* y caso *Myrna Mack-Chang vs. Guatemala*, entre muchos otros).

En el caso *Myrna Mack vs. Guatemala*, por ejemplo, la Corte IDH ordenó al Estado conducir una investigación penal sobre la ejecución extrajudicial que formaba la base del caso. El Tribunal, luego de relatar los pasos (inadecuados) seguidos por el Estado en el proceso, especificó el nuevo rumbo que la investigación y el proceso debían seguir: investigar, juzgar y castigar no sólo a todos los autores materiales, sino también a los intelectuales, buscando responsabilidades más allá del único culpable que se encontraba en prisión. La Corte también ordenó al Estado procesar y castigar el encubrimiento y obstrucción de las investigaciones, informar a la sociedad sobre lo sucedido y que los resultados de toda investigación fueran públicos. Fi-

nalmente la Corte IDH le ordenó al Estado remover todo y cualquier obstáculo que no permitiera un enjuiciamiento exitoso, incluyendo leyes de amnistía, prescripción, *res judicata* y trabas procesales, así como también garantizar la seguridad de jueces, testigos, peritos, fiscales, víctimas y familiares⁴⁶.

Este desarrollo progresivo ha despertado, por otra parte, ciertas dudas en el sentido que se cuestiona si la Corte IDH está buscando justicia y el cumplimiento de los derechos de las víctimas, a expensas del debido proceso, al priorizar los derechos de las víctimas sobre los derechos procesales de los acusados, en casos de graves violaciones de derechos humanos. Este cuestionamiento es particularmente poderoso cuando se trata del juzgamiento de crímenes que no son de lesa humanidad ni constituyen un delito internacional.

Es en la etapa posterior a estas órdenes de investigar donde se puede ver la segunda dimensión de la jurisdicción cuasipenal ejercida por la Corte IDH: la supervisión (o monitoreo) de los procesos nacionales. Si bien se tiende a pensar que los casos terminan con la emisión de una sentencia, en el SIDH la sentencia marca el momento en que la Corte comienza un proceso de supervisión del cumplimiento de sus decisiones. La Corte ejerce así un control sobre el actuar de los Estados declarados culpables para cumplir con las reparaciones ordenadas. Esta supervisión ha ganado importancia en los últimos años, al irse transformando en resoluciones emitidas por la Corte IDH, las cuales son mucho más densas y detalladas, y en las que el Tribunal constata el avance de cumplimiento de sus fallos, que ordenan cambios sustantivos y procesales en los sistemas internos (un buen ejemplo se puede encontrar en las resoluciones de cumplimiento del caso *Masacre de La Rochela vs. Colombia*)⁴⁷.

Si bien la Corte IDH no es una corte penal, en la supervisión de la ejecución de sus sentencias establece órdenes y parámetros específi-

46 Corte IDH. Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre del 2003. Serie C No. 101, párrs. 272-277.

47 Corte IDH. Caso *Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Supervisión Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 31 de agosto del 2015; Resolución del Presidente de la Corte IDH de 8 de febrero del 2012; Resolución de la Corte IDH de 26 de agosto del 2010.

cos a los Estados sobre cómo deben acercarse a los procesos penales, sugiere individuos que deben ser cuestionados, esboza hipótesis investigativas a explorar y establece guías sobre cómo las violaciones deben ser investigadas. Es ésta la dimensión que la transforma en un sistema internacional cuasipenal. Otra particularidad es que, si bien los casos que llegan al SIDH requieren un juzgamiento retrospectivo de las actuaciones internas, es decir, el análisis del proceso cuando las violaciones ocurrieron, la supervisión cuasicriminal le entrega a la Corte CIDH la potestad de analizar el cumplimiento del fallo mientras el mismo se ejecuta en tiempo presente. Es en este sentido que la etapa de supervisión se transforma en un verdadero proceso paralelo, en el cual se pueden evaluar los avances reales en materia de investigación, juzgamiento y castigo. Una tercera característica de esta etapa es que se produce una relación de diálogo entre el Estado, la Corte IDH, las víctimas y la sociedad civil. Esta relación hace que las medidas se implementen desde dentro del Estado, lo que a su vez establece la posibilidad de un cumplimiento más cabal de la sentencia.

b. La jurisdicción cuasipenal en acción

■
31

¿Qué ha logrado la Corte IDH a través del uso de su jurisdicción cuasipenal? Ningún Estado ha cumplido completamente con un fallo que le ordene procesar y castigar a personas que han cometido un delito internacional (el que más se ha acercado es Perú, en el proceso de cumplimiento de la sentencia del caso *Castillo Páez*, aunque permanece pendiente de cumplimiento por parte del Estado la orden de esclarecer el paradero y ubicar los restos mortales de la víctima). Sin embargo, esto no significa que los Estados se hayan mantenido inertes frente a la nueva realidad jurídico-internacional que crean tanto las sentencias como los mecanismos de monitoreo posteriores a ellas, que enmarcan las dos dimensiones de la jurisdicción cuasipenal.

A continuación, analizaremos brevemente la manera en la cual este sistema internacional de responsabilidad ha afectado la realidad en los Estados miembro, en base a sentencias penales emitidas por autoridades nacionales tras la emisión de fallos de la Corte IDH. Al respecto, este estudio se basa en el análisis empírico de una base de datos que incluye 143 sentencias y 230 resoluciones de supervisión de cumplimiento emitidas por la Corte IDH, entre 1996 y 2012.

Sentencias procesales

A junio del 2012, existían un total de 51 casos contenciosos en los cuales: a) la Corte IDH había ordenado al Estado conducir una investigación criminal; b) la violación subyacente a la CADH también podía ser definida como un delito internacional; y c) la Corte había emitido al menos una resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia. Si bien es cierto que todos estos casos contienen violaciones muy distintas y tienen como parte a Estados diferentes, podemos encontrar un elemento común entre todos ellos: en cada caso, la investigación penal por parte del Estado respecto a la violación alegada había sido negligente o inexistente. En algunos casos, el proceso nunca había avanzado más allá de sus etapas iniciales y nadie había sido acusado años después del crimen. En otros, trabas procesales, como leyes de amnistía y estatutos de prescripción, habían imposibilitado sancionar a los responsables. En un tercer grupo, los autores intelectuales de los crímenes no habían sido ni siquiera investigados, mientras sólo un pequeño número de los autores materiales estaban en la cárcel.

■
32

Las resoluciones de supervisión de cumplimiento monitorean el progreso de los sistemas judiciales internos respecto a la ejecución de los fallos de la Corte IDH. Estas decisiones revelan que en 24 de los 51 casos ha habido poco o ningún avance en la persecución penal de los responsables desde que se falló la materia. De los 51 casos, en 18 ha habido algún avance: se han eliminado, ciertas trabas penales o se ha permitido una investigación más completa de los hechos. Finalmente, en 9 de los 51 casos analizados, el camino a una persecución penal de los crímenes se ha librado de toda traba procedimental, se han modificado leyes de amnistías, se han formulado acusaciones, y jueces y fiscales han tratado de resolver el caso de manera real y razonable. El estudio de las resoluciones de cumplimiento de la Corte IDH también evidencia que, en los 51 casos, han existido al menos 39 condenas que han surgido de 15 casos distintos. Estas condenas han ocurrido después de los fallos respectivos en sede internacional (Ver tabla 1).

Sin duda, estos datos empíricos demuestran que el sistema regional de derechos humanos se mueve de manera lenta, pero también nos permiten hacer una comparación con el trabajo de las cortes penales internacionales.

La CPI inició su trabajo en el año 2002, que es la fecha aproximadamente en la que la Corte IDH comenzó a ejercer su potestad de moni-

toreo con más frecuencia. En su primera década de funcionamiento, la CPI logró emitir sentencias en sólo uno de sus casos. El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (en adelante TPIY) comenzó sus funciones en la misma época en la que la Corte IDH empezó a emitir órdenes a los Estados para perseguir violaciones iniciando casos penales. En sus primeros 28 años de trabajo, el TPIY sentenció a 64 criminales de alto rango. Esta comparación es particularmente impactante cuando comparamos los presupuestos de cada órgano. Tanto la CPI como el TPIY gastan aproximadamente \$150 millones al año, mientras la Corte IDH tiene un presupuesto anual que oscila en los \$5 millones. Sin duda se puede decir que la Corte IDH traspasa los costos operacionales a los países miembro, al ser ellos los que deben cumplir la orden de investigar y procesar. Esto es consistente con la preferencia de la comunidad internacional de que dichos costos sean asumidos a nivel nacional.

3. La jurisdicción cuasipenal y las cortes penales internacionales

Técnicamente las cortes penales internacionales tienen como fin último la investigación de crímenes, el procesamiento de los acusados y el castigo de los más responsables. No obstante, en realidad, estos órganos persiguen objetivos muchísimo más complejos que éstos. Estas cortes no buscan sólo castigar a personas particulares, sino que también asisten a sociedades enteras a poder retornar a la paz, la estabilidad y el Estado de derecho. Las cortes internacionales también sirven para demostrar que la comunidad internacional no permitirá ni tolerará ciertos crímenes contra la humanidad, para prevenir futuras violaciones mediante la disuasión de estos delitos, para ayudar a las víctimas a recuperar su dignidad y para agregar densidad normativa al derecho internacional de los derechos humanos, con miras al futuro.

Ningún órgano ni institución puede pretender lograr todos estos objetivos de manera aislada. En realidad, existen en el concierto internacional diversos tipos de jurisdicción penal internacional y cada uno de estos diseños institucionales cuenta con sus beneficios y desventajas particulares. Estos mecanismos no están diseñados para competir sino que deben coexistir e interactuar, unos con otros, y con los sistemas internos de justicia. Si bien existen más de tres tipos de jurisdicción internacional, es posible dividirlos en al menos tres grupos: la jurisdicción penal internacional directa, los sistemas híbridos y los sistemas cuasipenales.

a. Una tipología de las jurisdicciones transnacionales

Jurisdicción penal directa

El primer sistema jurisdiccional es aquél bajo el cual una autoridad legal abre unilateralmente un proceso judicial desde el exterior, con o sin consentimiento del Estado en el que ocurrieron los hechos. La CPI y el TIPY ejemplifican este tipo de acción directa. Si el tribunal ad hoc reclama para sí un caso, las cortes nacionales deben entregar la jurisdicción. Es por esto que los sistemas penales nacionales son vistos como auxiliares de justicia, con el deber de asistir en las labores judiciales únicamente cuando ello es ordenado desde el tribunal internacional (y generalmente desde fuera del país).

Jurisdicción penal híbrida

El segundo sistema jurisdiccional es de relación híbrida, entre actores nacionales e internacionales que actúan como socios en la persecución penal. La autoridad de estos mecanismos está engranada en el consentimiento del Estado afectado para la persecución de los criminales, in situ, con una participación importante de los tribunales de justicia nacionales. En estos sistemas de origen mixto, tanto el aparato institucional como la ley aplicable son una mezcla de carácter internacional y local. Estas instituciones están comandadas por actores nacionales e internacionales, ocupan derecho nacional e internacional y el costo del proceso es asumido entre ambas partes. Como ejemplos de este tipo de jurisdicción se incluyen el Tribunal Especial para Sierra Leona y el Tribunal para el Genocidio Camboyano.

Jurisdicción cuasipenal

Los dos sistemas internacionales explicados arriba son altamente conocidos para académicos de derecho penal internacional. En uno, el ordenamiento interno de los países cumple un rol de mero ente auxiliador mientras el órgano internacional toma el control total del proceso. En el otro, la comunidad internacional trabaja codo a codo con el sistema interno del país parte. Los méritos relativos a cada uno de estos sistemas han creado un fuerte debate académico respecto a cómo fusionar las mejores características de cada uno en un ente único.

Frente a esta discusión, este estudio defiende que hay un tercer tipo de relación entre la comunidad internacional y las cortes nacionales en materia penal: la jurisdicción cuasipenal. En este sistema, la obligación de conducir la persecución y el juicio recae únicamente en el sistema nacional de justicia. El sistema interno es el máximo protagonista. Sin embargo, es el sistema internacional el que decreta y luego monitorea que el proceso de persecución penal cumpla con los estándares internacionales. Como en el sistema híbrido, todo el proceso se lleva a cabo dentro de la nación y el sistema interno juega un rol preponderante. Como en el sistema directo, los tribunales internacionales se erigen geográfica y jerárquicamente distantes del proceso local. En contraste a ambos, el órgano internacional no ejecuta actos procesales propios, sino que los monitorea desde la distancia.

La relación Corte-Estado descrita para esta jurisdicción es una de complementariedad proactiva, que ciertos académicos han propugnado que adopte la CPI. Dentro de la doctrina de complementariedad, la CPI sólo puede abrir procesos una vez comprobado que el Estado parte no ha podido, o no ha querido hacerlo. La complementariedad fue pensada como un sistema de deferencia a la soberanía nacional, pero su contrapartida es que pone a la Oficina de la Fiscal en la obligación de supervisar si los procesos nacionales están ocurriendo e incluso, de manera más intrusiva, si están cumpliendo con estándares vagamente articulados. Académicos en todo el mundo, incluyendo el mismo Luis Moreno Ocampo, exfiscal de la CPI, han argumentado que la CPI debería interpretar la doctrina de complementariedad de manera que le permita presionar proactivamente a los Estados parte a cumplir con sus obligaciones de perseguir los crímenes, con la amenaza de que, de no hacerlo, la Corte se hará cargo de los casos. Bajo esta visión proactiva, la Oficina de la Fiscal revisa decisiones judiciales específicas y presiona para que se cumplan ciertos estándares básicos en la materia. Así ha trabajado la Oficina de la Fiscal en Colombia y Uganda, entre otros países.

La jurisdicción cuasipenal no está, sin embargo, restringida a cortes internacionales. De hecho, este sistema podría ser adoptado por órganos internacionales como la CIDH, el Consejo de Europa o el Comité de Ministros (del Consejo de Europa). Lo importante es que estas instituciones, como lo ha hecho la Corte IDH, apliquen esta jurisdicción en sus dos dimensiones, es decir, no sólo ordenando la investigación y persecución de delitos, sino también monitoreando las respuestas a estos

fallos, por parte de los Estados, durante años e incluso décadas. Este diálogo tiene gran importancia para fines que van más allá del encarcelamiento de los responsables, como lo son el aprendizaje institucional y la justicia retributiva a las víctimas.

b. Comparando sistemas jurisdiccionales (Tabla 2)

La virtud de la persecución local

En paralelo, los sistemas híbridos y cuasipenales tienen como característica común que los juicios se llevan a cabo in situ. Sin embargo, esto no significa que sean iguales, ya que, de hecho, los sistemas cuasipenales son locales en una dimensión más amplia que los híbridos. La localidad a la que estos sistemas apela no es sólo regional en un sentido geográfico, sino que también se refiere al uso de leyes locales, sistemas internos y actores nacionales.

Estudios realizados sobre los tribunales ad hoc han demostrado que la justicia que imparten es mucho menos enriquecedora para la comunidad afectada y en muchos casos se siente como una imposición de potencias extranjeras. Por el contrario, los procesos locales pueden ser vistos, entendidos y discutidos de manera más simple por la comunidad local, lo que hace que sus fallos sean materialmente más significativos que los fallos provenientes de cortes que están en el extranjero. Esto es así, no sólo si uno compara sistemas directos con híbridos/cuasipenales, sino también si uno compara éstos últimos. Bajo los sistemas cuasipenales todo el aparato judicial nacional entra en acción y las leyes locales son invocadas de manera exclusiva. Si bien es cierto que el ordenamiento interno está siendo “presionado” por una institución supranacional para cumplir con ciertos estándares, el camino lo recorre el sistema judicial interno de manera autónoma, aunque monitoreada desde fuera.

La persecución local también tiene otras dos características vitales. En primer lugar, el efecto pedagógico de tener que adecuar el sistema judicial interno a estándares internacionales es mucho mayor, de modo que actores locales, como jueces, fiscales o políticos, deben estudiar y aprender el sistema internacional y aplicarlo en casa. En segundo lugar, el costo es muchísimo menor para la comunidad internacional. De ese modo, mientras bajo la jurisdicción directa el costo recae únicamente en el organismo internacional, los juicios ordenados por la jurisdicción

cuasicriminal recaen en el Estado parte (Tabla 3).

La virtud de la autonomía del Estado

Una especial virtud de los sistemas híbridos es que unen a actores nacionales e internacionales en un mismo proceso. Sin embargo, también existe una ventaja en dejar a estos actores actuar por separado: mayor autonomía estatal. Usando un sistema de jurisdicción directa, el Consejo de Seguridad de la ONU puede imponer un tribunal en un Estado que nunca ha aceptado tal intervención.

Estos sistemas directos tienen la particular ventaja de garantizar mayor coherencia en los estándares desarrollados y aplicados y de contribuir al sistema internacional de protección de derechos humanos, mientras los sistemas híbridos difícilmente crean normas que podrán ser aplicadas de nuevo. Los sistemas cuasipenales también tienen la ventaja, como los directos, de crear un corpus juris más coherente, ya que el mismo tribunal internacional participa en crear estándares a través de su jurisdicción.

La virtud de la asistencia internacional directa

Una característica distintiva de los sistemas cuasipenales es que éstos involucran legalmente a la comunidad internacional en la búsqueda de justicia en materia de violaciones de derechos humanos, sin participación directa en el procedimiento. Sin embargo, en ocasiones la comunidad internacional quiere involucrarse directamente, “ensuciarse las manos”, para buscar una solución más rápida, potente o de un mayor perfil frente a violaciones particularmente terribles.

Los sistemas cuasipenales son, por definición, lentos. Esto no significa que los sistemas penales de jurisdicción directa sean especialmente rápidos o concretos, pero sí es cierto que a veces ejercen su jurisdicción de una manera más poderosa, lo cual también eleva el perfil de la respuesta de la comunidad internacional. En este sentido, los sistemas cuasipenales obligan a los Estados a hacerse cargo de sus propios procesos, y si bien eso tiene numerosos beneficios a nivel local, a veces se requiere una participación internacional más fuerte atendiendo las características particulares de los crímenes investigados. Es en estos casos cuando los beneficios más evidentes de una intervención directa pueden ser apreciados.

Con base en lo anterior, podemos ver cómo cada sistema tiene sus ca-

racterísticas propias y cómo cada uno de ellos puede servir para solucionar mejor problemas específicos en momentos particulares. La tabla 3 resume las características de cada sistema.

4. Conclusión

Existe la preocupación de que las cortes penales internacionales no sean eficientes y a menudo se escucha la crítica respecto a que la CPI, en particular, sólo se ha enfocado en naciones africanas. Este trabajo evidencia que existe una forma alternativa de intervención judicial en casos de graves atrocidades: la jurisdicción cuasipenal ejercida por los órganos de protección de derechos humanos. Sus dos elementos particulares más destacables, en comparación con los otros sistemas, son que es un sistema más barato y que cuenta con una fuerte dosis de legitimidad local. Hemos argumentado que este sistema jurisdiccional está siendo aplicado con resultados positivos por la Corte IDH. En ese sentido, este trabajo es descriptivo, en la medida en que busca demostrar un fenómeno actual y darle un nombre. Pero el artículo también tiene un objetivo normativo: la jurisdicción cuasipenal es un sistema que debe ser considerado como una alternativa y un complemento a mecanismos existentes para la búsqueda de responsabilidad penal por graves violaciones de derechos humanos.

Tablas:

Tabla 1: Condenas posteriores a órdenes de la Corte IDH de investigar y castigar

Nombre y año de emisión de la sentencia	Condenas emitidas por sistemas judiciales nacionales desde emisión de sentencia internacional (hasta junio de 2012⁴⁸)
<i>Barrios Altos vs. Perú (2001)</i>	1 condena (en el caso de una masacre) ⁴⁹
<i>Blake vs. Guatemala (1999)</i>	1 condena por desaparición forzada y asesinato ⁵⁰
<i>Castillo Páez vs. Perú (1998)</i>	4 condenas por crímenes contra la humanidad (en caso de desaparición forzada) ⁵¹
<i>Escué Zapata vs. Colombia (2007)</i>	2 condenas por homicidio (en caso de ejecuciones extrajudiciales por agentes del Estado) ⁵²
<i>Goiburú y otros vs. Paraguay (2006)</i>	5 condenas (en casos de desaparición forzada) ⁵³
<i>La Cantuta vs. Perú (2006)</i>	4 condenas (en casos de asesinatos y desaparición forzada) ⁵⁴
<i>Las Palmeras vs. Colombia (2002)</i>	3 condenas por homicidios agravados (en casos de ejecuciones extrajudiciales de civiles por agentes de la policía o el ejército) ⁵⁵
<i>Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia (2010)</i>	2 condenas por homicidios agravados (en caso de asesinato de civil por miembros de la policía o el ejército) ⁵⁶
<i>Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala (2009)</i>	3 condenas por asesinatos (en caso sobre una masacre) ⁵⁷

<i>Masacre de Mapiripán vs. Colombia (2005)*</i>	6 condenas (en caso sobre una masacre) ⁵⁸
<i>Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia (2006)</i>	2 condenas (en caso sobre una masacre) ⁵⁹
<i>Masacre de La Rochela vs. Colombia (2007)</i>	2 condenas (en caso sobre una masacre) ⁶⁰
<i>Myrna Mack Chang vs. Guatemala (2003)</i>	1 condena por asesinato ⁶¹
<i>Servellón García y Otros vs. Honduras (2006)</i>	2 condenas por desaparición forzada o asesinato (en caso de asesinatos de civiles por miembros de la policía o el ejército) ⁶²
<i>Valle Jaramillo y Otros vs. Colombia (2008)</i>	1 condena por homicidio (en caso de asesinato de civil por miembros de la policía o el ejército) ⁶³
<i>Total de Casos: 15</i>	<i>Total de Condenas: 39</i>

48 La información recogida en la tabla está sistematizada sólo hasta junio de 2012. Desde entonces, en los casos estudiados ha habido algunos avances importantes en materia de persecución y sanción penal a los responsables de las violaciones.

49 Corte IDH. Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Presidenta de la Corte IDH de 7 de diciembre del 2009.

50 Corte IDH. Caso *Blake vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 27 de noviembre del 2003.

51 Corte IDH. Caso *Castillo Páez vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 3 de abril del 2009.

52 Corte IDH. Caso *Escué-Zapata vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 21 de febrero del 2011. En este caso, tres personas fueron condenadas en 2008. Sin embargo, una de ellas fue absuelta posteriormente en apelación (por tanto no está incluida condena).

- 53 La Corte Suprema de Paraguay emitió sentencias finales en 2008, aunque cuatro habían sido inicialmente emitidas antes de la decisión de la Corte IDH. Corte IDH. Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 19 de noviembre del 2009. En este caso, la Corte determinó que los procesados habían sido acusados con delitos menos graves a los cometidos, dado que la tortura y la desaparición forzada no estaban tipificados en el Código Penal.
- 54 En este caso, habría una quinta condena, al expresidente Alberto Fujimori. Sin embargo, dado que el mismo también fue condenado en el caso Barrios Altos, no está contada como condena adicional para efectos de esta sistematización. Corte IDH. Caso *La Cantuta vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH del 20 de noviembre de 2009.
- 55 Corte IDH. Caso *Las Palmeras vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 3 de febrero del 2010.
- 56 Corte IDH. Caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 30 de noviembre del 2011.
- 57 Corte IDH. Caso *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 6 de julio del 2011.
- 58 Corte IDH. Caso *de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 8 de julio del 2009. La Corte no especifica por qué delitos fueron finalmente condenados los culpables.
- 59 Corte IDH. Caso *de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 9 de julio del 2009. La Corte no especifica por qué delitos fueron finalmente condenados los culpables.
- 60 Corte IDH. Caso *de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 26 de agosto del 2010. La Corte no especifica por qué delitos fueron finalmente condenados los culpables.
- 61 Corte IDH. Caso *Myrna Mack-Chang vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 12 de septiembre del 2005. Sin embargo, para la fecha, la persona condenada no estaba bajo custodia del Estado, dado que había escapado, por lo que la Corte mantenía abierto el proceso de supervisión y había ordenado al Estado su captura.
- 62 Corte IDH. Caso *Servellón García y Otros vs. Honduras*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 22 de noviembre del 2011.
- 63 Corte IDH. Caso *Valle Jaramillo y Otros vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 21 de diciembre del 2010.

Tabla 2: Comparando sistemas jurisdiccionales

	Jurisdicción Penal Directa	Jurisdicción Penal Híbrida	Jurisdicción Cuasi-Penal
Juicio y Persecución Local * Concienciación local y debate público * Aprendizaje del sistema de justicia local * Menor costo		■	■
Autonomía del Estado Parte * Posibilidad de actuar sin el Estado parte * Se evita fragmentación del derecho	■		■
■ 42 Participación directa de la comunidad internacional * Rapidez * Simboliza compromiso de la comunidad internacional * Mayor concienciación internacional	■	■	

Tabla 3: Nivel de interés internacional en el proceso

		Alto	Bajo
Nivel de interés del estado local en el proceso	Alto	Directo o Híbrido	Híbrido o cuasipenal
	Bajo	Directo	Cuasipenal

LA IMPORTANCIA DE LA JUSTICIA COMO MEDIDA DE REPARACIÓN: LA PERSPECTIVA DE LAS VÍCTIMAS⁶⁴

*Lucrecia Molina Theissen**

1. Introducción

El acato o desacato de un Estado respecto a las decisiones de la Corte y la Comisión Interamericana, van más allá de cumplir o no con una obligación internacional. Tiene consecuencias directas para las víctimas y sus familiares, la sociedad y el Estado de derecho del país en cuestión.

* Socióloga guatemalteca. Hermana de Marco Antonio Molina Theissen.

64 Respecto al concepto de víctima, en el texto se empleará el contenido en los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, aprobado por Resolución 60/147 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 16 de diciembre del 2005 (“Principios y Directrices sobre Reparaciones”). De acuerdo al Principio V:

8. A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.

9. Una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima.

El 6 de octubre de 1981, mi hermano Marco Antonio Molina Theissen fue detenido ilegalmente y desaparecido a los catorce años de edad por agentes de la G2, la inteligencia del Ejército guatemalteco. Su desaparición fue una represalia por la huida de mi hermana Emma del cuartel “Manuel Lisandro Barillas”, tras nueve días de cautiverio ilegal en los que fue objeto de torturas y violaciones sexuales. Desde entonces, he dedicado mi vida —su vida no vivida— a buscarlo, esperarlo y demandar justicia, tres etapas de un recorrido que lleva más de 34 años.

Con esa finalidad, en 1997 y 1998, se interpusieron recursos de hábeas corpus y se abrió un procedimiento especial de averiguación en un tribunal guatemalteco y en la Corte Suprema de Justicia. En septiembre de 1998, CEJIL presentó una petición a la CIDH con la que se inició el litigio ante el SIDH, en 1999, me adherí a la demanda por genocidio presentada por Rigoberta Menchú en la Audiencia Nacional de España y, en nuestro nombre, en razón del mandato recibido para ejecutar el procedimiento especial de averiguación, el Procurador de Derechos Humanos de Guatemala puso una demanda ante el Juzgado Quinto de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente.

■
44

El proceso internacional culminó con la audiencia celebrada por la Corte IDH los días 26 y 27 de abril del 2004 y las sentencias de fondo y reparaciones y costas del 4 de mayo y 3 de julio, respectivamente⁶⁵. 23 años después de ocurridos los hechos, la Corte IDH condenó al Estado por la desaparición forzada de Marco Antonio, que supuso la violación de los siguientes artículos de la CADH, en concordancia con su artículo 1.1 (obligación de respetar los derechos):

- artículo 4 (derecho a la vida);
- artículo 5 (derecho a la integridad personal);
- artículo 7 (derecho a la libertad personal);
- artículo 8 (garantías judiciales);
- artículo 19 (derechos del niño); y
- artículo 25 (protección judicial).

Asimismo, la Corte IDH determinó que Guatemala había violado el Artículo I de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

65 Corte IDH. *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio del 2004. Serie C No. 108; y Fondo. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C No. 106.

Tal como lo habíamos solicitado, la justicia fue una de las reparaciones ordenadas por la Corte al Estado guatemalteco:

82. A la luz de lo anterior, para reparar este aspecto de las violaciones cometidas, el Estado debe investigar efectivamente los hechos del presente caso con el fin de identificar, juzgar y sancionar a los autores materiales e intelectuales de la desaparición forzada de Marco Antonio Molina Theissen. El resultado del proceso deberá ser públicamente divulgado, para que la sociedad guatemalteca conozca la verdad⁶⁶.

Lamentablemente, la recepción de la sentencia y la ejecución de las reparaciones sobre todo las relativas a la verdad y la justicia, que debería ser automática, fue convertida en un proceso lento y tortuoso cuyos avances, en mucho, se debieron a la insistencia de la familia. Tras casi doce años de la emisión de la sentencia de reparaciones, y seis de la resolución de autoejecutabilidad de la Cámara Penal de la CSJ, en enero de 2016 se puso en marcha el procesamiento de cuatro presuntos responsables de los hechos descritos⁶⁷.

2. El contexto

■
45

El dificultoso avance de la justicia —ni pronta ni cumplida en Guatemala—, se debe a factores de carácter estructural, puestos en juego en un proceso histórico en el que el punto de partida es la destrucción del Estado de derecho. Crear y mantener un régimen de impunidad para proteger a los responsables de crímenes de lesa humanidad, como la desaparición forzada y la tortura, requirió sujetar a la institucionalidad de justicia a los poderes fácticos. Aunada a la corrupción, la falta de independencia y autonomía de los tribunales guatemaltecos se ha traducido en acciones discriminatorias y violadoras del derecho de acceso a la justicia de las mayorías. Ello ha contribuido a ahondar la desprotección y la desigualdad ante la ley. Un estado de cosas absolutamente nocivo

66 Corte IDH. Caso Molina Theissen vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio del 2004. Serie C No. 108.

67 Esto ha sido posible gracias a la labor de la Unidad de Casos Especiales del Conflicto Armado Interno de la Fiscalía de Derechos Humanos del Ministerio Público de Guatemala, con un notable mejoramiento de sus capacidades de investigación, y a la voluntad política de las fiscales generales Claudia Paz y Paz y Thelma Aldana.

para una sociedad saturada de violencia, que requiere de la acción reparadora de la ley para los innumerables crímenes de ayer y hoy.

A partir de 1954, y con singular perversidad en las décadas de los sesenta, setenta y ochenta, se establecieron políticas antidemocráticas basadas en la Doctrina de Seguridad Nacional, en el marco de dictaduras contrainsurgentes. De esta forma, los sectores de poder pretendieron darle una salida militar a complejas y críticas situaciones políticas, sociales y económicas de carácter estructural, que históricamente han configurado una de las sociedades más desiguales e injustas de la región.

La desaparición forzada de Marco Antonio fue perpetrada por agentes del Estado como un castigo por la huida de Emma y por nuestras posturas políticas divergentes, tal es el sentido del deleznable crimen que es, si cabe, mucho más doloroso por tratarse de un niño. Querer implantar un ordenamiento social más justo, hizo que se nos identificara como parte de la real, presunta o potencial oposición, el enemigo a perseguir y exterminar. Comunidades indígenas, líderes e integrantes de organizaciones políticas, sociales, laborales, las iglesias, universidades, etc., en fin, un arco muy amplio de personas y determinaciones de diversos signos, fuimos etiquetadas como tales. En búsqueda de la legitimación de las actuaciones de los violadores de derechos —mediante operaciones de guerra psicológica dirigidas contra una sociedad aterrorizada y silenciada—, fuimos concebidos en el imaginario como objetos despojados de dignidad, deshumanizados y “desciudadanizados”, seres, no personas, matables, torturables, desaparecibles, que debíamos ser eliminados.

En un proceso extremadamente violento, oficialmente identificado como conflicto armado interno, se perpetró el genocidio de los años ochenta, una etapa más del despojo de tierras y territorios indígenas que implicó el arrasamiento de comunidades enteras. Asimismo, se dio la aniquilación de las colectividades políticas, académicas e intelectuales opuestas a los planes castrenses⁶⁸.

68 Al respecto, ver Guatemala nunca más, informe del Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica, publicado en 1998. <http://www.odhag.org.gt/html/INDICE.HTM#TOMO1> y Guatemala: memoria del silencio, de la Comisión de Esclarecimiento Histórico, publicado en 1999.

Se fortalecieron una cultura y prácticas políticas y sociales que buscaron legitimar sus actuaciones ilegales, transformándolas en la defensa de supuestos valores vinculados con ideas de patriotismo y religiosidad. Éstas, hasta la fecha, son componentes del régimen de impunidad que combate los esfuerzos de las víctimas por la verdad, la justicia y la memoria histórica, junto con el terror provocado por un poder sin ataduras legales que recurrió a los peores crímenes. Otro de los efectos del terror y la persecución fue el rompimiento del tejido social, al ser eliminadas las redes de apoyo y solidaridad.

Para el resguardo de la impunidad de los agentes estatales encargados de ejecutar las políticas de exterminio, se recurrió al ocultamiento de la verdad de los hechos, la censura y el silenciamiento mediático, institucional, social e individual, además del secuestro del Estado de derecho, que trajo consigo el cercenamiento de la independencia judicial. Para lograrlo, el poder colocó en puestos clave de la Administración de Justicia a personas afines a tales intereses y persiguió y aniquiló a las y los profesionales del derecho renuentes a cooperar. Estas prácticas ahondaron la exclusión de sectores sociales cada vez más amplios del acceso a la justicia y la igual protección de la ley. La injusticia y la impunidad, los castigos ilegales desmedidos infligidos por una institucionalidad estatal establecida para protegerlos, son actos discriminatorios, indignos para las víctimas que no fueron tratadas en igualdad con las demás personas.

Aún en la actualidad, las altas cortes guatemaltecas están minadas por la corrupción, el clientelismo, la complicidad con los terroristas de Estado, su encubrimiento y la manipulación de la justicia que, como las serpientes, sólo muerde los pies descalzos. Los efectos más visibles de lo sucedido en esos años son las innumerables violencias e injusticias que se continúan padeciendo en Guatemala.

En ese escenario, las leyes de amnistía⁶⁹ son una de las dificultades para el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, pese a que ésta se ha pronunciado acerca de su ilegalidad a la luz de las obligaciones de

69 En Guatemala está vigente la Ley de Reconciliación Nacional, que forma parte de los Acuerdos de Paz. Su artículo 8 exime de amnistía los delitos de genocidio, tortura y desaparición forzada. Sin embargo, los acusados de estos crímenes acuden a las cortes en apelaciones y amparos que, pese a la jurisprudencia nacional e internacional en este asunto, siguen siendo acogidos.

los Estados parte de la CADH. Además, en los códigos penales se mantienen disposiciones respecto de la prescripción de los delitos o su falta de tipificación (lo que revela la incongruencia entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos). La prescripción de procesos sin posibilidades de reactivación, los sobreseimientos amañados, las defensas maliciosas, el uso abusivo del amparo para favorecer a los presuntos responsables, son otros valladares.

A las dificultades en la realización de la reparación de justicia, se unen los obstáculos derivados del desconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos por parte de los operadores/as de justicia y de que, por lo tanto, una de las obligaciones internacionales del Estado es el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH. Tal desconocimiento se refleja, por ejemplo, en que no se implementa el control de convencionalidad; es más, jueces y juezas hacen a un lado el hecho de que la justicia no sólo es un derecho sino también un medio de protección, garantía y restitución de derechos. También se observan la falta de coordinación entre la institucionalidad del Estado, ya sea por ignorancia o falta de voluntad, y la negativa de los cuerpos armados para dar información probatoria.

■
48

Entre los problemas técnicos y burocráticos, destaca la falta de recursos de todo tipo —financieros, de personal—, que disminuye la eficacia de las actuaciones de la institucionalidad de justicia por el recargo de casos en los tribunales y el Ministerio Público; la inexistencia de planes de cumplimiento de las decisiones judiciales internacionales, cuyo peso y validez jurídica y moral se han visto disminuidos por el incumplimiento del Estado guatemalteco⁷⁰.

A esto se agrega la debilidad y negligencia de las personas e instituciones encargadas de la investigación, juicio y castigo, así como sus deficiencias técnicas, éticas y profesionales; la carencia de protocolos y

70 Tal incumplimiento es favorecido por la debilidad de un sistema internacional de protección que no fue dotado por sus creadores los propios Estados, - de mecanismos y procedimientos coercitivos para que cumplan con sus obligaciones internacionales cuando falla la buena fe. La persistencia de esta situación rompe el continuo entre los sistemas de justicia internacional y nacional, que deberían funcionar armónicamente, en detrimento de los derechos de las víctimas, que somos en última instancia, la razón de ser de su existencia.

medios de prueba (bancos de datos genéticos, por ejemplo); la ausencia de carrera judicial que provoca cambios frecuentes de personal; y el tiempo transcurrido, con la consiguiente pérdida de información y hasta el fallecimiento de posibles testigos.

Por último, impulsar procesos judiciales bajo regímenes de impunidad de larga data, en contextos en los que continúan existiendo estructuras clandestinas de poder que favorecen ese estado de cosas, sin garantías efectivas de seguridad para las víctimas, testigos, abogados/as, fiscales y otros operadores/as de justicia, trae consigo riesgos ciertos para la integridad de las personas que participan en los mismos. Asimismo, conlleva la indeseada exposición a los agravios de los sectores negociacionistas que respaldan a los supuestos perpetradores y la imposibilidad de presentar testigos enmudecidos por el miedo.

Sin embargo, la persistencia de las víctimas de crímenes de guerra y lesa humanidad y las juezas y jueces independientes, honestos y apegados a la ley, están abriéndole el camino a la justicia y, con ello, a la realización de la reparación de investigar, enjuiciar y castigar ordenada por la Corte IDH en sus distintas sentencias. En nuestras manos, la sentencia de la Corte IDH es un instrumento fundamental para alcanzar la justicia interna y superar los obstáculos estructurales que la limitan y debilitan. Nos proporciona un piso firme para luchar contra la falta de voluntad política del Estado, cuya institucionalidad sigue bajo la perniciosa influencia de los perpetradores.

1. La justicia para las víctimas

Aunque las percepciones y concepciones varían en razón de la heterogeneidad de las víctimas, la justicia suele ser la reparación más importante, una aspiración de quienes queremos la restitución de nuestra dignidad y derechos.

a. La justicia como obligación del Estado

Someramente, la justicia es una obligación internacional del Estado contraída de buena fe, mediante la ratificación de los tratados. Según el derecho internacional, el Estado debe prevenir y evitar las violaciones a los derechos humanos. Si éstas se producen, deberá investigarlas para

¿Qué es la justicia para las víctimas?

- Un derecho (arts. 4 a 7 de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder).
- Un proceso social, político y jurídico dirigido a reparar lo reparable, tanto en el ámbito social como en el individual.
- Ejercicio de derechos, recuperación de la dignidad y reconocimiento de la verdad histórica (el relato de los hechos por parte de las víctimas).
- Un espacio y momento de reflexión colectiva sobre lo que queremos ser como sociedad.

enjuiciar y, si es el caso, castigar a los responsables. En caso de no hacerlo, incurriría en responsabilidad internacional.

■
50

b. La justicia como derecho

La justicia es un derecho humano, tal como lo establecen numerosos tratados y declaraciones en la materia⁷¹. En lo referente a las víctimas, de acuerdo

71 En la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada mediante la Resolución 40/34 el 29 de noviembre de 1985 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, este derecho fue plasmado en los siguientes términos: *Acceso a la justicia y trato justo*

4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

5. Se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.

6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de

con los Principios y Directrices sobre Reparaciones, respecto de la obligación de respetar, hacer que se respete y aplicar la normativa internacional de derechos humanos y derecho internacional humanitario, los Estados deben:

I.2.b) Adopta(r) procedimientos legislativos y administrativos apropiados y eficaces y otras medidas apropiadas que den un acceso equitativo, efectivo y rápido a la justicia;

(...)

II.3.b) Investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional;

II.3.c) Dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario un acceso equitativo y efectivo a la justicia, como se describe más adelante, con independencia de quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación (...).

El Principio III establece:

4. En los casos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional, los Estados tienen la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si

las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información;

b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente;

c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial;

d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia;

e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.

7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

se las declara culpables, la obligación de castigarlas. Además, en estos casos los Estados deberán, en conformidad con el derecho internacional, cooperar mutuamente y ayudar a los órganos judiciales internacionales competentes a investigar tales violaciones y enjuiciar a los responsables.

5. Con tal fin, cuando así lo disponga un tratado aplicable o lo exija otra obligación jurídica internacional, los Estados incorporarán o aplicarán de otro modo dentro de su derecho interno las disposiciones apropiadas relativas a la jurisdicción universal. Además, cuando así lo disponga un tratado aplicable o lo exija otra obligación jurídica internacional, los Estados deberán facilitar la extradición o entrega de los culpables a otros Estados y a los órganos judiciales internacionales competentes y prestar asistencia judicial y otras formas de cooperación para la administración de la justicia internacional, en particular asistencia y protección a las víctimas y a los testigos, conforme a las normas jurídicas internacionales de derechos humanos y sin perjuicio de disposiciones jurídicas internacionales tales como las relativas a la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

■
52

Más específicamente, el Principio VIII señala lo siguiente respecto al acceso a la justicia:

12. La víctima de una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o de una violación grave del derecho internacional humanitario tendrá un acceso igual a un recurso judicial efectivo, conforme a lo previsto en el derecho internacional. Otros recursos de que dispone la víctima son el acceso a órganos administrativos y de otra índole, así como a mecanismos, modalidades y procedimientos utilizados conforme al derecho interno. Las obligaciones resultantes del derecho internacional para asegurar el derecho al acceso a la justicia y a un procedimiento justo e imparcial deberán reflejarse en el derecho interno. A tal efecto, los Estados deben:

- a) Dar a conocer, por conducto de mecanismos públicos y privados, información sobre todos los recursos disponibles contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario;
- b) Adoptar medidas para minimizar los inconvenientes a las

víctimas y sus representantes, proteger su intimidad contra injerencias ilegítimas, según proceda, y protegerlas de actos de intimidación y represalia, así como a sus familiares y testigos, antes, durante y después del procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo que afecte a los intereses de las víctimas;

c) Facilitar asistencia apropiada a las víctimas que tratan de acceder a la justicia;

d) Utilizar todos los medios jurídicos, diplomáticos y consulares apropiados para que las víctimas puedan ejercer su derecho a interponer recursos por violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o por violaciones graves del derecho internacional humanitario.

13. Además del acceso individual a la justicia, los Estados han de procurar establecer procedimientos para que grupos de víctimas puedan presentar demandas de reparación y obtener reparación, según proceda.

14. Los recursos adecuados, efectivos y rápidos contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario han de comprender todos los procedimientos internacionales disponibles y apropiados a los que tenga derecho una persona y no deberían redundar en detrimento de ningún otro recurso interno.

a. La justicia como reparación

La justicia es el eje articulador de las demás reparaciones y, aunque son distintas en su naturaleza la indemnización, las medidas simbólicas, los cambios legislativos o estructurales, todas en esencia contribuyen a la realización de la justicia.

La justicia es sanadora, nos obliga a vencer la impotencia y trae consigo la posibilidad de hacer un cierre.

La justicia es reparadora en la medida en que representa una sanción moral que muestra la injusticia de los hechos y el valor humano de las víctimas, y da sentido al proceso de los familiares por enfrentar la pérdida y los hechos de manera constructiva⁷².

72 Beristain, Carlos. *Diálogos sobre la reparación*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. IIDH, 2010.

Sin justicia las reparaciones pierden su carácter integral. Además, la justicia está presente de manera simbólica en los actos de perdón cuando se resignifica lo sucedido y el Estado asume la responsabilidad, en el pago de las indemnizaciones que resarcan por los daños materiales e inmateriales, en la redignificación y rehumanización de las víctimas concretada en monumentos, nombres de calles o planteles escolares, etc.

La justicia es muy importante en las desapariciones forzadas, casos en los que la Corte IDH ordena como reparación la búsqueda, ubicación y devolución de los restos mortales. Estas acciones están “estrechamente vinculada[s] a la investigación y sanción a los responsables y, por lo tanto, al sistema de justicia”.

d. Justicia y verdad

Por otra parte, la justicia contribuye a la realización del derecho a la verdad, siendo ambos derechos interdependientes. Averiguar la verdad mediante la investigación judicial posibilita el enjuiciamiento y la sanción a quienes resulten responsables de las violaciones a los derechos humanos y es de esperarse que, una vez sea establecida la verdad judicial, se eviten los cuestionamientos a las víctimas que con frecuencia somos acusadas por quienes defienden la impunidad de mentir o de buscar dinero.

De acuerdo con Juan Méndez, el derecho a la verdad:

[E]s parte, entonces, de un más amplio derecho a la justicia que tienen las víctimas de este tipo de crímenes. Para ser más específicos, las obligaciones del Estado que nacen de estos crímenes son cuádruples: obligación de investigar y dar a conocer los hechos que se puedan establecer fehacientemente (verdad); obligación de procesar y castigar a los responsables (justicia); obligación de reparar integralmente los daños morales y materiales ocasionados (reparación); y obligación de extirpar de los cuerpos de seguridad a quienes se sepa han cometido, ordenado o tolerado estos abusos (creación de fuerzas de seguridad dignas de un Estado democrático)⁷³.

73 Juan E. Méndez, Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos, en <https://www.wcl.american.edu/hracademy/Clase1-LecturaOpcional1-Mendez.pdf.pdf>.

Por su parte, Louis Joinet se refiere a otras dimensiones del derecho a la verdad:

No se trata sólo del derecho individual que toda víctima o sus familiares tienen a saber lo que ocurrió, que es el derecho a la verdad. El derecho a saber es también un derecho colectivo que hunde sus raíces en la historia, para evitar que puedan reproducirse en el futuro las violaciones. Como contrapartida, al Estado le incumbe el “deber de recordar”, a fin de protegerse contra esas tergiversaciones de la historia que llevan por nombre revisionismo y negacionismo; en efecto, el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y debe por ello conservarse⁷⁴.

4. Cuando los daños son irreparables, ¿qué puede reparar la justicia?

Con la desaparición forzada de mi hermano se nos causó a mí y a mi familia un daño permanente e irreparable. Nada de lo que se haga va a cambiar lo sucedido: su pérdida, la revictimizadora impunidad, el imposible cierre de un duelo interminable, el dolor sin fondo ni final. Pero hay otros daños que pueden ser reparados mediante la acción de la justicia entendida como un proceso individual, social, político y jurídico dirigido a reparar “lo reparable”, tanto en el ámbito social como en el individual.

En los casos de crímenes de lesa humanidad —con efectos irreversibles como la muerte—, la pérdida del proyecto de vida, los traumas permanentes, el desarraigo, las víctimas emprendemos procesos de justicia para afrontar los daños, darle sentido a la existencia y recuperar la perspectiva vital.

Esto no se inicia en una sala de juicios. Es un proceso humano complejo, prolongado, no lineal, que nos demanda elaborar la experiencia

74 Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos). E/CN.4/Sub.2/1997/20, 26 de junio, 1997. Citado por Tatiana Rincón Covelli en “La verdad histórica: una verdad que se establece y legitima desde el punto de vista de las víctimas”, publicado en Estudios Socio-Jurídicos 7, Bogotá, págs. 331-354, agosto del 2005.

para asumirnos como sujetos de derechos, con dignidad, y superar la victimización reconfigurándonos como personas ordinarias en situaciones extraordinarias en las que el poder ha pretendido reducirnos a la condición de objetos superfluos y, por lo tanto, desechables⁷⁵.

Rehacernos, volver a ser personas, constituirnos en ciudadanas y ciudadanos, nos exige vencer el miedo y desaprender los dictados del autoritarismo que nos impone naturalizar la violencia y la injusticia, dándonos un carácter de fatalidad casi divina. Nos lleva a descubrir mundos nuevos a partir de la comprensión de los derechos humanos y a romper el silencio impuesto y autoimpuesto por miles de razones, entre ellas el resguardo de la propia vida.

En nuestro caso, debimos reconstruirnos como seres humanos y reintegrarnos como familia desde la casi nada que quedó tras el paso de la violencia y de la muerte.

75 Beristain, Carlos. *Diálogos sobre la reparación*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. IIDH, 2010.

¿Cuáles son los daños?

Los daños individuales

- Traumas psicosociales.
- Rompimiento de la familia, desintegración, migración forzada.
- Exclusión, aislamiento, estigmatización, sentimientos de indefensión, culpabilización, enfermedades psicosomáticas.
- Despojo de dignidad y derechos a las víctimas directas e indirectas. Trato desigual, discriminación.
- Impunidad revictimizadora, asentada, entre otros factores, en ausencia de justicia y la inducción de la culpa sobre las propias víctimas por desafiar al poder y el orden establecido.

Los daños sociales

- El elevado costo social, pérdida de decenas de miles de vidas, destrucción del tejido social.
- La naturalización y banalización de la violencia, la muerte violenta y el quebrantamiento sistemático de la ley por parte del poder
- Terror, sobre todo asociado a la desaparición forzada.
- Sentimientos de indefensión, sujeción al poder, acriticidad y apoliticidad como una forma ilusoria de protección.
- Desconfianza, insensibilidad, falta de solidaridad.
- El aniquilamiento reiterado a lo largo de más de tres décadas, acompañado de acciones inductoras de terror por diversos medios, condujo a la destrucción del tejido social, fomentó el individualismo basado en el sálvese quien pueda y la desmovilización política y social.
- Afianzamiento de relaciones sociales en las que predomina una cultura violenta.
- Mantener la impunidad de los perpetradores cercenó el Estado de derecho y la independencia judicial. En el largo plazo esto produjo:
 - La destrucción del Estado de derecho
 - La destrucción de la institucionalidad estatal (no hay independencia de poderes, persiste la falta de autonomía del poder judicial).
 - En términos generales, se observa la incapacidad social de proteger la vida.

Acceder a la justicia en igualdad de condiciones en una causa judicial por violaciones a los derechos humanos, es un reconocimiento de que somos personas con derechos antes que víctimas. Pese al estigma y la discriminación de los que se nos hizo objeto para deslegitimarnos y justificar las acciones del poder, todo ello como parte del régimen de impunidad, la justicia contribuye a restituir nuestra dignidad y a remontar la exclusión y el aislamiento sufridos en diferentes ámbitos —social, familiar, laboral—, devolviéndonos nuestro lugar en la sociedad, reintegrándonos como seres humanos, ciudadanos y ciudadanas que sufrimos una injusticia.

Otro efecto positivo de la justicia como favorecedora del develamiento y reconocimiento de la verdad histórica, es que contribuye a revertir la culpabilización de las víctimas, una tendencia generalizada en todos los países donde han ocurrido violaciones graves, sistemáticas y masivas a los derechos humanos y que tiene el objetivo de desviar la culpa de los responsables para resguardar su impunidad. Asimismo, contribuye a restablecer nuestro buen nombre y reputación.

■
58

En lo social, el silencio y el desconocimiento de la verdad y la negativa del Estado a reconocerla, instaura un clima de incertidumbre, cuyos alcances van más allá de las víctimas y de las violaciones a los derechos humanos. En un contexto autoritario, donde prevalecen la censura y la autocensura de los medios y el silenciamiento de la población, las mentiras, los rumores, las verdades a medias y las dudas permanentes, son parte de las políticas de control y manipulación de nuestras sociedades y originan, entre otras consecuencias indeseables, la desconfianza y la descalificación en las relaciones sociales e interpersonales y con la institucionalidad.

En contextos en los que han prevalecido el silencio y el ocultamiento de la información, la justicia posibilita la libertad de expresarnos en condiciones que garantizan una escucha real de la verdad histórica, a la que además de atribuirle credibilidad, le da fuerza legal, la plasma en sus decisiones y, quizá, en los casos de personas desaparecidas, abre la posibilidad de saber dónde están sus restos para poder sepultarlas dignamente.

En ese sentido, la justicia se constituye en un dispositivo social muy importante para la legitimación y validación de la verdad de las víctimas y,

a la larga, la configuración de un mundo de certezas, porque la verdad es fidelidad a los hechos, adecuación del pensamiento a lo real y de las palabras a las cosas⁷⁶. En un mundo en el que las palabras nombran lo sucedido con precisión, la memoria hecha de palabras, guardará lo sucedido y se crearán condiciones para que nunca más se repitan las atrocidades.

Frente a la ruptura del tejido social, la justicia hace posible la apertura de espacios de acompañamiento y solidaridad con las víctimas en los que se reúnen y reunifican personas de las más variadas procedencias, lo cual contribuye a desencadenar procesos de restablecimiento de los vínculos de solidaridad social en un proceso en el que, a la larga, se espera sanar y reconstruir ese tejido social.

La justicia debe ser un momento privilegiado no solamente para el ejercicio de derechos por parte de las víctimas, sino también para la realización de un amplio debate social y político en el que, a partir del conocimiento y análisis de la verdad histórica, se logren amplios consensos sancionatorios que deslegitimen lo sucedido y se consigan compromisos hacia el futuro, para que nunca más vuelvan a suceder los hechos violatorios a los derechos humanos.

Las víctimas valoramos altamente que “la capacidad de la justicia de discernir entre el bien y el mal de una forma pública y facilitar cambios en el contexto social es (...) un factor de transformación en las condiciones comunitarias establecidas desde el momento de las violaciones y una apertura hacia un futuro diferente, después de la sentencia”⁷⁷.

76 Pérotin-Dumon, Anne. Liminar. “Verdad y Memoria: escribir la historia de nuestro tiempo”. En *Historizar el Pasado Vivo de América Latina*. Universidad Alberto Hurtado, Centro de Ética, 2007.

77 Beristain, Carlos. *Diálogos sobre la reparación*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. IIDH, 2010, pág. 359.

Los efectos positivos

- Proporciona una satisfacción moral para las víctimas, que ven así reconocido el valor de sus familiares como personas cuyos derechos fueron vulnerados.
- Los procesos de justicia tiene un elevado costo emocional individual o familiar, pero contribuyen al reconocimiento de los derechos de las víctimas, consolidan socialmente el sentido de justicia, e incluso podrían dar lugar a cambios en el poder judicial.
- Restablece (o establece) relaciones sociales basadas en el respeto a los derechos humanos.
- Contribuye a evitar la repetición de los hechos en la medida en que se imponen sanciones penales y morales a los autores.
- Ayuda a debilitar o eliminar el poder de los perpetradores, cuando mantienen su capacidad de coacción sobre las víctimas o la sociedad. Esto es de particular relevancia en situaciones en las que en el mismo espacio geográfico conviven víctimas y victimarios, como sucede en los poblados rurales. La justicia es determinante para transformar la convivencia al restarle poder y legitimidad a los violadores de derechos humanos.
- Tiene efectos psicológicos positivos, debido a que la investigación y sanción judiciales favorecen un cierto cierre psicológico y contribuyen a disminuir el nivel de estrés derivado de la impunidad.
- Alcanzar la justicia representa liberarse de un lazo demasiado pesado que nos ata al pasado y resta tiempo y energías para vivir.
- Es reparadora en la medida en que la sanción moral que muestra la injusticia de los hechos y el valor humano de las víctimas.
- Le da sentido a las demás reparaciones y al proceso de los familiares por enfrentar la pérdida y los hechos de manera constructiva.
- La justicia es una forma de vencer la impotencia que nos agobia cuando sentimos que no podemos hacer nada por nuestro ser querido.

- Fortalece la capacidad de la sociedad de discernir entre el bien y el mal de una forma pública y facilita cambios en el contexto social.
- La justicia se puede constituir en elemento transformador de la vida comunitaria y generador de esperanza respecto de un futuro mejor.
- Fortalece el sistema de administración de justicia.

(Elaboración propia con base en *Diálogos sobre la reparación*).

5. Conclusión

La justicia en los casos de violaciones a los derechos humanos, que tocan las esferas de poder, debe constituirse en lecciones sociales que contribuyan a evitar la repetición de las atrocidades. Ayuda a quebrar la impunidad y a fortalecer la institucionalidad, que debe actuar con autonomía, independencia y apego a las leyes nacionales y a los tratados internacionales de derechos humanos.

En las dos últimas décadas, la búsqueda de la justicia ha ocupado el lugar de la búsqueda de mi hermano. O por ese medio tendremos, ojalá, la posibilidad de saber la verdad de lo sucedido y recuperar sus restos para sepultarlos digna y humanamente.

Para conseguirlo, en éste y en otros casos del pasado y el presente, es imprescindible una investigación exhaustiva de los hechos que permita identificar sin lugar a dudas quiénes son los autores materiales e intelectuales. Esto exige profesionalismo, responsabilidad e imparcialidad en su realización, además de una amplia serie de condiciones políticas y sociales que lo hagan posible.

No confundimos la sanción a los perpetradores con una venganza personal. Enjuiciar y castigar a quienes resulten responsables de la desaparición de Marco Antonio, y llevar adelante con éxito muchos más casos de similar naturaleza, indudablemente contribuirá a mejorar la protección de todas las personas por igual, sin discriminaciones.

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y LAS CONDICIONES DE LOS PROCESOS JUDICIALES INTERNOS QUE FACILITAN EL CUMPLIMIENTO DE LAS DECISIONES INTERAMERICANAS⁷⁸

*Oscar Parra Vera**

1. Introducción

En este texto me referiré al decisivo rol de la independencia judicial y de diversas garantías con las que deben contar fiscales y otros funcionarios de la rama judicial, personal forense, etc., para que exista una efectiva implementación de las decisiones interamericanas. Ello exige un análisis desde lo que teóricamente implica la independencia judicial, así como de lo que “políticamente” implica el reto que han asumido algunas y algunos jueces, fiscales y cortes para impulsar la justicia en ciertos casos. Los retos de impulsar el cumplimiento de las decisiones interamericanas en materia de impunidad han sido asumidos por operadores judiciales, incluso a pesar de un alto costo personal — por amenazas que se han materializado o forzado exilios, por ejemplo— o profesional —por lo que implica, para una carrera en el foro judicial, el afectar a ciertos grupos de poder.

■
63

* Magister en Criminología y Justicia Criminal de la Universidad de Oxford. Se desempeñó como abogado coordinador (2010-2015) y abogado junior (2007-2009) en la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fue Becario “Rómulo Gallegos” y consultor en la Secretaría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En el 2013 hizo una Visita Profesional y de Investigación en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en representación de la Secretaría de la Corte IDH.

78 En este texto retomo parcialmente algunas ideas expuestas en dos textos “La Independencia Judicial en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Evolución, debates y diálogos” (2016), presentado en el Congreso sobre Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Garantía de los Derechos Humanos. Barcelona, Universidad Pompeu Fabra / Corte IDH / Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 26 de febrero del 2015. Asimismo, el texto “Empoderamiento institucional”: Impacto de las decisiones interamericanas en el impulso de iniciativas progresistas en el contexto de tensiones entre agencias estatales (2016), a publicarse próximamente por la Revista Pensamiento Jurídico de la Universidad Nacional de Colombia.

Teniendo en cuenta el tipo de presiones que reciben los operadores de la Administración de Justicia en este tipo de escenarios: ¿cómo enfrentar procesos de cooptación de jueces, fiscales y cortes por parte de una agenda política anti Sistema Interamericano? ¿Qué medidas, incluyendo disciplinarias o sancionatorias, podrían tomarse contra jueces que obstaculicen la implementación de decisiones interamericanas? ¿Cómo tomar estas medidas respetando al mismo tiempo la independencia judicial? ¿Cómo proteger a jueces que quieran apartarse de criterios de autoridades superiores para implementar de mejor manera las decisiones internacionales?

Estas inquietudes deben contextualizarse en lo que en las últimas décadas ha implicado el protagonismo central de los jueces en la garantía de los derechos humanos. Ello constituye uno de los principales efectos de la ratificación de tratados de derechos humanos, así como de la constitucionalización de los derechos, toda vez que las decisiones judiciales se convierten en herramientas para revertir todo tipo de arbitrariedad estatal. Dada esa importante tarea a cargo de las y los jueces, es imprescindible que la judicatura cuente con el más alto nivel posible de independencia judicial.

■
64

Es cierto que el concepto y alcance de la “independencia judicial” genera diversos tipos de discusión en la doctrina. En efecto, existe debate sobre el nivel de rendición de cuentas en el que se deben involucrar los jueces, el alcance de esta garantía en el derecho continental y en el *common law*, las dimensiones legítimas de interacción de los jueces con la sociedad civil y las demás ramas del poder público, los controles entre los diversos jueces, tanto por vías ordinarias como disciplinarias, las conveniencias o inconveniencias de la llamada “insularidad política” del poder judicial y los problemas que podrían existir al anclar la independencia judicial con el corporativismo judicial, entre muchos otros debates⁷⁹.

79 La literatura al respecto es enorme. En este sentido, destaco Burgos Silva, Germán (Ed.), *Independencia judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Bogotá, ILSA, 2003; el texto clásico de Fiss, Owen, “El grado adecuado de independencia”, en *Derecho y Humanidades*, No. 5, Universidad de Chile, 1997; y dos textos recientes que recopilan los debates más importantes en la materia: Macdonald, Roderick y Kong, Hoi, “Judicial Independence as a Constitutional Virtue” en A. Sajo and M. Rosenfeld, eds. *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, págs. 831-858; y Bonica, Adam y Sen, Maya, “The Politics of Selecting the Bench from the Bar: The Legal Profession and Partisan Incentives to Politicize the Judiciary”, Harvard Kennedy School, Faculty Research Working Paper Series, 2015.

Por otra parte, la llamada “judicialización de la política”, que ha venido consolidándose en el Sur Global, ha abierto escenarios para importantes contribuciones de los jueces a procesos democráticos de rendición de cuentas. Sin embargo, en dicha judicialización también han surgido situaciones donde los jueces han sido señalados de actuar sin imparcialidad ni independencia y con sesgos que representan los intereses de grupos de poder o de partidos políticos específicos.

Sin perjuicio de estas discusiones, existe consenso respecto a que la independencia judicial es fundamental para la efectiva vigencia del estado social de derecho y de la democracia. No sorprende entonces que en las crisis institucionales acompañadas de déficits democráticos, la independencia judicial haya sido especialmente sacrificada. De hecho, una alta dosis de independencia judicial pareciera tener un importante efecto preventivo respecto al autoritarismo. Por otra parte, otros problemas constantes sobre independencia judicial en el derecho comparado de la región vienen asociados a los procesos de reforma judicial y de selección de jueces, así como a los órganos encargados de administrar la rama judicial⁸⁰.

Muchos de los debates inherentes al alcance de la noción de independencia judicial son entonces relevantes para discutir sobre estrategias para fortalecer la implementación de las decisiones de los órganos de protección del SIDH. En este artículo solo abordaré algunas ideas y ejemplos sobre el relevante rol que puede tener una alta dosis de independencia judicial para destrabar algunos problemas en la implementación de decisiones interamericanas.

Un punto de partida para explorar esta hipótesis tiene relación con el reconocimiento del carácter asimétrico de la relación entre las partes que litigan ante el SIDH. Si bien procesalmente el reglamento de la Corte IDH asume que los peticionarios y el Estado son partes “iguales” a las que se debe tratar con “equidad”, lo cierto es que las razones que explican por qué un caso llegó hasta la instancia de la Corte IDH son, por regla general, las mismas razones que explican por qué los peticionarios se están enfrentando a un número importante de diversas agencias, órganos e

80 Uprimny, Rodrigo y Villadiego, Carolina, *Gobierno y Administración de la Rama Judicial. Análisis de las propuestas de cambio en el proyecto de equilibrio de poderes*. Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, Papers No. 25, 2015.

instancias del poder público. En efecto, cuando un caso llega al SIDH, por regla general, fue evaluado en diversas instancias del ámbito institucional local. Los reclamos interamericanos son entonces contra múltiples instituciones y funcionarios. El procedimiento ante la Corte IDH y la intervención de algunas instituciones nacionales, como los jueces, en las etapas de implementación de las decisiones interamericanas, en alguna medida, deben recomponer estas asimetrías entre las partes ante el SIDH.

En esta línea, a continuación analizo dos temáticas ilustrativas de la relevancia de la independencia judicial y las condiciones de los procesos judiciales internos para impulsar el cumplimiento de las decisiones interamericanas a través de la recomposición de las mencionadas asimetrías de poder. Como punto previo, en primer lugar describo muy sintéticamente lo que significa la independencia judicial en la jurisprudencia de la Corte IDH. En segundo lugar, valoro el papel que pueden jugar los jueces internos para destrabar bloqueos institucionales que impiden la implementación y cumplimiento de decisiones internacionales. En tercer lugar, analizo el rol de interpretaciones judiciales que favorezcan la implementación de dichas decisiones. Todo ello me permitirá, en cuarto lugar, arribar a algunas consideraciones finales.

2. Alcance de la independencia judicial

En el caso *Tribunal Constitucional Vs. Perú*, la Corte IDH precisó que los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, deben contar con garantías específicas relacionadas con un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas⁸¹.

Posteriormente, la Corte IDH precisó que estos criterios se justifican aún más si se tiene en cuenta que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces⁸². De igual forma, el Tribunal Interamericano ha esta-

81 Corte IDH. Caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero 2001. Serie C No. 71, párrs. 73-75.

82 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 No. 182, párr. 55; y caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo,

blecido que el objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general, y sus integrantes en particular, se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación⁸³.

Asimismo, la Corte ha señalado que el ejercicio autónomo de la función judicial debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El Tribunal Interamericano estimó pertinente precisar que la dimensión objetiva se relaciona con aspectos esenciales para el Estado de derecho, tales como el principio de separación de poderes, y el importante rol que cumple la función judicial en una democracia. Por ello, esta dimensión objetiva trasciende la figura del juez e impacta colectivamente en toda la sociedad. Además, existe una relación directa entre la dimensión objetiva de la independencia judicial y el derecho de los jueces a acceder y permanecer en sus cargos en condiciones generales de igualdad, como expresión de su garantía de estabilidad⁸⁴.

3. Independencia judicial para destrabar activamente los bloqueos o negligencias de agencias estatales que impiden el cumplimiento de decisiones interamericanas

Algunas decisiones locales, aunque no estén clara y directamente asociadas a una agenda específica de implementación de decisiones interamericanas, pueden estar vinculadas a la posible tensión entre un tribunal internacional, que lucha por que sus decisiones se cumplan, y agencias internas que bloquean o resultan negligentes en las etapas de implementación. En este espacio, la independencia judicial de los jueces internos

Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio del 2009. Serie C No. 197, párr. 67.

83 Caso Apitz, párr. 55; Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio del 2011. Serie C No. 227, párr. 99.

84 Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto del 2013. Serie C No. 266, párr. 154, y *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto del 2013. Serie C No. 268, párr. 198.

puede permitir la emisión de pronunciamientos lo suficientemente enérgicos como para llamar la atención de aquellas agencias que puedan estar bloqueando la implementación de decisiones interamericanas.

Esto resulta de la mayor importancia si se tiene en cuenta que ante la CIDH y la Corte IDH comparecen partes (Estado y representantes de víctimas) con una muy notoria diferencia respecto al poder político con el que cuentan. En efecto, muchas veces la defensa de los Estados refleja que las víctimas se encuentran litigando contra un importante número de agencias estatales. Es entonces previsible que en la etapa de implementación surjan diversas tensiones con esas mismas agencias estatales contra las que se litigó previamente. Por tal razón, los jueces internos pueden jugar un papel decisivo para equilibrar estos desbalances de poder, con particular énfasis en la protección del acceso a la justicia de las víctimas, toda vez que el cumplimiento de decisiones interamericanas es la forma más adecuada de no hacer nugatorio el acceso a la justicia internacional.

A continuación, me referiré a algunos ejemplos donde la Corte Constitucional de Colombia ha tenido un papel importante, en procurar que diversas agencias estatales internas cumplan con lo ordenado por la CIDH y la Corte IDH. Me concentraré en buenas prácticas en la materia, sin perjuicio de reconocer que es posible encontrar ejemplos de posturas judiciales muy moderadas sobre el rol del juez interno en la implementación de decisiones internacionales.

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha estimado procedente la acción de tutela para exigir el cumplimiento de órdenes emitidas por la Corte IDH⁸⁵. Por ejemplo, en relación con el caso 19 Comerciantes, se declaró procedente una tutela dirigida a que el Estado cumpliera con la orden de erigir un monumento en memoria de las víctimas y, mediante una ceremonia pública, colocar una placa con los nombres de éstas.

Asimismo, en la sentencia T-367 de 2010, la Corte Constitucional de Colombia declaró procedente una tutela interpuesta por obstáculos relacionados con la implementación del caso *Masacres de Ituango vs. Colombia*⁸⁶. En esta

85 Ver, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-653 de 2012.

86 El Alto Tribunal colombiano ordenó a la Agencia Presidencial para la Acción Social, "informar a través de radio, prensa y televisión, con cubrimiento nacional y local, incluida la radio comuni-

decisión se conminó al Ministerio de Relaciones Exteriores a “ejercer una función de coordinación efectiva en la que se ilustre de manera adecuada y oportuna a las diferentes entidades del Estado responsables de la atención de la población desplazada por la violencia, de la necesidad de cumplir con los fallos judiciales de los organismos internacionales (...)”.

Por su parte, en la sentencia T-585A del 2011 la Corte Constitucional colombiana se refirió a diversos problemas en la implementación de medidas provisionales ordenadas por la Corte IDH respecto a familiares víctimas en el caso *Masacre de La Rochela*. La Corte instó al Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Vicepresidencia de la República, para que participe activamente en el cumplimiento de las medidas provisionales; ordenó a la Dirección de Derechos Humanos y Derecho Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores que haga un seguimiento más estricto y material al cumplimiento de las provisionales decretadas; ordenó a la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia que participe activamente en el cumplimiento de las medidas; y ordenó a la Fiscalía General de la Nación brindar el apoyo necesario para el avance de las investigaciones. Por otra parte, se ordenó al Procurador General de la Nación que adopte las medidas necesarias para vigilar y monitorear el estricto cumplimiento de las medidas provisionales, de cada una de las autoridades públicas destinatarias de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional. Dispuso que en caso de dilación en la implementación de las mismas, la Procuraduría General de la Nación deberá iniciar las investigaciones disciplinarias respectivas. Finalmente, se instó a la Defensoría del Pueblo para que realice las recomendaciones y observaciones pertinentes a las autoridades destinatarias de las órdenes de esta sentencia de la Corte Constitucional.

Estas decisiones de la Corte Constitucional tienen un efecto articulador de las instituciones con competencias asociadas a las órdenes emitidas por la Corte IDH. Ante las dificultades que ofrecen algunas agencias nacionales negligentes en la implementación de las decisiones internacionales, otras

taria, por lo menos una vez al mes en todos los medios y durante el término de seis meses, en horarios y espacios de alta audiencia, a la población afectada por las Masacres de Ituango de las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para las personas individualizadas en dicho fallo y del procedimiento a seguir para acceder a ellas”.

agencias efectúan órdenes que organizan el ejercicio del poder público de forma relevante, para impulsar una mejor implementación de las decisiones interamericanas. Como se observa, la independencia judicial es crucial en este punto: si existieran presiones externas indebidas, una Alta Corte como la colombiana no podría impulsar el mencionado nivel de rendición de cuentas de diversas instituciones que están llamadas a participar en la implementación de las sentencias de la Comisión y la Corte IDH.

4. Independencia Judicial que se refleje en interpretaciones proclives a una vigorosa implementación de las decisiones interamericanas y que impidan su bloqueo

En relación con esta idea quiero referirme a la implementación de un caso guatemalteco. Decisiones de la CIDH y la Corte IDH han documentado terribles atrocidades cometidas durante el conflicto armado que padeció Guatemala hasta los acuerdos de paz firmados en 1996. En diversos momentos, el Estado ha mantenido una actitud confrontativa contra la CIDH y la Corte IDH. En algunos gobiernos se ha tenido cierto nivel de apertura ante los órganos interamericanos, reconociendo la responsabilidad del Estado respecto a algunas graves violaciones y ofreciendo ciertas medidas de reparación que actualmente se relacionan con un “Programa Nacional de Resarcimiento” por las atrocidades del pasado.

A continuación analizo el decisivo rol que, en dicho contexto, en algunos momentos ha jugado la Cámara Penal de la Corte Suprema para impulsar la implementación de las decisiones interamericanas. Un primer paso al respecto lo constituyó, en el 2009, la declaración de autoejecutabilidad de varias decisiones adoptadas por la Corte Interamericana. Pero el ejemplo que resalto a continuación, en relación con una época específica de la implementación del caso *Bámaca Velásquez*, es indicativo del rol de la independencia judicial de las Altas Cortes para garantizar una adecuada implementación de las decisiones internacionales.

Como antecedente para entender este ejemplo, cabe anotar que la Corte IDH ha señalado que Guatemala enfrenta un patrón estructural de impunidad que ha dificultado el cumplimiento del deber de investigar previsto en las sentencias emitidas contra dicho país⁸⁷. Por

87 Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 27 de enero del 2009.

ello, en la supervisión de cumplimiento de algunas de sus decisiones adoptadas en el 2009, la Corte hizo un análisis más detallado del marco institucional en el que se insertan sus órdenes, tratando de precisar con más claridad el tipo de acción estatal idónea para impulsar las investigaciones.

Casi una década después de las sentencias emitidas por la Corte respecto a la desaparición forzada de Efraín Bámaca Velásquez, las investigaciones no habían avanzado. Sin embargo, a partir de las mencionadas decisiones adoptadas en el 2009, la Corte IDH impactó en el impulso de este caso. En un primer momento, el 11 de diciembre del 2009, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia declaró que era necesario anular un sobreseimiento emitido en dicho caso e “iniciar un nuevo procesamiento” de los responsables. Sin embargo, como consecuencia de la orden de reabrir la investigación, un militar retirado presentó un recurso de amparo ante la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, alegando que al existir un sobreseimiento a su favor el proceso no se podía reabrir y no podía ser sometido a una nueva persecución penal. La Corte de Constitucionalidad aceptó dicho recurso señalando que la Corte IDH no había declarado la fraudulencia de lo actuado en el proceso y que se podían vulnerar derechos del acusado.

Se ordenó entonces la revisión de la decisión de reabrir la investigación. Si los magistrados de la Sala Criminal no lo hacían, podían ser sancionados, razón por la cual anularon la decisión de reapertura de investigación. En este punto puede observarse la relación entre la independencia judicial y la implementación de decisiones interamericanas. En este caso, la posibilidad de sanción por el solo hecho de impulsar el cumplimiento de la decisión de la Corte IDH, demuestra el tipo de daño que pueden generar las presiones externas contra operadores judiciales comprometidos con los derechos humanos.

Copredeh (Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de derechos humanos) solicitó a la Corte IDH un pronunciamiento específico sobre esta controversia entre la Sala Criminal y la Corte de Constitucionalidad. Al resolver lo pertinente, la Corte IDH recordó que ya había señalado, diez años atrás, que el fiscal del caso “recibió presiones, atentados y amenazas” y que respecto de los recursos internos, se ejercieron “acciones directas de agentes del Estado de alto nivel tendientes a impedir que tuvieran resultados positivos”. Además,

la Corte IDH dio dos pasos importantes para fortalecer la legitimidad de sus órdenes en este caso.

En primer lugar, la Corte consideró que no sólo su jurisprudencia constante, sino también diversas prácticas en la región —particularmente de Perú, Bolivia y Colombia—, relacionadas con la implementación judicial de sus órdenes, permiten inferir que no era necesario que la Corte hubiera dado órdenes de carácter específico en este tipo de casos, para que los Estados implementen efectivamente investigaciones judiciales y adopten las medidas necesarias para superar los obstáculos que generan impunidad.

En segundo lugar, el Tribunal hizo un juicio de ponderación respecto a las garantías penales que se invocan para impedir la vigencia plena de la orden de investigar emitida por la Corte IDH, frente a los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos como el relacionado con el caso *Bámaca*. El Tribunal consideró que la impunidad en la que pueden quedar estas conductas por la falta de investigación, genera una afectación bastante alta a los derechos de las víctimas. En este punto, la Corte también utilizó como fundamento las decisiones de Altas Cortes de la región en las que se había aceptado restringir algunas garantías penales de los procesados cuando claramente éstas constituían un obstáculo desproporcionado para la debida diligencia en la lucha contra la impunidad. En suma, se señaló que en este tipo de casos la prevalencia de un sobreseimiento por encima de los derechos de las víctimas genera que el proceso continúe con manifiestas violaciones del acceso a la justicia, proyectando la impunidad en el tiempo y haciendo ilusorio lo ordenado por la Corte⁸⁸.

El respaldo de la Corte IDH a la Cámara Penal de la Corte Suprema constituyó un importante precedente para el impulso de los procesos penales relacionados con las atrocidades del pasado. En este específico ejemplo, el Tribunal Interamericano ofreció una salvaguarda legal a la Cámara Penal para no ser objeto de eventuales sanciones legales por parte de la Corte de Constitucionalidad, como consecuencia de la reapertura de investigaciones asociadas a sentencias emitidas por la Corte IDH. Puede considerarse que la decisión de la Corte IDH constituyó un respaldo a la independencia judicial en el marco de la cual la Cámara

88 Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 18 de noviembre del 2010.

Penal decidió impulsar el cumplimiento del caso. Declaraciones del presidente de la Cámara Penal en esa época evidencian este importante rol que tuvo la intervención internacional para que las instituciones locales se sintieran más acompañadas al impulsar estas investigaciones a pesar de diversas resistencias institucionales internas⁸⁹.

En suma, el caso Bámaca es un ejemplo de cómo la Corte IDH ha tenido que enfrentar el conflicto entre instituciones que impulsan el cumplimiento de sus órdenes y órganos que ofrecen obstáculos para ello. Por otra parte, para enfrentar este tipo de retos y apoyar políticas institucionales que impulsan la implementación de las reparaciones ordenadas, la Corte fortalece su papel como tribunal interamericano a través de un mayor diálogo con experiencias notables de implementación del derecho internacional en el ámbito local en la región, lo cual ofrece mayor legitimidad a la intervención internacional.

5. Consideraciones finales y conclusiones

La independencia judicial es una condición necesaria para que los funcionarios a cargo de cumplir con obligaciones establecidas en decisiones interamericanas, puedan hacerlo sin presiones externas que obstaculicen la implementación.

Para tal efecto, se necesita que todos los poderes públicos, en particular el Ejecutivo y el Legislativo, respeten las decisiones judiciales y garanticen la estabilidad de los jueces. Por otra parte, son necesarias medidas de protección adecuadas que otorguen confianza a jueces y fiscales respecto a no ser objeto de represalias, tanto legales como ilegales, como consecuencia de sus esfuerzos dirigidos a implementar decisiones interamericanas.

Las medidas de protección deben tener en cuenta el contexto en el que operan jueces y fiscales, de tal forma que la connotación política de ciertos casos, permita indagar con debida diligencia cualquier tipo de presión o intimidación contra los funcionarios. Más que protección basada

89 Entrevista con César Barrientos, presidente de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, 5 de enero del 2012, disponible en <http://ictj.org/es/multimedia/audio/guatemala-jueces-y-fiscales-con-voluntad> y Barrientos, César, "El Poder Judicial de Guatemala frente a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", 2012.

en escoltas u otros esquemas lo cual resulta útil pero no suficiente, lo que más se requiere es voluntad política de atacar cualquier tipo de intimidación, deslegitimación o criminalización que pueda surgir contra jueces o fiscales por parte de grupos de poder, interesados en impedir el avance en investigaciones o la condena de los responsables de graves violaciones de derechos humanos. Fiscales y jueces independientes requieren tener certeza de que la rama judicial les va a respaldar cuando grupos de poder intenten victimizar, desprestigiar o estigmatizar su labor.

De ahí que resulte especialmente importante la investigación pronta y efectiva en el caso de amenazas, atentados contra la integridad personal o asesinatos de jueces y fiscales. El carácter intimidatorio de este tipo de actos tiene un efecto devastador que mina la confianza de muchos operadores judiciales; el Estado les protegerá en el caso de que las decisiones que adopten afecten intereses de poder.

Otro aspecto relevante, lo constituye el dejar de pensar en el Poder Judicial como un bloque homogéneo. En efecto, los contextos y necesidades son distintos dependiendo de si se trata de Altas Cortes o de funcionarios con tareas forenses. Según el contexto político, las normas disciplinarias pueden tener un rol como normativa de responsabilidad de funcionarios por sus actos.

Ahora bien, en algunos países, ciertas reformas constitucionales o los debates sobre el alcance jurídico que tienen las decisiones internacionales, están directamente asociados a las discusiones sobre el rol de los jueces en la implementación de las decisiones interamericanas. Si la visión sobre estas reformas y estos debates es proactiva al diálogo con el derecho internacional, la implementación de decisiones se fortalece. Pero en muchos contextos ocurre precisamente lo contrario. Por ello, la formación y capacitación de jueces para que otorguen relevancia al derecho internacional para fortalecer la labor judicial, es crucial mejorar el impacto del SIDH.

El caso colombiano es un buen ejemplo de algunos avances y retos en esta materia. La reforma constitucional de 1991 introdujo diversos aspectos que otorgaron a los procesos judiciales y a instancias judiciales diversas posibilidades para contribuir con una mejor implementación de las decisiones internacionales. En particular, la utilización de la acción de tutela, una institución relativamente similar a la del amparo en otros

países, ha sido utilizada para que algunas decisiones interamericanas, en medidas cautelares o en casos contenciosos, sean cumplidas. Por otro lado, la intervención de las víctimas como parte civil en procesos penales ha permitido otorgar a las decisiones internacionales una proyección debida, en el impulso de procesos judiciales locales dirigidos a superar la impunidad.

LA EXPERIENCIA BRASILEÑA DE DIÁLOGO CON DECISIONES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS⁹⁰

Marlon Alberto Weichert y Gustavo Miranda Antonio***

1. Introducción

El presente artículo tiene tres objetivos. El primero es analizar cómo el SIDH desempeña un importante papel en la promoción de los derechos humanos y el perfeccionamiento de nuestras instituciones nacionales en Brasil. Para esa finalidad, serán abordadas tres demandas presentadas al SIDH contra el Estado brasileño y la manera en la cual impactaron, en el ámbito interno, respecto a la promoción de los derechos de las víctimas y, también, de los intereses sociales. El segundo objetivo es identificar y comprender las barreras existentes en Brasil para la consolidación de la legitimidad de los órganos del SIDH ante los poderes locales, sobre todo del Poder Judicial. Finalmente, el tercer objetivo, será presentar algunos desafíos que los propios órganos del Sistema pueden progresivamente asumir, para facilitar el reconocimiento de su legitimidad por las instituciones públicas e instituciones nacionales.

El abordaje de los puntos destacados tiene como base la visión que los autores tienen del tema, a la luz de sus propias experiencias profesionales. Uno como procurador de la República y, por tanto, miembro del Ministerio Público Federal brasileño, habiendo actuado directamente en asuntos relativos a la promoción de los derechos humanos y, en los últimos años, con la implementación de la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso Gomes Lund y otros. El otro, como abogado con importante experiencia en litigio estratégico en el SIDH.

* Procurador regional de la República de Brasil. Máster en Derecho de Estado por PUC/SP. Investigador visitante en el New York School of Law. Bachiller en Derecho por la Universidad Federal Fluminense (UFF/RJ).

** Abogado. Máster en Derecho y Desarrollo por la Escola de Derecho de São Paulo de la Fundación

90 El presente artículo fue redactado originalmente en portugués. Agradecemos a la abogada Sofía Villalba Laborde por su asistencia con la traducción al castellano.

2. Contribuciones del SIDH

Para enumerar algunas de las contribuciones que el sistema contencioso interamericano de derechos humanos ha traído para las víctimas de violaciones de derechos humanos, la sociedad civil y el propio Estado brasileño, será tomado como ejemplo un caso que fue analizado por la CIDH y dos casos que fueron juzgados por la Corte IDH⁹¹.

El primer caso se refiere a Maria da Penha Fernandes, una farmacéutica y bioquímica de Fortaleza que fue víctima de violencia doméstica, recibiendo un tiro de su marido mientras dormía, que la dejó parapléjica. En otra ocasión intentó electrocutarla. A pesar de las denuncias de agresión, su marido continuaba en libertad. En 1998, después de más de quince años buscando la obtención de justicia en las cortes nacionales, el caso fue llevado a la CIDH, con la asistencia del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y del Comité Latino-americano y del Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM).

Varios años después del inicio del trámite del caso, la Comisión determinó que Brasil era responsable por la violación de los derechos previstos en la Convención Belém do Pará y exhortó al Estado brasileño a adoptar

91 El Estado brasileiro recibió hasta finales del 2015 cuatro sentencias de la Corte IDH, en las cuales se declaró su responsabilidad internacional por violación a los derechos humanos. Estos casos fueron los siguientes: Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio del 2006. Serie C No. 149; caso *Escher y otros vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio del 2009. Serie C No. 200; caso *Garibaldi vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre del 2009. Serie C No. 203; y caso *Gomes Lund y otros ("Guerrilla do Araguaia") vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de noviembre del 2010. Serie C No. 219. Además, Brasil también respondió ante la Corte en relación al caso Nogueira de Carvalho, si bien la sentencia en ese caso fue de improcedencia, pues no se probó que hubo violación a la CADH. Caso *Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre del 2006. Serie C No. 161. En el 2015 fueron presentados dos nuevos casos contra Brasil, los cuales a la fecha de la conclusión de este artículo todavía no tienen sentencia: caso Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira y otros (Favela Nova Brasília) y el Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde.

todas las medidas necesarias para reparar las violaciones, conforme a las recomendaciones del Informe de Fondo del caso⁹².

El caso Maria da Penha contribuyó de una manera fundamental a la promulgación de la Ley n.º 11.340 del 2006⁹³, considerada como el principal instrumento legal para prevenir y castigar la violencia doméstica contra las mujeres en Brasil. Más conocida como Ley Maria da Penha, su promulgación fue considerada un avance porque reconoce la violencia doméstica como un crimen, tipifica situaciones violentas determinando cuándo el agresor debe ser enviado a prisión y asegura la asistencia de las víctimas y sus familias por parte de los servicios de protección y asistencia social que, dígame de paso, todavía precisan ser perfeccionados. En el plano de la concreta protección judicial, el caso y la Ley Maria da Penha representan un verdadero punto de inflexión en el modo en el que los órganos del sistema de justicia (Policía Judicial, Ministerio Público y jueces) lidian con las especificidades de la violación de derechos humanos en las relaciones afectivas y con las limitaciones de las figuras clásicas del derecho penal para proteger a la mujer, en situaciones de violencia doméstica.

El segundo ejemplo es el caso Ximenes Lopes, que se refiere a la violación de derechos humanos en el contexto de tratamiento psiquiátrico. Después de ser internado por su madre en la única clínica psiquiátrica del municipio de Sobral, en Ceará, acreditada por el Sistema Público de Salud (*Sistema Único de Saúde* — SUS), Damião Ximenes Lopes falleció por los malos tratos sufridos durante su hospitalización, en condiciones consideradas inhumanas y degradantes.

La sentencia de la Corte IDH, que reconoció la responsabilidad del Estado brasileño por la violación de los derechos garantizados en la CADH⁹⁴, más allá de permitir la reparación pecuniaria a la familia de Damião por daños morales y materiales, tuvo efectos directos en la política pública de salud mental del país. En este sentido, la comunidad médica y la

92 CIDH. Caso 12.051. *Maria da Penha Maia Fernandes vs Brasil*. Relatório Anual 2000. Informe de Fondo n° 54/01. 4 de abril del 2001.

93 Ley n° 11.340, de 7 de agosto del 2006. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Último acceso: 16 de diciembre del 2015.

94 Corte IDH. Caso *Ximenes Lopes vs Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio del 2006. Serie C No. 149.

sociedad civil venían desde 1987 proponiendo la reforma del sistema de atención psiquiátrica, basado en la internación psiquiátrica, con la consiguiente exclusión social de los pacientes. Tales iniciativas no encontraban eco en el Parlamento, que llevaba ya más de 10 años debatiendo una nueva legislación sobre la materia. Fue apenas después de la presentación del caso *Ximenes Lopes* ante la CIDH, en 1999, cuando el Estado brasileño se movilizó políticamente para concluir ese proceso, que culminó con la sanción, en el 2001, de la Ley número 10.216⁹⁵. Esa nueva legislación proporcionó el marco jurídico para el movimiento en contra de la internación psiquiátrica en Brasil y permitió la salida de millares de pacientes de hospitales psiquiátricos.

A pesar de los avances en la política de salud mental, en el proceso de supervisión de cumplimiento de sentencia, la Corte IDH entendió que la capacitación de profesionales que actúan en el área de salud mental todavía no fue cumplida por el Estado brasileiro, el cual aún tiene el deber de:

Continuar desarrollando un programa de formación y capacitación para el personal médico, de psiquiatría y psicología, de enfermería y auxiliares de enfermería y para todas aquellas personas vinculadas a la atención de salud mental, en especial sobre los principios que deben regir al trato de las personas portadoras de deficiencia mental, conforme las normas internacionales sobre la materia y aquellas dispuestas en la sentencia⁹⁶.

En ese punto, además, es importante subrayar la relevancia que el procedimiento de acompañamiento de cumplimiento de sentencias tiene para garantizar que los Estados implementen efectivamente, en el ámbito interno, lo dispuesto por la Corte IDH en sus decisiones. La obligación de dar cumplimiento a lo ordenado por la Corte, incluye el deber del Estado de informar sobre las medidas de reparación adoptadas para cumplir cada una de las reparaciones ordenadas, posibilitando que se realice una evaluación de lo que ya fue cumplido y de las medidas que aún están pendientes de

95 Ley n° 10.216, de 6 de abril del 2001. La misma dispone la protección de los derechos de las personas con trastornos mentales y redirecciona el modelo asistencial en salud mental. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10216.htm>.

96 Corte IDH. Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 17 de mayo del 2010. Punto declarativo 1.b.

cumplimiento. Con ello se evita además que los puntos resolutivos de las decisiones sean entendidos por los Estados como meras recomendaciones.

El tercer caso merecedor de referencia es *Gomes Lund y otros*, que tiene como tema de fondo la falta de justicia, verdad y reparación, en relación a las víctimas de represión política por la dictadura militar, que formaban parte de la denominada *Guerrilla del Araguaia*, y sus familiares. Desde el momento en el que se hizo visible que la CIDH iba a concluir el trámite de la denuncia, emitiendo un informe de fondo condenatorio y probablemente formulando una demanda ante la Corte, el Estado brasileño se apresuró a concluir el proceso de creación de la Comisión Nacional de la Verdad. Esa —Comisión creada por Ley en mayo del 2012 y que concluyó sus trabajos en diciembre del 2014—, había sido una reivindicación de larga data de las víctimas y familiares de las víctimas de la dictadura, de la sociedad civil y de algunas instituciones públicas, pero sin apoyo claro del Gobierno y, mucho menos, del Congreso. El riesgo de condena de Brasil ante la Corte IDH fue, sin duda, un elemento central para revertir ese escenario y movilizar al Gobierno y a los parlamentarios para su creación.

Por otro lado, la eventual condena al Estado brasileño fue esencial para avanzar en la persecución criminal de los autores de graves violaciones a los derechos humanos y en las demás medidas de justicia transicional. Aunque desde el 2007 algunos procuradores de la República venían intentando impulsar el inicio de procesos civiles y criminales de responsabilidad, fue solamente después de la condena de la Corte IDH en el caso *Gomes Lund y otros*⁹⁷ que consiguieron revertir la resistencia existente en el Ministerio Público Federal y, efectivamente, formar un grupo de trabajo con esa finalidad. El elemento central para ese convencimiento fue la defensa de la obligación internacional de cumplir la sentencia, independientemente de sus fundamentos, en los términos del artículo 68 de la CADH.

Además, en relación a las iniciativas de justicia transicional, vale resaltar la importancia de la jurisprudencia de la Corte IDH en el ámbito regional. En efecto, el esfuerzo de los procuradores de la República para el inicio de la persecución penal de autores de crímenes contra la humanidad, así como para la creación de una Comisión de Verdad y la adopción

97 Corte IDH. Caso *Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre del 2010. Série C No 219.

de medidas de reformas institucionales, tiene como uno de sus marcos las sentencias dictadas previamente por la Corte en los casos *Almonacid Arellano vs. Chile*⁹⁸ y *Barrios Altos vs. Perú*⁹⁹. Fueron los fundamentos de esas decisiones las que proporcionaron los elementos para que los procuradores en Brasil defendieran, antes de la decisión *Gomes Lund y otros*, que los obstáculos internos para la promoción de justicia particularmente la amnistía y la prescripción, necesitaban ser superados, con base en el derecho internacional de los derechos humanos.

De esa forma, aun cuando existen muchos puntos objeto de perfeccionamiento en el SIDH, parece indiscutible su contribución para el desarrollo de los derechos humanos en la región. La mera existencia de riesgo de condena ha sido un factor de constreñimiento para los gobiernos. Los efectos de sus decisiones trascienden las fronteras del Estado parte y proporcionan elementos para la movilización social y el cabildeo, empoderando a la sociedad civil en su diálogo con los órganos estatales. No obstante, pese a los beneficios derivados de los pronunciamientos de los órganos del SIDH, el cumplimiento específico de una sentencia de la Corte IDH es aún un desafío, especialmente cuando involucra la confrontación de una decisión judicial interna, tal como sucede hoy en Brasil con el caso *Gomes Lund y otros*.

Hay, de hecho, un aparente conflicto entre una decisión del Supremo Tribunal Federal (STF) que declaró la constitucionalidad y validez de la Ley de amnistía¹⁰⁰ a los agentes de represión política¹⁰¹, y la sentencia *Gomes Lund y otros*, que reconoció la invalidez de esa misma Ley bajo el enfoque de control de convencionalidad. Ese enfrentamiento se siente en las decisiones de los jueces nacionales, que siguen rechazando iniciativas de persecución penal realizadas por el Ministerio Público Federal, bajo el argumento de

98 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No 154.

99 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Série C No. 75.

100 Ley n° 6.683, de 28 de agosto de 1979. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Último acceso: 16 de diciembre de 2015.

101 Supremo Tribunal Federal. Argumentación de Incumplimiento de Preceito Fundamental n° 153/DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau. Acórdão de 29 de abril de 2010. Disponible en: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Último acceso: 16 de diciembre de 2015.

vinculación de la decisión del STF en los términos de la legislación interna. La autoridad de la sentencia de la Corte IDH es, por lo tanto, omitida frente al precedente de la Suprema Corte interna.

Queda claro que, mientras el propio STF no tome posición sobre los efectos jurídicos de la sentencia Gomes Lund y otros, especialmente en relación a su decisión anterior, los demás órganos del Poder Judicial no se mostrarán dispuestos a cumplir la obligación internacional de procesar y juzgar a los autores de graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar.

Vale decir que, contrariamente a lo que ocurrió en el Ministerio Público, la decisión de la Corte IDH no fue suficiente por sí sola, para que jueces y tribunales dejaran de aplicar el precedente del STF, dictado anteriormente y que garantiza impunidad a los agentes públicos que cometan graves violaciones a los derechos humanos. Aun siendo absolutamente inadecuado desde el punto de vista normativo —los autores entienden que la sentencia de la Corte IDH en sí misma invalida los efectos de la Ley de Amnistía brasileña en los casos de crímenes practicados con graves violaciones a los derechos humanos durante la dictadura militar y debe ser aplicada directamente por todos los órganos del Estado, inclusive los del Poder Judicial—, en la práctica, se percibe la necesidad de intermediación entre el foro internacional y el doméstico, por medio del STF, para que éste defina el valor jurídico de la decisión de la Corte IDH frente a su propia jurisprudencia. De hecho, los órganos del Poder Judicial son reacios a reconocer el valor normativo de la sentencia de la Corte IDH en el caso Gomes Lund y otros, bajo la alegación de que representaría un desafío a la autoridad de la Suprema Corte, a cuya jurisprudencia en materia de control de constitucionalidad deben obedecer, de acuerdo con la Constitución.

De ese modo, sólo un pronunciamiento del STF sobre el valor de las decisiones de la Corte IDH en el sistema jurídico interno, será capaz de permitir que los demás órganos judiciales asuman que la aplicación directa de la sentencia internacional no representa un menoscabo a los órganos de la cúpula del Poder Judicial brasileño. La posición del STF está aún siendo debatida, por lo que hoy por hoy no conocemos cuál será

su desenlace¹⁰². Por tanto, aún no es posible descartar el riesgo de una decisión desastrosa que confronte la autoridad de las decisiones del SIDH.

De cualquier modo, lo que es flagrante es la existencia de barreras que se deben superar para lograr el reconocimiento integral a nivel interno de la legitimidad jurídica, política y social de autoridad de los órganos del SIDH. La segunda parte del artículo, como sigue, estará dedicada a identificar y analizar las causas de ese fenómeno, o sea, cuáles son los elementos que impiden una aceptación más amplia del valor vinculante de las sentencias internacionales, particularmente aquéllas emitidas por la Corte IDH.

3. Barreras aún existentes

Antes de analizar este tema, queremos hacer algunas reflexiones preliminares. En primer lugar, apuntar que las dificultades que serán referidas son pertinentes al caso brasileño, siendo bastante probable que no se reproduzcan integralmente en otros países. En segundo lugar, que para llegar a algunas conclusiones se ha realizado un diagnóstico, sin que las críticas representen necesariamente la opinión de los autores. En tercer lugar, que la intención no es realizar un análisis jurídico de los argumentos, sino evidenciar lo que los jueces, operadores internos de justicia y formadores de opinión utilizan como retórica para rechazar el derecho internacional de los derechos humanos o la autoridad de las sentencias internacionales. Hechas esas observaciones, consideramos que es posible clasificar las barreras en tres planos: normativo, político y cultural.

En el plano normativo, la principal dificultad está dada por la Constitución Federal, que rechazó la atribución de fuerza normativa constitucional a las convenciones internacionales de derechos humanos. A diferencia de Argentina, que desde 1994 incorporó las normas de derecho internacional de los derechos humanos al conjunto de normas

102 La Orden de los Abogados de Brasil interpuso el recurso de Embargos de Declaración de acuerdo al ADPF 153/DF, el 13 de agosto del 2010. Los embargos se encuentran concluidos por el Relator, Ministro Luiz Fux, desde 28 de junio del 2012, sin haber sido analizados. Además, el Partido Socialismo y Libertad — PSOL ingresó con una nueva Argumentación de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF 320/DF) en el 2014, pidiendo que el Supremo Tribunal Federal reconociera la aplicabilidad inmediata y directa de la sentencia de la Corte IDH en el Caso Gomes Lund y otros.

materiales constitucionales¹⁰³, Brasil en el 2004 aprobó la Enmienda Constitucional número 45¹⁰⁴, en la que explicitó la necesidad de un procedimiento formal interno específico y severo para reconocer valor constitucional a los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos¹⁰⁵. Si bien hasta ese entonces aún había posibilidad de una argumentación dogmática a favor de la jerarquía constitucional de esas normas, esa expectativa fue prácticamente eliminada con la reforma constitucional del 2004.

Otro obstáculo normativo es la diferencia entre el modelo de fuentes normativas de derecho interno y de derecho internacional. El derecho brasileño es típicamente de *Civil Law*, o sea positivista, en el cual la

103 Constitución Nacional Argentina. Artículo 75 - Corresponde al Congreso: (...) 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional. Disponible en: <<http://www.casarsada.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>>. Último acceso: 16 de diciembre del 2015.

104 Enmienda Constitucional n° 45, de 30 de diciembre del 2004.
Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Último acceso: 16 de diciembre del 2015.

105 Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988. Art. 5°, § 3°: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

costumbre es fuente secundaria. Así, por parte de la comunidad jurídica nacional, hay una enorme incompreensión del derecho internacional, el cual desde siempre tuvo como fuente principal la costumbre.

Esa disparidad de modelos interfiere en la capacidad de comprensión del derecho internacional. Por ejemplo, para buena parte de los juristas brasileños el derecho internacional solamente tiene valor cuando es incorporado formalmente al derecho interno, mediante la aprobación y la ratificación de tratados. ¿Cómo quedan entonces las diversas normas no escritas que componen el *jus cogens*? Justamente éstas, que son el núcleo del derecho internacional de los derechos humanos y que prevalecen incluso frente a un tratado que las contraríe, terminan por no ser reconocidas por la justicia nacional, la cual está habituada a medir la validez de una norma por su procedimiento de creación o de incorporación.

Ese desafío es aún mayor respecto a las obligaciones internacionales de investigar y castigar graves violaciones a los derechos humanos, tales como crímenes contra la humanidad. En ese caso, para los Estados que no ratificaron la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad¹⁰⁶, el fundamento para la persecución penal deriva directa y exclusivamente de la costumbre internacional, sobre todo respecto a conductas practicadas antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma en julio del 2002¹⁰⁷. Sin embargo, en los países de *Civil Law* una de las garantías más fuertes del derecho penal es el principio de legalidad estricta. Así, es natural que haya fuerte resistencia a aplicar normas sancionadoras o agravadoras, provenientes de la costumbre internacional, las cuales, por no ser escritas, ni siquiera pueden ser formalmente incorporadas al derecho nacional.

El segundo plano de dificultades es el político, el cual se manifiesta en varios frentes, sobre todo en el discurso de que el Poder Judicial debe preservar la soberanía nacional y no “someterse” a una corte internacio-

106 ONU. Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad. Original en inglés disponible en: <<http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/warcrimes.pdf>>. Último acceso: 16 de diciembre del 2015.

107 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Promulgado en Brasil por el Decreto n° 4.388, de 25 de septiembre de 2002. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Último acceso: 16 de diciembre del 2015.

nal, como si fuera sinónimo de corte extranjera. Además, se pueden percibir, especialmente en el Parlamento, reacciones que critican la aceptación de Brasil a la jurisdicción internacional cuando las “grandes potencias” la rechazan. En ese sentido, se menciona la no ratificación por los Estados Unidos de la CADH y la negativa de tres miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU¹⁰⁸, de ratificar el Estatuto de Roma y reconocer la autoridad de la Corte Penal Internacional. Se alega, con desconfianza, que el derecho internacional de los derechos humanos es utilizado como un instrumento de dominación y que la imposición de sentencias internacionales condenatorias es un modo de intervención.

Es curioso observar que, en el plano político, no sólo agentes estatales cuestionan la legitimidad del SIDH, sino que también algunos actores progresistas de la sociedad civil suscriben esas críticas y además formulan otras. En especial, se argumenta que los órganos internacionales de derechos humanos no son lo suficientemente autónomos, pues sus miembros son seleccionados por el Estado, mediante negociaciones políticas, sin espacio para participación de la sociedad civil. Además, se teme que la diplomacia tenga excesiva influencia en las decisiones del SIDH o, por lo menos, en el momento en el que son dictadas.

■
87

En algunos casos, la crítica va más allá, cuestionando la falta de transparencia en el proceso decisorio y en la elección de prioridades, la demora en dar respuestas a las víctimas, e incluso la ausencia de un acompañamiento más frecuente y efectivo del cumplimiento de las sentencias.

En este plano político, merece mención el hecho de que el Gobierno brasileño, hace poco tiempo, adoptó la postura de atacar al SIDH en el foro internacional cuando recibió decisiones que consideró desfavorables. Esa actitud quedó explícita luego de que la CIDH otorgó una medida cautelar en abril del 2011¹⁰⁹, solicitando que el Gobierno

108 Los Estados Unidos de América, la República Popular de China y Rusia.

109 CIDH. Medida Cautelar n° 382/2010 — Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil. 1 de abril del 2011.

NERY, Natuza. Dilma contraataca a la OEA por Belo Monte y suspende recursos. Folha de S. Paulo, 30 de abril del 2011. Disponible en: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/>

brasileño suspendiera la construcción de la Usina Hidroeléctrica de Belo Monte, en Pará, hasta que fuera garantizado el derecho a la consulta previa, libre e informada de la población afectada, que incluía pueblos indígenas y “quilombolas”.

Brasil criticó y se desquitó con la Comisión, mediante la suspensión de su aporte financiero al SIDH y la retirada de su embajador permanente en la Organización de los Estados Americanos¹¹⁰. Además de eso, el Gobierno ignoró la decisión y siguió con la construcción de la referida hidroeléctrica. Esa respuesta construyó el camino para que otros países latinoamericanos —Venezuela, Nicaragua, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú— aprovecharan la oportunidad para criticar y atacar la autonomía y la independencia de la Comisión, especialmente su capacidad de adoptar medidas cautelares en situaciones graves o de urgencia. Ese movimiento de intento de debilitamiento de la CIDH, resultó en un delicado proceso de reforma del SIDH que culminó con la aprobación de un nuevo Reglamento de la CIDH en el 2013.

■
88

Con relación a los aspectos *culturales*, la principal cuestión es el desconocimiento teórico sobre el derecho internacional de los derechos humanos por parte de los operadores y profesores de derecho. Hay, indiscutiblemente, una negligencia con el derecho internacional en la academia, a pesar de su creciente relevancia, sobre todo en un mundo cada día más globalizado e interconectado.

Ese desconocimiento teórico del derecho internacional refuerza la dificultad derivada de las diferencias normativas entre el derecho internacional y el derecho nacional, antes mencionado. En este sentido, la ausencia de una adecuada comprensión teórica alimenta la incomprensión sobre los distintos paradigmas y lleva a jueces, procuradores y abogados a repetir preconceptos y dogmas.

Todas estas barreras imponen desafíos para los actores involucrados en el fortalecimiento del SIDH. Ninguna de ellas es intransitable. Por el

me3004201117.htm>. Último acceso: 16 de diciembre del 2015.

110 NERY, Natuza. Dilma contraataca a OEA por Belo Monte y suspende recursos. Folha de S. Paulo, 30 de abril del 2011. Disponible en: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/me3004201117.htm>>. Último acceso: 16 de diciembre del 2015.

contrario, parece que son sinónimos de un proceso en afirmación, de una novedad que desafía paradigmas jurídicos y políticos y, justamente por eso, todavía son objeto de mucha resistencia.

Por otro lado, dada la propia dinámica de las relaciones entre los Estados y los órganos del SIDH, y de los Estados y sus respectivas sociedades, no se pueden descuidar los riesgos de retroceso. Vale recordar que, recientemente, la República Dominicana se negó a cumplir una decisión de la Corte Interamericana¹¹¹, y el Tribunal Constitucional de dicho país emitió una sentencia que declaró inconstitucional el instrumento de aceptación de competencia de la Corte IDH¹¹². Dicha decisión debilita el acceso al SIDH y la protección de los derechos humanos de los ciudadanos y residentes de ese país.

4. Desafíos para el futuro

Esta última sección se dedicará, brevemente, a señalar los caminos que pueden ser pertinentes para enfrentar los desafíos descritos arriba. En primer lugar, el elemento central es reforzar y facilitar el diálogo entre los órganos de justicia estatal, la Comisión y la Corte IDH y la sociedad civil. Eso puede hacerse tanto en el contexto de litigio de un caso concreto como fuera de ese contexto. En efecto, en el propio proceso decisorio es preciso buscar aproximar el lenguaje del derecho internacional al lenguaje del derecho interno de los Estados miembro. En el caso brasileño, hay una dificultad adicional por ser el único país de lengua portuguesa en el continente, en un Sistema naturalmente dominado por la lengua española. Por ello, los puentes serán más fácilmente construidos si ambas partes (Estados y órganos del SIDH) adoptan mecanismos para aproximarse y comprenderse mutuamente.

En el ámbito del proceso contencioso, es preciso insistir para que las decisiones sean normativa y teóricamente fundamentadas. Cabe recordar

111 Corte IDH. Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto del 2014. Serie C No. 282.

112 Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Sentencia TC/0256/14, de 4 de noviembre del 2014. Español. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200256-14%20%20%20%20C.pdf>>. Último acceso: 16 de diciembre del 2015.

que, en general, la intervención de los órganos del SIDH confrontará paradigmas internos y, por ese motivo, las decisiones deben ser claras y robustas, inclusive para facilitar su defensa por los órganos de justicia y de la sociedad civil, comprometidos con la autoridad del SIDH. Es importante reafirmar que la legitimidad de una decisión judicial se desprende objetiva y esencialmente de sus fundamentos.

De cualquier modo, el diálogo también debe ser realizado fuera de los procesos contenciosos, para incentivar que cada vez más la academia y los operadores del derecho se familiaricen con el derecho internacional de los derechos humanos. Más aún, que estos actores comprendan su papel en el proceso histórico de construcción de un sistema internacional más fuerte e influyente para la protección de los derechos humanos. No se debe dejar de reconocer la pertinencia de diversas críticas, aunque deban ser recontextualizadas bajo el enfoque de que estamos recorriendo un camino; es un trabajo en progreso. El derecho internacional de los derechos humanos es una delicada ingeniería en medio de las disputas entre los Estados y, también, de las idiosincrasias de los propios Estados. La deslegitimación interesa sólo a aquéllos que pretenden el retroceso y, en consecuencia, la reducción del nivel de protección a las víctimas.

Finalmente, es necesario que no se tenga miedo de asumir y esclarecer ante las víctimas y la sociedad civil las deficiencias del SIDH, las cuales no son provocadas por sus órganos. La falta de recursos humanos y el subfinanciamiento son elementos centrales en ese panorama, que comprometen tanto la capacidad de la Comisión y de la Corte de procesar adecuadamente y en tiempo hábil el creciente volumen de peticiones, casos y medidas cautelares, como de desempeñar con eficacia sus funciones de vigilancia.

5. Conclusión

Resulta siempre relevante recordar la importancia histórica que el SIDH tiene en la protección de derechos humanos y en la consolidación de los Estados democráticos en las Américas, funcionando como el último recurso disponible para las víctimas de violaciones de derechos humanos, de modo que puedan obtener algún tipo de reparación por los abusos que sufrieron. Los tres casos referidos en este artículo demuestran

claramente cómo la protección interna de los derechos humanos puede ser influenciada por la intervención de los órganos del SIDH.

Es posible afirmar, con cierto orgullo, que el SIDH es hoy un buen paradigma internacional de protección de los derechos humanos, sobre todo considerando que la Corte IDH reconoció desde el principio su competencia para emitir decisiones condenatorias (y no meramente declaratorias) y para realizar el seguimiento de cumplimiento de sus sentencias. Esas dos características propician una mayor efectividad de las decisiones, impulsan la adopción de reparación plena de las víctimas y, sobre todo, refuerzan la capacidad de promover la garantía de no repetición. Por esos motivos, es innegable el papel que el SIDH desempeña para la protección de los derechos humanos en el continente. Las dificultades y los desafíos existentes, lejos de ser desestimulantes, deben servir de impulsores para la evolución del sistema.

EL ROL DE LAS INSTITUCIONES NACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EL SEGUIMIENTO DE RESOLUCIONES INTERNACIONALES: ALGUNAS EXPERIENCIAS EN LA REGIÓN

*Alejandra Nuño**

1. Introducción

Hace más de veinte años, en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, tuvo lugar una importante conferencia en materia de derechos humanos, que fortaleció instituciones, estableció compromisos y definió criterios y principios que hoy en día siguen siendo fundamentales en esta materia. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, visibilizó a un actor que empezaría a ser conocido en los años por venir: las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (INDH)¹¹³. En efecto, la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia señalan lo siguiente:

■
93

* Alejandra Nuño es abogada por el ITESO y maestra en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Essex. Ha sido Cuarta Visitadora General en la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), abogada y directora del Programa para Centroamérica y México del Centro por la Justicia Internacional (CEJIL), así como Directora Ejecutiva de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (CMDPDH). Es integrante del Consejo Consultivo del Mecanismo para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos en México y actualmente es consultora independiente en materia de derechos humanos.

113 En este texto se usa el lenguaje generalmente utilizado, lo cual no necesariamente es aplicable a los estados federales, en los que existe más de una institución de derechos humanos, con independencia de otras creadas de manera específica para monitorear un tema concreto. En México, por ejemplo, existen 32 instituciones estatales de derechos humanos a las cuales se suma la nacional (Comisión Nacional de los Derechos Humanos). Por ello, es común llamarles organismos públicos de derechos humanos (OPDH). De igual manera, existe una institución nacional a cargo de monitorear la no discriminación (Consejo Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación) y hay varios de esos consejos a nivel estatal. También se cuenta con las instituciones a cargo de garantizar la transparencia y el derecho a la información, habiendo, de nueva cuenta, un Instituto Nacional y 32 locales.

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma el importante y constructivo papel que desempeñan las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos, en particular en lo que respecta a su capacidad para asesorar a las autoridades competentes y a su papel en la reparación de las violaciones de los derechos humanos, la divulgación de información sobre esos derechos y la educación en materia de derechos humanos.

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos pide que se creen o refuercen instituciones nacionales, teniendo en cuenta los “Principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales” y reconociendo que cada Estado tiene derecho a elegir el marco que mejor se adapte a sus necesidades nacionales específicas¹¹⁴.

El ideal establecido por la Conferencia Mundial ha sido plasmado en diversos instrumentos y declaraciones. En la actualidad, algunas de las oficinas del ombudsman siguen haciendo importantes esfuerzos que tienden a colaborar en el efectivo cumplimiento de las decisiones de los órganos del SIDH. Por tanto, este artículo se centrará en visibilizar las amplias posibilidades que tienen las INDH en esta esfera, los retos a los que algunas de ellas se enfrentan y, especialmente, algunas experiencias de éxitos que pueden ser replicadas a la par de diversas sugerencias sobre su actuación.

2. El amplio mandato de las INDH

La misma Asamblea General de Naciones Unidas que habría aprobado formalmente el texto de la Conferencia Mundial, aprobó los principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos, (mejor conocidos como Principios de París), los cuales dan un amplio mandato a estas instituciones¹¹⁵. De acuerdo con el literal A, las

114 Naciones Unidas. Declaración y Programa de Acción de Viena. Aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena del 14 al 25 de junio del 1993, párr. 36.

115 Naciones Unidas. Principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos. Doc. ONU A/RES/48/134, de 4 de marzo del 1994.

INDH tienen una amplia facultad de promover y proteger los derechos humanos¹¹⁶, que en la parte de monitoreo se ve reflejada en la posibilidad de hacer propuestas legislativas¹¹⁷, de señalar las violaciones de derechos humanos, hacer propuestas para poner fin a esa situación¹¹⁸, así como de elaborar diagnósticos o “informes sobre la situación nacional en materia de derechos humanos en general o sobre cuestiones más específicas”¹¹⁹.

Más aún, las facultades de las INDH incluyen el “colaborar a la elaboración de programas relativos a la enseñanza y la investigación en la esfera de los derechos humanos [...]”¹²⁰, así como el “dar a conocer los derechos humanos y la lucha contra todas las formas de discriminación, sensibilizando a la opinión pública, en particular mediante la información y la enseñanza, recurriendo para ello a todos los medios de comunicación”¹²¹.

De manera especial, se resaltan como facultades de las INDH el “promover y asegurar que la legislación, los reglamentos y las prácticas

116 Ídem., párr. 1.

117 Las INDH podrán “presentar, a título consultivo, al gobierno, al Parlamento y a cualquier otro órgano pertinente, a instancia de las autoridades interesadas [...] los dictámenes, las recomendaciones, las proposiciones y los informes, así como cualquier prerrogativa de la institución nacional”, dentro de los que se encuentran:

i) todas las disposiciones de carácter legislativo y administrativo, así como las relativas a la organización judicial, destinadas a preservar y ampliar la protección de los derechos humanos; a este respecto, la institución nacional examinará la legislación y los textos administrativos en vigor, así como los proyectos y proposiciones de ley y hará las recomendaciones que considere apropiadas para garantizar que esos textos respeten los principios fundamentales en materia de derechos humanos; en caso necesario, la institución nacional recomendará la aprobación de una nueva legislación, la modificación de la legislación en vigor y la adopción de medidas administrativas o su modificación [...].

Ídem., párr. 3, literal a, numeral i).

118 El párrafo 3, literal a, numeral iv de Los Principios de París prevé la facultad de “señalar a la atención del Gobierno las situaciones de violación de los derechos humanos en cualquier parte del país, proponer medidas encaminadas a poner término a esas situaciones y, en su caso, emitir un dictamen sobre la posición y reacción del gobierno”.

119 Ídem., párr. 3, literal a, numeral iii).

120 Ídem., párr. 3, literal f).

121 Ídem., párr. 3, literal g).

nacionales se armonicen con los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que el Estado sea parte, y que su aplicación sea efectiva”¹²²; el “alentar la ratificación de esos instrumentos o la adhesión a esos textos y asegurar su aplicación”¹²³; el “contribuir a la elaboración de los informes que los Estados deban presentar a los órganos y comités de las Naciones Unidas, así como a las instituciones regionales, en cumplimiento de sus obligaciones contraídas en virtud de tratados y, en su caso, emitir un dictamen a ese respecto, en el marco del respeto de su independencia”¹²⁴; y el “cooperar con las Naciones Unidas y los demás organismos del sistema de las Naciones Unidas, las instituciones regionales y las instituciones de otros países que sean competentes en las esferas de la promoción y protección de los derechos humanos”¹²⁵.

Es evidente, pues, que los Principios de París dan un marco amplio para que las INDH realicen un trabajo importante en el ámbito interno en materia de derechos humanos¹²⁶. En general, el mandato establecido en estos criterios internacionales ha sido positivado en legislaciones nacionales de nuestro continente.

■
96

Ahora bien, el espíritu de la Declaración y Programa de Acción de Viena, así como el de los Principios de París, ha sido llevado a la práctica a partir de las interpretaciones que han dado varios órganos de supervisión de tratados de Naciones Unidas respecto del rol que deben jugar las INDH en materias específicas, como se detalla a continuación.

Para 1993, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial emitió la Recomendación general N° XVII, relativa a “El establecimiento

122 Ídem., párr. 3, literal b).

123 Ídem., párr. 3, literal c).

124 Ídem., párr. 3, literal d).

125 Ídem., párr. 3, literal e).

126 Diversos autores han reconocido este rol potencial de las INHD, como Tom Pegrám: “NHRIs are uniquely placed to potentially act as a key compliance constituency mechanism or ‘gateway’ as a conduit of domestic implementation.” Ver, Pegrám, Tom. Compliance Agents: National Human Rights Institutions and the Inter-American Human Rights System, pág 3. Mayo, 2014. Disponible en: http://tompegram.com/wp-content/uploads/2014/06/Pegrám_LASA-2014.pdf (última consulta: junio, 2016).

de instituciones nacionales para facilitar la aplicación de la Convención.” Al reconocer “la necesidad de seguir alentando el establecimiento de instituciones nacionales para facilitar la aplicación de la Convención” y “de fortalecer todavía más la aplicación de la Convención, el Comité recomendó el establecimiento de “comisiones nacionales u otros órganos competentes” con el fin de cumplir, entre otros, los siguientes fines:

- a) Promover el respeto del disfrute de los derechos humanos, sin discriminación alguna, según se enuncia expresamente en el artículo 5 de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;
- b) Examinar la política oficial para la protección contra la discriminación racial;
- c) Vigilar la correspondencia de las leyes con las disposiciones de la Convención;
- d) Educar al público sobre las obligaciones contraídas por los Estados Partes en virtud de la Convención;
- e) Ayudar a los gobiernos a preparar los informes presentados al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial [...]¹²⁷.

■
97

Asimismo, el Comité recomendó “que, cuando se establezcan esas comisiones, queden asociadas a la preparación de informes e incluidas, tal vez, en las delegaciones oficiales a fin de intensificar el diálogo entre el Comité y el Estado Parte interesado”¹²⁸.

Cinco años después, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité DESC), emitió la Observación General N° 10, sobre “La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales”. En ella, el Comité reconoció, “que las instituciones nacionales desempeñan un papel que puede ser decisivo en la promoción y la garantía de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos”. Para tales fines, sugirió una lista de acciones que podrían ser incluidas dentro de su mandato, entre las cuales

127 Naciones Unidas. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. El establecimiento de instituciones nacionales para facilitar la aplicación de la Convención. Recomendación general N° XVII, emitida en el 42° período de sesiones (1993), párr. 1.

128 Ídem., párr. 2.

se encuentran el fomento de programas educativos, el trámite de quejas o reclamaciones, la revisión acuciosa de leyes y otras disposiciones legales, la asistencia técnica, la elaboración de informes o estudios relacionados con los derechos reconocidos en el Pacto Internacional y la “determinación de criterios nacionales de referencia que permitan medir el grado de cumplimiento de las obligaciones que impone el Pacto”¹²⁹.

En el mismo año, un tercer Comité también adoptó una observación general con el mismo objetivo de resaltar el potencial de las INDH en el monitoreo de la implementación del tratado.

El Comité sobre Derechos del Niño adoptó la Observación General N° 2, titulada “El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño”. Esto le dio una connotación especial a la Observación General desde su título: el reconocimiento indispensable de la garantía de independencia de la INDH para realizar adecuadamente su trabajo.

En esta Observación, el Comité mencionó una serie de criterios para garantizar la eficacia del trabajo de las INDH como lo son el mandato legal, los recursos, la representación pluralista, la capacidad de brindar recursos efectivos a las violaciones de derechos de la infancia así como la accesibilidad y la participación. Después de esto, y al igual que el Comité DESC, se sugirió una amplia lista de acciones que podrían desempeñar las INDH, entre las que se encuentran las ya señaladas por los otros dos comités y otras que interesan al presente artículo:

- n Promover la armonización de la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales con la Convención sobre los Derechos del Niño, sus Protocolos Facultativos y demás instrumentos internacionales de derechos humanos relacionados con los derechos del niño y fomentar su aplicación efectiva, en particular brindando asesoramiento a los órganos públicos y privados

129 Naciones Unidas. Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Observación General N° 10, adoptada en el 19° período de sesiones (1998), párr. 3.

- sobre la interpretación y aplicación de la Convención¹³⁰;
- n Promover y facilitar una participación significativa de las ONG que se ocupan de los derechos del niño, incluidas las organizaciones integradas por niños, en la elaboración de la legislación nacional y los instrumentos internacionales sobre cuestiones que afectan a la infancia¹³¹;
 - n Facilitar a los tribunales los servicios de especialistas en los derechos del niño, en los casos adecuados en calidad de *amicus curiae* o parte interviniente¹³².

Aunado a lo anterior, es importante recordar que las INDH están directamente involucradas en el cumplimiento de tratados, a partir de la instalación de mecanismos nacionales como los que establecen la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad o el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Esos mecanismos tienen mandatos que, en más de una ocasión, estarán vinculados al cumplimiento de medidas de reparación ordenadas por instancias internacionales de derechos humanos, como pueden ser la implementación de registros de detenidos o la adopción de políticas públicas en materia de personas privadas de libertad o de personas con discapacidad.

■
99

En conclusión, tanto en el marco normativo internacional como en la interpretación que han dado las instancias autorizadas para ello, es indiscutible el rol central que podrían y deberían tener las INDH en la promoción y protección de derechos humanos, así como en el monitoreo del cumplimiento de tratados de derechos humanos y de reparaciones, como se explicará posteriormente.

3. Legitimidad y funciones de las INDH

Antes de dar algunos ejemplos de experiencias e intervención de las INDH en el ámbito interamericano, es necesario abordar algunos de los

130 Naciones Unidas. El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño. Observación General No. 2, adoptada en su 31º período de sesiones (2002), párr. 19, literal e).

131 Ídem., párr. 19, literal k).

132 Ídem., párr. 19, literal r).

factores que dan la legitimidad de la autoridad moral de esas instituciones y, por tanto, la autorización como interlocutor válido.

Como es sabido, al no contar en muchas ocasiones sus resoluciones con una fuerza jurídicamente vinculante, una de las principales fortalezas de las INDH es la legitimidad a partir de la fuerza moral de estas instituciones. No obstante, en muchas ocasiones ha sido muy cuestionado el proceso de selección de diferentes titulares de instituciones nacionales. La politización de la elección, la falta de cumplimiento de requisitos de elegibilidad y los amiguismos son sólo algunos retos que, lamentablemente, vemos en la cotidianidad. Si a ello se suma la falta de independencia en el cumplimiento de su mandato¹³³, al final de cuentas se tendrán instituciones que no cuenten con la confianza de las víctimas y las organizaciones.

Adicionalmente, en algunas ocasiones, la falta de conocimiento técnico en diferentes temas de derechos humanos, hace que la INDH no tenga credibilidad para jugar un rol importante en el monitoreo de la implementación interna del tratado o del cumplimiento de decisiones internacionales. Por ejemplo, durante varios años, en México, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) emitió diversas recomendaciones por violaciones de derechos humanos cometidas por integrantes del Ejército. Si bien uno de los puntos recomendatorios se refería a la justicia en el caso, la CNDH recomendaba a la Procuraduría General de Justicia Militar que avanzara las investigaciones internas, contrario a los innumerables pronunciamientos de instancias internacionales cuestionando el fuero militar en México¹³⁴.

133 Uno de los casos más lamentables en la historia reciente es el del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos en Honduras, el cual se manifestó a favor del golpe de Estado perpetrado contra el presidente Manuel Zelaya en junio de 2009.

134 Un ejemplo de ello es la Recomendación 8/2000, relacionada con la detención ilegal y tortura de los campesinos ecologistas Rodolfo Montiel y Teodoro Cabrera (caso que un tiempo después, luego de diez años, fuera sometido a la Corte IDH). En el punto recomendatorio segundo, la CNDH establece lo siguiente:

SEGUNDA. De igual forma, por las consideraciones vertidas en el capítulo Observaciones del presente documento y en términos del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se dé intervención a la Procuraduría General de Justicia Militar para que inicie una averiguación previa en contra de los miembros del Ejército Mexicano que autorizaron,

4. El papel de las INDH en la implementación de decisiones internacionales

De acuerdo a lo que se ha detallado en apartados anteriores, es evidente que las INDH cuentan con un amplio mandato, específicamente para coadyuvar en el cumplimiento de las decisiones internacionales en materia de derechos humanos y así lo han hecho, aunque de manera tímida.

En general, las INDH pueden participar activamente en todo el proceso internacional, desde la presentación de peticiones y solicitudes de medidas de protección; la presentación de *amici curiae* y la participación como testigos o peritos en audiencias. Eso no ha obstado para que en algunos casos las INDH hayan actuado en perjuicio de las víctimas y eso también debe tomar en consideración¹³⁵.

supervisaron, implantaron y ejecutaron el operativo del 1 al 4 de mayo de 1999 en la comunidad de Pizotla, Municipio de Ajuchitlán del Progreso, Guerrero, y en su oportunidad, de acuerdo con su normativa, resuelva en la indagatoria lo que en Derecho corresponda; y realizado lo anterior, se dé cuenta a esta Comisión Nacional de los Derechos Humanos de las actuaciones practicadas desde el inicio de su intervención hasta la conclusión de la misma.

CNDH. Caso de los habitantes de la comunidad de Pizotla, Municipio de Ajuchitlán del Progreso, Guerrero, y de los señores Rodolfo Montiel Flores y Teodoro Cabrera Garcia. Recomendación No. 8/2000, dirigida al titular de la Secretaría de la Defensa Nacional. Disponible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2000/Rec_2000_008.pdf (última consulta: junio 2016).

135 En los casos de Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú, la CNDH fue negligente en el tratamiento a las quejas presentadas, mientras que su homóloga local, la Comisión de los Derechos Humanos del Estado de Guerrero (CODDEHUM), prestó un servicio sumamente diligente y sensible a las víctimas. Por tal razón, el visitador general de la misma fue presentado como testigo en el procedimiento contencioso internacional. Ver. Corte IDH. Caso *Fernández Ortega y Otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 215; y caso *Rosendo Cantú y Otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

Para abundar en otras experiencias positivas, existen varias en las que las oficinas del Ombudsman han apoyado a las víctimas, ya sea de manera directa (como en el caso de Jesús Vélez Loo en Panamá) o indirecta con informes especiales (como el caso de los *Cinco Pensionistas vs. Perú*, *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, o los diversos casos de niñas y niños desaparecidos en El Salvador).

Dado que el artículo se centra en las posibilidades y potencialidades en el cumplimiento de decisiones internacionales, a continuación se dan algunos ejemplos en los que se evidencia su eficacia en este ámbito.

En primer lugar, las INDH podrían contribuir a la difusión de los mandatos de la CIDH, la Corte IDH y las decisiones emitidas, con el fin de fomentar conocimiento en la sociedad en su conjunto. Hoy en día, varias de las INDH han firmado convenios con la Corte IDH dentro de los cuales se incluye este tema. Asimismo, algunas han incorporado en sus portales web las sentencias emitidas por el Tribunal Interamericano y otras más, como la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala, que usualmente recopila noticias relacionadas con el cumplimiento de alguna medida de reparación¹³⁶.

En segundo lugar, las INDH pueden fungir como interlocutores en el ámbito internacional y nacional de protección de derechos humanos y abrir espacios para las víctimas, lo cual es fundamental en tanto muchas veces la controversia derivada del litigio del caso se traslada a la etapa de cumplimiento, acrecentando la mala relación entre ambas partes (Estado condenado y víctimas) y dificultando, por tanto, el avance en medidas que en algunas ocasiones son ordenadas de manera general por la Corte IDH, como puede ser la adecuación de la legislación, la capacitación a funcionarios, las medidas de salud, etc.

La desconfianza de las víctimas y sus representantes con los funcionarios e instituciones y viceversa se puede explicar, entre otros, por los siguientes factores: i) el hecho de que fueron funcionarios públicos los

136 Ver, por ejemplo, "PDH realiza evento académico público respecto de la discusión de la violencia contra la mujer". Nota de 12 de febrero de 2016. Disponible en: <http://www.pdh.org.gt/noticias/noticias-destacadas/item/7614-pdh-realiza-evento-acad%C3%A9mico-p%C3%BAblico-respecto-de-la-discusi%C3%B3n-de-la-violencia-contra-la-mujer.html#.V4MvVrgrLIU>; "Familiares de víctimas del Diario Militar exigen pago". Nota de 27 de mayo de 2015. Disponible en: <http://www.pdh.org.gt/noticias/noticias-destacadas/item/6057-familiares-de-v%C3%ADctimas-del-diario-militar-exigen-pago.html#.V4MtZ7grLIU>; "PDH acompaña reunión del PNR" (relacionada con el pago de indemnizaciones derivadas de casos del conflicto armado). Nota de 25 de mayo de 2015. Disponible en: <http://www.pdh.org.gt/noticias/breves-informativas/item/6044-pdh-acompa%C3%B1a-reuni%C3%B3n-del-pnr.html#.V4MuvLgrLIU> (últimas consultas: junio, 2016).

que cometieron las violaciones de derechos humanos; ii) el hecho de que algunos de esos funcionarios fueron los que presentaron la defensa del caso (que, en algunas ocasiones puede ser vista como insensible o irrespetuosa por parte de las víctimas); iii) por miedo; o iv) por una percepción de corrupción en las instituciones.

En algunos casos, puede facilitar la existencia de un “árbitro” con facultades conciliatorias¹³⁷, una persona o institución que tenga credibilidad con las partes involucradas en el cumplimiento de una decisión y que, en su caso, pueda brindar asistencia técnica, al menos en dos niveles: en el cumplimiento puntual de las resoluciones internacionales relacionadas con informes de mecanismos extraconvencionales y de mecanismos de supervisión de tratados, relacionados con el mandato de supervisión periódica de los mismos; y en la evaluación y seguimiento de medidas reparatorias en casos concretos.

En tal sentido, y como tercer término, respecto de medidas de reparación emitidas por la Corte IDH, las INDH pueden usar su mandato para:

- a. Evaluar la efectividad de los programas de capacitación e informar a la Corte IDH los retos en la eficacia de la misma. En efecto, una de las medidas cuya eficacia es posiblemente de las más difíciles de medir en términos de garantizar la no repetición de los hechos y de cumplir con su objetivo transformador, es la relativa a los programas de capacitación que son informados por los Estados en el proceso de cumplimiento. Ello, en virtud de que generalmente las víctimas no tendrán todos los medios para brindar información que pueda contrastar lo informado por el Estado y muchas veces las pruebas de cumplimiento del Estado se centran más en lo cuantitativo que en lo cualitativo. Como se ha mencionado desde un inicio, el mandato de las INDH incluye todo lo relacionado con educación en derechos humanos y podrían ser éstas las que tengan la capacidad y pericia para determinar objetivamente si se está cumpliendo esta medida a cabalidad.

■
103

137 Sobre el particular, ver, International Council on Human Rights Policy. *Assessing the Effectiveness of National Human Rights Institutions*. Versoix, Switzerland. 2005, pág. 18.

- b. Incentivar reflexiones y prestar asistencia técnica en la adopción de leyes o protocolos. Dado su mandato natural, las INDH deberían involucrarse más en la discusión de legislación tendiente al cumplimiento de una medida de reparación ordenada. Como ejemplos de buenas prácticas, se pueden mencionar las diversas discusiones y publicaciones que incentivó la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica para avanzar en el difícil cumplimiento de la sentencia de fecundación in vitro¹³⁸, o las discusiones sobre las políticas relacionadas con personas defensoras de derechos humanos en Guatemala¹³⁹.

La experiencia que tienen las INDH, por la cantidad de quejas o reclamaciones que se les presentan, puede ser más amplia y dar, por tanto, un mayor panorama a la Corte IDH respecto a si una ley o un protocolo cumple con mejores estándares en una materia determinada.

- c. Asegurar prueba relacionada con diferentes medidas de reparación. Por ejemplo, los archivos de la memoria que han asegurado diversas procuradurías de derechos humanos centroamericanas, bases de datos de ADN en lo relativo a personas migrantes, testimonios de personas claves en las investigaciones de los hechos violatorios¹⁴⁰, etc.

138 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 No. 257.

139 Ver, PDDH. "Analizan la importancia de una política pública de protección a las y los defensores de derechos humanos". Nota de 30 de octubre de 2015. Disponible en: <http://www.pdh.org.gt/noticias/noticias-destacadas/item/7091-analizan-la-importancia-de-una-pol%C3%ADtica-p%C3%ABblica-de-protecci%C3%B3n-a-las-y-los-defensores-de-derechos-humanos.html#.V4M8BLgrLIU> (última consulta: junio, 2016). Cabe señalar que estas discusiones se dieron en el marco del cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH sobre el asesinato de un defensor de derechos humanos en el que la Corte ordenó esta política como medida de reparación. Ver, Corte IDH. Caso *Defensor de derechos humanos y Otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283.

140 Por ejemplo, en el Caso *Bámaca*, la sentencia de la Corte IDH señala que, "en el mes de enero de 1994, a raíz de una denuncia de Jennifer Harbury, se abrió en la Procuraduría de Derechos Humanos el expediente GUA 12-93/DI, en el cual se recibió su testimonio, el de Santiago Cabre-

- d. Impulsar procesos de investigación, si la legislación se lo permite. Por ejemplo, en el caso de Guatemala y en seguimiento a varios resolutivos de la Corte IDH, la Oficina del Procurador de Derechos Humanos (PDDH) inició procedimientos especiales de averiguación, entre otros, en los casos Bámaca y Molina Theissen para apoyar a las víctimas en las investigaciones del paradero de sus familiares desaparecidos, así como en la identificación de los responsables.
- e. Aun cuando los órganos del SIDH estarán al pendiente, las INDH también pueden adoptar medidas de protección para las víctimas o sus representantes que se encuentren en riesgo por el impulso del cumplimiento de la resolución correspondiente.
- f. Un tema poco explorado es el de la presentación de *amici curiae* en el procedimiento de cumplimiento de una o varias medidas o bien, participar con voz en la etapa de cumplimiento, como ocurrió en el caso de fecundación in vitro, en el cual la Corte IDH usó las atribuciones previstas en el artículo 69.2 de su Reglamento¹⁴¹, para resolver que, luego de haber sido llamada a participar en calidad de experta, “en sus consideraciones la Corte tomará en cuenta, en la medida de lo pertinente, lo expuesto por la Defensora de los Habitantes de Costa Rica durante la audiencia pública de supervisión respecto del cumplimiento de las garantías de no repetición ordenadas en el presente caso”¹⁴². Sin duda alguna, la información que pueda dar una INDH de manera seria y minuciosa, podría dar mayores elementos para que la Corte IDH pueda supervisar de mejor manera sus resoluciones.
- g. Incluir diversas medidas de reparación en el diseño, implemen-

ra López y el de Jaime Adalberto Agustín Recinos, estos dos últimos a través de una videocinta [...].” Ver, Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentencia de fondo de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 77.

141 Ese párrafo faculta a la Corte IDH a “requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento. Para los mismos efectos podrá también requerir los peritajes e informes que considere oportunos”.

142 Corte IDH. Caso *Artavia Murillo y Otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Resolución de supervisión de sentencia de 26 de febrero de 2016, considerando 2.

tación y evaluación de políticas públicas/planes nacionales o locales de derechos humanos, retomando de la manera más general las medidas estructurales que genuinamente pueden ser transformadoras para un país en concreto.

- h. Difusión de estándares y de medidas de reparación. Un tema fundamental que aún genera algunas discusiones es el del conocimiento adecuado que tienen las INDH sobre distintos derechos humanos. Esa falta de conocimiento puede jugar en contra de las medidas que se quieran impulsar al interior de un país, pero de existir medidas que garanticen un servicio profesional de las INDH, éstas no sólo tendrán cada vez un mayor entendimiento de los diversos estándares establecidos por órganos internacionales de protección de derechos humanos, sino que podrán participar más activamente en el cumplimiento de resoluciones.
- i. Sistematización de experiencias positivas y negativas en cuanto al cumplimiento de sentencias, con el fin de avanzar en las primeras y eliminar las segundas.

5. Conclusión

El Sistema Internacional y, en particular, el Interamericano de Derechos Humanos, se enfrentan cada vez más a diversos retos para demostrar su eficacia en la protección que brindan. Uno de ellos es el de garantizar el adecuado y oportuno cumplimiento de las decisiones emitidas por sus órganos. Sin duda, este reto es particularmente importante en nuestro continente, dado que las medidas de reparación son múltiples y han tendido a resarcir a las víctimas y a adoptar medidas transformadoras y de no repetición.

Aunado a ello se debe valorar el hecho de que en la actualidad sólo las Secretarías de la Corte IDH y la CIDH son permanentes y que cada vez existe un mayor número de resoluciones, lo cual dificulta un seguimiento puntual a la implementación de decisiones.

En este contexto, las INDH podrían jugar un rol importante. Desde hace más de veinte años, la comunidad internacional ha depositado sus esperanzas en que puedan realizar aportes sustantivos en diferentes esferas

de los derechos humanos. En el ámbito interamericano, es cada vez más frecuente ver la participación de las INDH en audiencias ante la CIDH, en eventos de difusión y en el rol que tienen como defensores públicos interamericanos en el proceso contencioso ante la Corte IDH. El interés de los órganos de protección interamericanos (especialmente de la Corte) se ve reflejado en la diversidad de convenios suscritos en los últimos años con una importante cantidad de INDH del continente.

Dadas las carencias materiales y humanas del SIDH, las INDH pueden suplir, en parte, el mandato de promoción y pueden, a su vez, dar aportes sustantivos respecto del cumplimiento de decisiones, que faciliten a ambos órganos el proceso. En tal sentido, este diálogo también dependerá de que las INDH realicen su trabajo respetando a cabalidad y, como mínimo, los postulados de los Principios de París.

En definitiva, hoy más que nunca, el mandato amplio que han establecido los Principios de París se mantiene incólume. El reto, por tanto, es que las INDH actúen de manera independiente y profesional, y visualicen su potencialidad en un aspecto que, de concretarse, no sólo serviría a las víctimas que han luchado por años para obtener una reparación adecuada, sino que significaría un avance sustantivo en medidas estructurales que eviten la repetición de violaciones de derechos humanos. Ello contribuiría a la eficacia de las decisiones del SIDH.

DIÁLOGO ENTRE LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO Y LOS TRIBUNALES INTERNOS

DESAFÍO PARA EL MARGEN NACIONAL DE APRECIACIÓN

*Francisco Barbosa Delgado**

*“La civilización no es otra cosa que el ensayo de reducir la fuerza a la
“ultima ratio” (J. Ortega y Gasset)*

“El camino es siempre mejor que la posada” (Cervantes)

El diálogo de jueces es uno de los grandes asuntos del mundo jurídico moderno. El encuentro entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional, ha permitido reenfocar los estudios teóricos y prácticos en torno a la convergencia de campos que habían sido observados a través de la lente individual disciplinar. Por esta razón, en el presente escrito se pretenderá en primer término, establecer cómo los Estados han comenzado en virtud de la doctrina del margen nacional de apreciación, a separarse de ciertos estándares desarrollados por el SIDH o a aprovechar los intersticios que deja la interpretación jurídica en algunos casos. En segundo lugar, se evidenciará cómo ese margen de apreciación se ha limitado a partir de las decisiones constitucionales de los mismos jueces nacionales, cerrando el camino de la interpretación abierta de estándares interamericanos. Esta situación es lo

■
109

* Docente, investigador senior, Colciencias del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Profesor invitado de la Universidad de Nantes en Francia y de la Universidad Andina- Simón Bolívar en Ecuador. Doctor en Derecho de la Universidad Andina- Simón Bolívar. Profesor invitado de la Universidad de Nantes en Francia y de la Universidad Andina- Simón Bolívar. Doctor en Derecho Público de la Universidad de Nantes (Francia). Menciones: “Très Honorable”, Magister en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia, Magister en Historia de la Pontificia Universidad Javeriana, Especialización en Regulación y Gestión de Nuevas Tecnologías de la Universidad Externado de Colombia, abogado de la Universidad Sergio Arboleda. Es miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y de la Academia Colombiana de Historia. Columnista del diario El Tiempo y del periódico *Ámbito jurídico*. E. Mail: francisco.barbosa@uexternado.edu.co

que el profesor David Landau llama “el constitucionalismo abusivo”¹⁴³. Por último se presentarán las consideraciones finales.

Para efecto de clarificar los conceptos centrales de este artículo, se harán unas precisiones de orden conceptual para establecer los lugares de discusión de la presente contribución académica.

1. Precisiones conceptuales

a. Diálogo de jueces

El diálogo de jueces es uno de los temas de vanguardia del derecho actual. La simbiosis entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, ha hecho que se presenten aplicaciones de los tratados de derechos humanos en el sistema interno y que, a su vez, el SIDH utilice decisiones del derecho interno de los Estados para alimentar las interpretaciones de las normas jurídicas. Se está presentando lo que los norteamericanos denominan “*cross-fertilization*”¹⁴⁴.

Algunos teóricos han comenzado a desbrozar esa noción. Marti, citando al profesor Browlee, caracteriza el diálogo a través de cinco condiciones que, para el efecto de este artículo, son relevantes: “la reciprocidad entre las partes, la perduración en el tiempo, la orientación hacia progresar en el entendimiento sobre la base de razones y argumentos, la igualdad y justicia entre las partes, y el que las partes estén dispuestas al intercambio, sin caer en la coacción o manipulación”¹⁴⁵. Estos elementos son centrales y su descripción cae como anillo al dedo en el debate del diálogo judicial en los términos en que se enfoca la presente contribución académica.

143 Landau D., Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: La influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado, Universidad Externado, Bogotá, 2015, págs. 15-161.

144 Linderfalk, U, Cross- Fertilization in international law (June 10, 2014), disponible en <http://ssrn.com/abstract=2456175> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2456175>.

145 Beade, G. y Marti, J-L., Discusiones sobre la filosofía del derecho penal, No. 74, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, págs. 118-119.

Para la profesora Laurence Burgorgue-Larsen, el diálogo puede ser pensado a través de dos categorías. En primer término, para la autora,

“existe el diálogo regulado, organizado, previsto, frente al diálogo espontáneo, libre. Dentro de estas dos grandes categorías, hay además algo evidente en un espacio como el espacio europeo: la manifestación tanto vertical como horizontal del diálogo.

[...] El diálogo deriva de una serie de reglas procesales o de unas obligaciones internacionales que disminuyen la libertad del juez nacional al incitarle a dialogar con el juez supranacional. Este diálogo regulado es siempre vertical.

[...] Al lado de este tipo de diálogo regulado, existe el diálogo totalmente libre, desenfrenado, desbocado, aparentemente espontáneo en el sentido que no deriva de una obligación internacional como tal. En realidad, veremos que muy a menudo este diálogo es la manifestación de la existencia de una multitud muy variada de obligaciones invisibles; el juez está aprisionado por lazos múltiples que no puede ignorar al razonar su fallo y al momento de adoptarlo de manera definitiva. Este diálogo desenfrenado es tanto horizontal (entre los jueces europeos mismos o entre los propios jueces nacionales) como vertical (entre los jueces nacionales y los jueces europeos exclusivamente el TJCE)”¹⁴⁶.

Esta manera de comprender el diálogo de jueces se enlaza con la discusión que en América Latina se ha establecido con el denominado derecho dialógico, desarrollada por varios tratadistas en la región. Uno de ellos es Roberto Gargarella, quien plantea la necesidad de establecer diálogos entre las ramas del poder público, con lo cual se fomenta el principio democrático¹⁴⁷.

146 Burgorgue-Larsen, L., La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial en Derecho constitucional europeo, (Actas del Congreso de la Asociación de Constitucionalistas españoles (4-6 de febrero de 2010), J.I. Ugartemendia Ezeizabarrena, G. Jáuregui Bereciartu (coord.), Madrid Dykinson, 2011, Capítulo 2, págs. 41-76.

147 Gargarella, R., El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de pesos y contrapesos, en *Por una justicia dialógica*, compilador, R. Gargarella, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014, págs. 119-158.

b. Margen Nacional de apreciación¹⁴⁸

La noción de margen de apreciación no ha sido abordada por la doctrina y la jurisprudencia con la profundidad que amerita. La simbiosis existente entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno permite encontrar puentes de contacto entre los dos espacios jurídicos.

Arai Takahashi lo define, por su parte, como la posibilidad para el Gobierno de evaluar situaciones prácticas y, al mismo tiempo, de aplicar disposiciones inscritas en los tratados internacionales relativos a los derechos humanos¹⁴⁹. Sobre este aspecto, Mahoney piensa que la doctrina puede ser vista como el resultado natural entre la difusión y la aplicación estandarizada de valores de la Convención. Para el doctrinante, la doctrina sirve para tomar en cuenta cuestiones culturales y sociales en una sociedad dada¹⁵⁰.

Kastanas, por su parte, la define así: “Concepto de geometría variable en el cual los contornos son definidos por la jurisprudencia que permite a los grandes órganos de Estrasburgo acordar una posibilidad convencional de apreciación de la legalidad interna por parte de las autoridades estatales y a las medidas tomadas por parte del Estado para concretizar, derogar o restringir las libertades garantizadas por la CEDH”¹⁵¹. Callewaert, a su turno, considera esta noción como aquélla en la cual “se deja, en efecto, a las autoridades nacionales el cuidado de apreciar la necesidad y la amplitud de ciertas injerencias dentro de las libertades consagradas por la CEDH”¹⁵².

148 El desarrollo de este capítulo fue tomado en parte de mi obra: El margen nacional de apreciación y sus límites a la libertad de expresión, Bogotá, Universidad Externado, 2012.

149 Arai-Takahashi, Y., *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, Intersentia, 2002, pág. 2.

150 Mahoney, P., *Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights*, 1990, pág. 1.

151 Kastanas, E., *Unité et diversité : Notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pág. 16.

152 Callewaert, J., *La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : La dimension substantielle*, en « *L'Europe de la subsidiarité* », Bruxelles, Bruylant, 2000, pág. 52.

Con estas concepciones doctrinales es dable indicar que el margen nacional de apreciación debe ser comprendido como un espacio o “criterio”¹⁵³ de interpretación y aplicación de los derechos humanos, atribuido al Estado por parte de los tribunales regionales. Su existencia se encuentra justificada por la ausencia de un consenso entre los diferentes Estados parte dentro de los tratados, lo que hace que los tribunales regionales se encuentren impedidos para la posible construcción de una regla de interpretación unificada.

Para efectos de desarrollar la noción, se tendrá en cuenta la existencia de dos órdenes, el interno y el internacional¹⁵⁴. Teniendo esto presente, las profesoras Delmas Marty e Izorche indican que el margen conlleva el reconocimiento de diversos órdenes y sistemas jurídicos¹⁵⁵. Extendiendo ese razonamiento, el margen de apreciación podría dividirse en dos partes: una de carácter interno y la otra de carácter externo.

La primera podría ser definida como aquélla que permite un diálogo entre el derecho interno y el derecho internacional a partir de principios fundadores que el Estado adapta dentro de su ordenamiento. Esto se presenta, a nuestro juicio, en el caso en que el Estado firme y ratifique los instrumentos internacionales de derechos humanos, obligándose a respetarlos y garantizarlos. En algunos casos la aplicación de estas disposiciones permite una importante maniobrabilidad del Estado en su adaptación.

Piénsese, por ejemplo, en el artículo 2 de la CADH, que indica que los Estados deben tomar las medidas necesarias para adaptar el ordenamiento interno con lo prescrito en la Convención. Esta razón permite entender que es el Estado el encargado de la interpretación y aplicación de los derechos humanos dentro del país conforme a una legislación internacional incorporada dentro del ordenamiento interno.

153 García-Roca, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de derechos humanos: Soberanía e integración*, Madrid, Civitas, 2010, pág. 377.

154 Los profesores Olinda y Picheral manifiestan que la doctrina le permite precisar al órgano de control en debida forma los límites respectivos en los cuales tanto él mismo, como los Estados pueden actuar. En *“La théorie de la marge d’appréciation dans la jurisprudence de la Convention Européenne de droits de l’homme”* in R.T.D.H., 1995, pág. 602.

155 Delmas Marty e Izorche 2001, pág. 925.

En cuanto a la segunda parte, la situación difiere. En este escenario, el Estado se ve confrontado a la aparición de la jurisdicción internacional que surge por la acción de los denunciantes de violaciones de derechos humanos, quienes activan los tribunales regionales que protegen de forma subsidiaria estos derechos a través del principio de proporcionalidad, con el cual se determina la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de las medidas de restricción tomadas por parte del Estado. Tanto el TEDH como la Corte IDH, desde una perspectiva externa se refieren al margen nacional de apreciación como el espacio limitado de interpretación que tiene el Estado frente a los derechos fundamentales.

2. Uso del margen nacional de apreciación en el diálogo vertical

El uso del margen nacional de apreciación en el diálogo vertical tiene una importancia en el SIDH, porque a través de su uso se produce una armonización en torno al principio democrático, que se ha visto fortalecido por las decisiones de tribunales constitucionales, al acoger lo establecido en la jurisprudencia constante de la Corte IDH. Esta armonización permite espacios de interpretación jurídica, que hace que los Estados puedan tener una posición sobre asuntos teniendo en cuenta su historia, su cultura y su idiosincrasia.

Para poner en evidencia este principio destacaré cinco casos. Éstos son indicativos y no taxativos, toda vez que se han presentado en una multiplicidad de escenarios. Debe resaltarse que se indagaron no sólo decisiones de altos tribunales, sino jueces de instancia en los cuales se pudiera constatar la simbiosis y el diálogo vertical que se ha establecido entre el SIDH y los sistemas jurídicos locales.

En Argentina, se han presentado varios casos. Uno de ellos se constata en el asunto *Massot Vicente Gonzalo María*, por privación a la libertad agravada¹⁵⁶. En este fallo, la libertad de expresión fue esen-

156 Expte. N° 15000158/2012 Caratulado: "Massot Vicente Gonzalo María y otros S/Privacion ilegal libertad agravada (Art.142 Inc.1), Privacion ilegal libertad agravada Art 142 Inc 5, tortura, homicidio agravado p/el Conc.de dos o más personas y asociacion ilicita victima: Heinrich Enrique y otros" Tomo 49 Tipo REX caratulado "Grupo Clarin SA y otros c/Poder Ejecutivo Nacional y otro

cial en el razonamiento del juez federal. Así pues, en esta decisión, el funcionario citó ampliamente la jurisprudencia de la Corte IDH para darle alcance y contenido a la libertad de expresión. Para la Corte Argentina, la libertad de expresión comprende,

“a) El derecho de expresar las ideas, de participar en el debate público, de dar y recibir información y de ejercer la crítica de modo amplio (artículo 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos); b) La actividad profesional del periodista, a los fines de evitar restricciones que impidan el acceso a la información o que pongan en riesgo sus bienes, su libertad o su vida (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Kimel vs. Argentina”, sentencia del 2 de mayo de 2008); c) La libertad de imprenta, contemplada en el artículo 32 de la Constitución Nacional; señalando también que la libertad de 18 Con cita de: “La Colegiación Obligatoria de Periodistas [artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos]”, Opinión Consultiva OC 5/85 del 13 de noviembre de 1985, párrafo 30; y casos “La Última Tentación de Cristo [Olmedo Bustos y otros] vs. Chile”, sentencia del 5 de febrero de 2001, párrafo 64; “Ivcher Bronstein vs. Perú”, sentencia del 6 de febrero de 2001, párrafo 146; “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia del 2 de julio de 2004, párrafo 108; y “Ricardo Canese vs. Paraguay”, sentencia del 31 de agosto de 2004, párrafo 77)”¹⁵⁷.

■
115

De igual forma, el 29 de octubre de 2013, la Corte Suprema de Justicia en Argentina se pronunció resolviendo la constitucionalidad de todos los artículos impugnados por los recurrentes de la ley 26.522, que procura el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia de los servicios de comunicación audiovisual con el fin último de abaratar, democratizar y universalizar el aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. En la decisión, la Corte considera que el Estado puede intervenir a los medios, utilizando parte de la jurisprudencia interamericana como los casos Olmedo Bustos, Canese, Ivcher Bronstein, indicando que, “el ejercicio de la libertad de expresión admite una casi mínima actividad regulatoria estatal, que solamente estaría justificada en aquellos

s/acción meramente declarativa”.

157 Sentencia integral en <http://www.leydemedios.com.ar/FalloCorteLDSCA.txt>.

supuestos en los que dicha libertad produce una afectación a los derechos de terceros”¹⁵⁸.

La Corte Suprema cita fallos de la Corte IDH para señalar que la libertad de expresión es piedra angular de la democracia. Al mismo tiempo, acuden a doctrinantes como Owen Fiss, para poner de presente que el Estado puede intervenir en los medios, sin que esto contravenga una norma interamericana. El juzgado nacional de primera instancia en lo civil y comercial federal estableció que, “la libertad de expresión no es garantía de absoluta inmunidad frente a la responsabilidad por excesiva concentración de propiedad, (...) de modo que la existencia de un régimen que articula derechos de los operadores en esta materia no limita la libertad de expresión, sino por el contrario la promueve”¹⁵⁹.

Sobre el uso del margen nacional de apreciación en este caso concreto, el profesor Roberto Gargarella indicó que “el juez no puede cerrar los ojos al contexto que organiza la expresión pública en la sociedad. En países como la Argentina, dicho contexto resulta problemático por la fuerte correlación que existe entre expresión y dinero, y por el modo extraordinariamente desigual en que se encuentra distribuido ese dinero”¹⁶⁰.

■
116

Veamos algunas reflexiones de la Corte Suprema sobre este emblemático caso argentino de diálogo vertical y ampliación del margen nacional de apreciación. Para el máximo tribunal argentino, la medida cautelar que solicitó el grupo Clarín para evitar la puesta en marcha del artículo 161 de la ley 26.522 de 2010, no era pertinente porque

“(...) no existen argumentos que relacionen directamente la norma de desinversión con la libertad de expresión. Ello resulta necesario, porque en todo el derecho comparado existen normas de organización del mercado en el campo de los medios de comunicación, sin que su constitucionalidad haya sido cuestionada de modo genérico. Debe existir una afectación concreta a la libertad de expresión para invalidar una norma de regulación de competencia, lo que en este caso no se ha demostrado”.

158 Loreti, D., y Lozano, L., *El derecho a comunicar*, XXI siglo veintiuno, Buenos Aires, 2014, pág. 222.

159 Loreti, D., y Lozano, L., *El derecho a comunicar*, op. Cit; pág. 207.

160 Citado por Loreti, D., y Lozano, L., *El derecho a comunicar*, op. Cit; pág. 213.

Y continúa diciendo:

“Cuando se trata de concesiones otorgadas por la Nación, su extinción, revocación o modificación por razones de oportunidad está sometida al criterio y apreciación de la Nación misma, según considere que subsisten o no los motivos de utilidad general que fundaron aquellas, y sin que ningún interés privado pueda sobreponerse a las consideraciones y voluntad del concedente”¹⁶¹.

Por último, cabe resaltar lo señalado por los jueces de la Corte Suprema. Lorenzetti y Highton de Nolasco que indicaron que

“a diferencia de lo que sucede en la libertad de expresión individual, donde la actividad regulatoria del Estado es mínima, la faz colectiva exige una protección activa por parte del Estado, por lo que su intervención aquí se intensifica. Los medios de comunicación tienen un rol relevante en la formación del discurso público, motivo por el cual el interés del Estado en la regulación resulta incuestionable”¹⁶².

En el caso colombiano, la Corte Constitucional, en su sentencia C-442 de 2011, determinó que la calumnia y la injuria podían existir como tipos penales, sin estar en contravía de los estándares interamericanos. En esa ocasión, la Corte indicó:

“No obstante, la libertad de expresión puede ser objeto de limitaciones, esa posibilidad se desprende claramente del artículo 13 de la CADH cuando señala que su ejercicio puede ser objeto de responsabilidades ulteriores fijadas por la ley y necesarias para garantizar los derechos y la reputación de los demás, la seguridad nacional, el orden público o la moral pública. En el mismo sentido el artículo 19 del PIDCP expresamente señala que este derecho puede ser objeto de restricciones siempre y cuando estén expresamente fijadas por la ley y sean necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. En todo caso las limitaciones a la libertad de expresión están sujetas a un control constitucional estricto, como ha señalado de manera reiterada la jurisprudencia de esta Corporación. Ahora bien, como se anotó previamente se ha entendido que los tipos penales de injuria y calumnia

161 Loreti, D., y Lozano, L., El derecho a comunicar, op. cit; pág. 204.

162 *Idem*, pág. 223.

se erigen como restricciones a la libertad de expresión, razón por la cual resulta necesario explorar esta perspectiva”¹⁶³.

Recordemos que la Corte en reiterados pronunciamientos, puso sobre la mesa la idea de despenalizar esas conductas porque afectaban la libertad de expresión.

Otro caso puntual donde se ha presentado esa liberalidad de los Estados es en el manejo de sus economías¹⁶⁴. En un caso muy relevante en el SIDH, *Furlan Argentina*, la Corte rechazó que ese Estado antepusiera su situación económica para hacer efectivas condenas judiciales. En ese caso, la Corte IDH lo condenó por reparar violaciones de derechos humanos con bonos del tesoro no redimibles a corto tiempo. Argentina litigó el caso interponiendo una excepción preliminar¹⁶⁵, por haber planteado una reserva al artículo 21 de la CADH en virtud de la cual, el tribunal internacional, decía el Estado, no era competente para discutir asuntos de la política económica de la Argentina. La Corte IDH desestimó la excepción por cuanto los alegatos de los peticionarios buscaban discutir vulneraciones al debido proceso y no plantear discusiones generales sobre una política económica del Gobierno.

■
118

En el proceso, la Corte IDH condenó al Estado argentino por someter al señor Furlan a discusiones internas sobre los efectos económicos del fallo. Vale la pena indicar lo señalado por el máximo Tribunal Interamericano:

() El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento. Por tanto, la efectividad de las sentencias depende de su ejecución. Esto último, debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. Lo

163 Corte Constitucional de Colombia, C-442 del 2011.

164 Este aspecto lo desarrollé en un artículo titulado: “Sostenibilidad fiscal: Desafío al Estado social de derechos en Colombia” en Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Revista de Derecho Público N.º 33 Julio - Diciembre del 2014. ISSN 1909-7778.

165 Corte IDH. Caso *Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto del 2012. Serie C No. 247, párr. 43.

contrario supone la negación misma del derecho involucrado.

[...]

Al respecto, la Corte reitera que la ejecución de las sentencias debe ser regida por aquellos estándares específicos que permitan hacer efectivos los principios, *inter alia*, de tutela judicial, debido proceso, seguridad jurídica, independencia judicial, y estado de derecho. La Corte concuerda con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al considerar que para lograr plenamente la efectividad de la sentencia la ejecución debe ser completa, perfecta, integral y sin demora”¹⁶⁶.

Colombia, sin respetar ese precedente interamericano, procedió a realizar una modificación a la Constitución Política de 1991 a través de un acto legislativo¹⁶⁷. El principio de cosa juzgada se desconoció en el acto legislativo n° 3 del 2011, por cuanto se permite que las Altas Cortes, una vez ya proferido el fallo, deban resolver un incidente de impacto fiscal presentado por el Procurador General de la Nación o los Ministros del Gobierno, abriendo la posibilidad de modular, modificar o diferir los efectos de la decisión. Veamos como quedó redactado el párrafo del artículo 334 de la Constitución Política:

“El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales”.

Esta situación no ofreció problema alguno a la Corte Constitucional al considerar que debía distinguirse entre la sentencia que ampara el derecho específico de una de las partes en la controversia y, por

166 Ídem, párrs. 209-210.

167 Nombre técnico que en el derecho constitucional colombiano reciben las enmiendas o modificaciones constitucionales.

el otro lado, lo que el tribunal constitucional denomina ordenes de protección, con las cuales el funcionario judicial adopta la forma como debe realizarse el derecho que se ha reconocido en la sentencia judicial.

Por último, se destaca el caso de la paz colombiana¹⁶⁸, que optó por recoger la doctrina del “margen nacional de apreciación” que puse en evidencia durante los debates nacionales en el año 2015¹⁶⁹, y que fue acogido en el numeral 5 de la jurisdicción para la paz acordada entre las FARC-EP y el Gobierno nacional¹⁷⁰. En ese orden de ideas, este principio elaborado en el marco del derecho internacional le permitiría a Colombia establecer unos acuerdos que, respetando los derechos humanos, reconozca las particularidades de nuestra realidad y nuestro histórico conflicto. Como se indicó en la parte precedente, esta doctrina consiste en que los tribunales otorgan a los Estados, en casos particulares, la posibilidad de interpretar y aplicar los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales. Estas particularidades tienen que

168 Sobre este punto me he pronunciado en tres ocasiones en el diario *El Tiempo*. Colombia a través de los siguientes análisis: una idea para destrabar la discusión de justicia en el proceso de paz, 8 de mayo de 2015; “¿Cuáles serían los límites para la justicia en el proceso de paz?” 19 de mayo del 2015; y, el “Mal de siempre”, 13 de marzo del 2015.

169 El profesor Jorge Giraldo en su libro *Las ideas en la guerra*, Debate, 2015, indica que “entre nuestra realidad bélica y las normas internacionales-incorporadas en nuestra constitución política- lo puso de presente el jurista Francisco Barbosa Delgado- cuando propuso que se acogiera en el país la doctrina del “Margen Nacional de Apreciación” desarrollada por la Corte Europea de derechos humanos”. Pág. 378.

170 En el acuerdo de víctimas derivado del proceso de paz colombiano entre la guerrilla de las FARC-EP y el Gobierno nacional se establece un capítulo específico sobre la jurisdicción de paz. En los numerales 4 y 5 se establece el principio del margen nacional de apreciación así: 4°.- El Estado tiene autonomía para conformar jurisdicciones o sistemas jurídicos especiales, derivado de lo establecido en la Carta de las Naciones Unidas sobre la soberanía y libre autodeterminación de las naciones, y de lo establecido en los Principios del Derecho Internacional, incluido el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal. 5°.- En el ejercicio de dicha autonomía, aceptada y reconocida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Estado puede apreciar y evaluar la complejidad, duración y gravedad del conflicto armado interno con el fin de diseñar y adoptar los mecanismos de justicia para lograr la paz dentro del respeto a los parámetros establecidos en el derecho internacional, en especial la garantía de los derechos humanos.

ver con circunstancias que sean propias tanto de su cultura como de su historia. En Colombia la guerra lo es.

La doctrina ha sido utilizada en decenas de casos en el sistema europeo de derechos humanos, así como en el SIDH que la ha puesto a prueba en algunas decisiones sobre derechos políticos, libertad de expresión y libertad personal, sin entrar a aplicarla en los conflictos armados internos. Esto no es un obstáculo para su invocación y aplicación, teniendo presente que la realidad histórica del conflicto armado en Colombia es esencial.

Con estas consideraciones previas, en Colombia esta doctrina si sería aplicable a partir de la existencia de dos factores.

El primero, la naturaleza particular del conflicto armado colombiano, la desestructuración territorial y la ausencia de prácticas estatales en nuestro territorio. El respaldo de esta realidad se encuentra en el informe “Basta ya”¹⁷¹ y en los informes de la Comisión de Historia y del Conflicto¹⁷² que, lejos de ser insustanciales, sustentan nuestra particularidad. Otros historiadores lo han explicado de forma magistral como se observa en los recientes libros de Fernán González¹⁷³ y del profesor Jairo Estrada¹⁷⁴, entre otros.

Sobre la desestructuración territorial, Colombia intentó tres grandes reformas agrarias durante el siglo XX. La primera se presentó a través de la Ley 200 de 1936; la segunda, con la Ley 135 de 1961; y la tercera, con la Ley 160 de 1994. Estos intentos fracasaron. Sus razones se explican en la manera como se concibió la República en el siglo XIX: una postura centralista que tenía vínculo con el poder local a través de unas elites clientelistas con las cuales repartía tierras y poder. La institucionalidad local estaba fuera de cualquier propósito.

171 Informe “Basta ya”, Bogotá, centro de memoria histórica, 2013.

172 “Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia. Comisión Histórica del conflicto y sus víctimas”, Bogotá, Ediciones desde abajo, 2015.

173 González, F., *Poder y violencia en Colombia*, Bogotá, Colección territorio, poder y conflicto, 2014.

174 Estrada, J., *Solución política y proceso de paz en Colombia*, 2013.

Con la primera, se buscó democratizar la tierra, idea que fracasa con una contrarreforma —Ley 100 de 1944— que extiende a 15 años el plazo de extinción de dominio de la tierra. Luego, durante el Frente Nacional, se intenta de nuevo, pero las fuerzas políticas terratenientes de nuevo se interponen. Ni hablar de la Ley 160 de 1994, que trae a la discusión el debate con la creación de las zonas de reserva campesina. En la actualidad, el Gobierno del presidente Juan Manuel Santos intenta pasar una ley de víctimas y tierras —Ley 1448 del 2011—, a la mejor manera de una reforma agraria soterrada. El asunto tampoco irá muy lejos.

El segundo aspecto es que tanto el estatuto de la Corte Penal Internacional como la CADH tienen la paz y la democracia como objetivos fundantes. En el caso colombiano, la paz sería un logro mayor a cualquier otro, teniendo presente que su consecución pondría fin a un conflicto de más de cinco décadas. Asimismo, a la luz de la jurisprudencia de los dos tribunales no se han hecho análisis de resolución de conflictos internos en justicia transicional.

■
122

Complementando lo anterior, debe hacerse hincapié en que la Corte IDH se ha pronunciado en algunos casos sobre la resolución de conflictos armados en el continente americano, *Barrios Altos vs. Perú* (2001), *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), *La Cantuta vs. Perú* (2006), *Gomes Lund y otros vs. Brasil* (2010) y *Gelman vs. Uruguay* (2011). Su postura jurisprudencial ha sido similar frente a todas las amnistías o auto amnistías sin distinguir la legitimidad democrática de cada proceso, como lo recuerda y critica el profesor argentino Roberto Gargarella.

Aún así, el caso colombiano tiene variables diversas que pueden ser exploradas a la luz de lo indicado por ese tribunal internacional en la decisión *El Mozote El Salvador* (2012), en la cual se indicó la posibilidad de articular paz y justicia en el marco de un acuerdo.

Sobre este particular, el voto concurrente del juez Diego García-Sayán y cuatro jueces más en esa decisión son categóricos en el sentido de determinar, “la cuestión de las amnistías y su relación con el deber de investigar y sancionar graves violaciones a derechos humanos, requiere un análisis que proporcione criterios adecuados para un juicio de ponderación en contextos en los que pudieran surgir tensiones entre las

demandas de justicia con los requerimientos de una paz negociada en el marco de un conflicto armado no internacional”¹⁷⁵.

Del mismo modo, sobre las sanciones por violaciones a los derechos humanos reveló:

“El reconocimiento de responsabilidades por parte de los máximos líderes puede contribuir a promover un proceso de esclarecimiento tanto de los hechos como de las estructuras que hicieron posible esas violaciones. La reducción de penas, la concesión de penas alternativas, la reparación directa del perpetrador a la víctima, el reconocimiento público de responsabilidad son otras vías que se pueden considerar”¹⁷⁶.

La justicia que se logre en el proceso en La Habana no puede ser el resultado de establecer una discusión cerrada entre justicia y paz. A eso es necesario ponerle matices. Uno de ellos es que no necesariamente se trata de dos valores contrapuestos. La justicia incluye elementos como la verdad, la reparación, las garantías de no repetición, mientras que la paz es una síntesis de todos los derechos.

Teniendo presente lo anterior, la doctrina del margen nacional de apreciación es una puerta que le permite a los Estados plantear límites aplicativos a sus decisiones, teniendo presente que el derecho internacional de los derechos humanos es acatado y respetado.

■
123

3. Límites del margen nacional de apreciación

El margen nacional de apreciación no es una doctrina que pueda ser entendida sin límite alguno. Algunos ejemplos jurisprudenciales ponen de presente la necesidad de establecer diálogos verticales que claramente limitan la órbita de interpretación del Estado. De hecho, debe recordarse que el artículo 2 de la CADH establece que los Estados parte deben adecuar su ordenamiento a las normas consagradas en la Convención, evento que plantea unos límites intrínsecos al margen nacional de apreciación, que limitan su acción hermenéutica.

175 Corte IDH. Caso *Masacres del Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 252., Voto razonado del Juez Diego García Sayán, párr. 4.

176 Ídem, párr. 31.

Por lo anterior, es necesario evidenciar algunos casos en la región para observar esa acción simultánea de interpretación, utilizando los derroteros establecidos en la jurisprudencia.

En Colombia podrían traerse a colación tres casos que fueron debatidos por la Corte Constitucional. En primer término, la sentencia de tutela sobre vulneración del derecho a la libertad sindical por ofrecimientos diferentes a trabajadores no sindicalizados frente a los sindicalizados: T-619 del 2013. En esa decisión, la Corte aplicó de forma directa los convenios 87 y 98 de la OIT para darle contenido a los derechos involucrados en el problema jurídico. Del mismo modo, puede traerse a colación la sentencia de unificación SU-070 del 2013, que estableció una protección reforzada a las mujeres en estado de embarazo. Esta decisión también tiene un cúmulo alto de referencias normativas y jurisprudenciales de carácter internacional.

Por último, se destaca una sentencia de constitucionalidad C-710 del 2012, en la cual la Corte Constitucional utiliza los criterios vertidos por la Corte IDH en el caso *Atala Riffo contra Chile* para determinar que el hecho de ser homosexual o lesbiana no puede ser óbice para desconfiar de las cualidades morales de la persona y así poder superar los problemas para adoptar. Allí el tribunal constitucional no admite que pueda existir intersticio alguno en torno a categorías de interpretación propias, dejando de lado el margen nacional de apreciación y acogiendo lo señalado por la Corte Interamericana.

Para la profesora Paula Andrea Acosta, “los jueces suelen justificar la obligación de interpretar las normas nacionales a la luz de los mandatos internacionales en la existencia de cláusulas de jerarquía que afirman que los tratados de derechos humanos adquieren rango constitucional o supralegal”¹⁷⁷. En ese mismo sentido, la autora cita varios casos jurisprudenciales que para efecto de esta contribución son relevantes. Veamos algunos. En México, la Suprema Corte de Justicia definió la manera de establecer el control de convencionalidad. En ese sentido señala que

“el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes

177 Acosta, P. A., *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, págs. 82-83.

pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte¹⁷⁸.

Otros Estados también han establecido parámetros similares. Por ejemplo, en el caso de Ecuador se destacan una multiplicidad de fallos que invocan sentencias internacionales como 0040-2007 de 31 de marzo del 2007, la 005-09 de septiembre del 2009, 006-09 de 19 de mayo del 2009, 0302-08 del 26 de mayo del 2009, 0010-09 del 7 de julio del 2009, 004-09- del 23 de julio del 2009, 005-09 del 3 de septiembre del 2009, 005-10 del 24 de febrero del 2010, 009-10 del 25 de marzo del 2010, 001-10-POJ del 22 de diciembre del 2010, entre otras¹⁷⁹. En esas decisiones judiciales, la utilización de la jurisprudencia de la Corte IDH y opiniones consultivas, tiene el sentido de darle alcance a los derechos objeto de discusión en virtud de las acciones constitucionales de protección o de las sentencias de constitucionalidad.

178 Citada por Acosta, P. A., en *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, op.cit. pág. 83. El texto se encuentra en la página web <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/160/160525.pdf>.

179 Para efecto de profundizar sobre este aspecto, Véase el libro de Claudia Escobar, *Transconstitucionalismo y diálogo jurídico*, Quito, Corte Constitucional.

Por lo anterior, los límites a esta doctrina del margen nacional de apreciación existen, acogiendo las posturas de forma directa de la Corte IDH. Se acoge una suerte de *self executing* que permite limitar la acción hermenéutica de los Estados en el caso concreto.

4. Consideraciones finales

Con la presente contribución se pretendió establecer cómo los Estados han comenzado, en virtud de la doctrina del margen nacional de apreciación, a separarse de ciertos estándares desarrollados por el SIDH o a aprovechar los intersticios que deja la interpretación jurídica en algunos casos. En segundo lugar, se abordó cómo ese margen de apreciación se ha limitado a partir de las decisiones constitucionales de los mismos jueces nacionales, cerrando el camino de la interpretación abierta de estándares interamericanos.