

MARÍA CARMELINA LONDOÑO LÁZARO

**LA PREVENCIÓN DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS
HUMANOS:
ESTUDIO SOBRE LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN EN EL
SISTEMA INTERAMERICANO**

Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la
Universidad Austral para optar al título de Doctor en
Derecho

Director de tesis: Prof. Dr. Juan Cianciardo



UNIVERSIDAD

AUSTRAL

FACULTAD DE DERECHO

Buenos Aires, 2013

AGRADECIMIENTOS

Esta investigación es fruto de la generosidad de muchos a quienes adeudo gratitud perenne. El respaldo institucional de la Universidad de La Sabana fue una primera condición indispensable en este proyecto. Con especial aprecio, agradezco la confianza y decidido apoyo de todos los directivos y colegas, entre los que debo resaltar, en particular, al Señor Rector Obdulio Velásquez, las Vice-Rectoras Liliana Ospina y María Clara Quintero, la Directora de Docencia Luz Ángela Vanegas, la Directora de Investigaciones Leonor Botero, la Directora de Relaciones Internacionales Victoria Cruz, nuestro actual Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Álvaro Mendoza, así como su predecesor, Luis Gonzalo Velásquez. A mis colegas de la Facultad expreso mi sincero cariño en respuesta a su amistad y disposición al diálogo, entorno en el que encontré valiosos aportes intelectuales y personales. Entre ellos, un reconocimiento especial a María Clara Obando, Gabriel Mora, Carlos Enrique Arévalo, Juana Inés Acosta, Jorge Oviedo, Iván Garzón.

A mi director, Juan Cianciardo, no tengo como agradecerle suficientemente toda la formación que me aportó en estos años. Sus orientaciones permanentes, su agudeza intelectual y su ejemplo constituyeron el más valioso aporte académico a esta tesis. Mi agradecimiento es también para Pilar Zambrano, a quien estimo y admiro.

Mi deuda se extiende a otros amigos académicos con quienes tuve oportunidad de discutir aspectos de mi tesis enriqueciendo, indudablemente, mis reflexiones. Aquí quisiera destacar el apoyo de mi

amiga Carolina Olarte; de mis compañeros y profesores en las diversas estancias de investigación en la Universidad Austral, particularmente, Fernando Toller, Rodolfo Vigo y Alfonso Santiago; de aquellos de quienes recibí retroalimentación y apoyo en American University en el año 2009; en la Academia de Derechos Humanos del *European University Institute* en el año 2011; en la Academia de Verano de Venecia del *European Inter-University Centre for Human Rights and Democratization* en el año 2012; y, finalmente, en el Instituto Cultura y Sociedad de la Universidad de Navarra, de manera muy especial mi agradecimiento a Caridad Velarde.

Todo ese apoyo fue muy importante. Pero el impulso definitivo de este proyecto lo aporta mi familia. Mi esposo Juan, con quien comparto, además del tesoro de nuestras cinco niñas, la pasión por el Derecho, fue mi más fiel interlocutor. Gracias a su lucidez, escucha paciente y dedicación generosa e incansable logré trazar los derroteros más importantes de este trabajo. Con él logramos que nuestras tesis doctorales se convirtieran en la mejor excusa para fortalecer nuestro crecimiento familiar y hacerlo compatible con nuestros afanes profesionales. María José, Ana Lucía, Ángela María, Mariapaz y Luisa Fernanda han sido la motivación más grata y, junto con Juan, la ilusión más grande que justifica cualquier esfuerzo. Sólo con la generosidad sin límites de mis padres Bernardo y Marina, así como la de mis suegros Luis Enrique (a cuya memoria rindo un homenaje especial) e Hilda María, fueron posibles las estancias de investigación y tantas horas de dedicación al estudio. A su lado, la ayuda de mis hermanos también resultó imprescindible. A todos ellos mi amor constante y agradecimiento sincero.

Finalmente debo confesar que no creo que sea casualidad que después de cinco años de investigación, esta tesis logre culminarse en un “año de la Fe”. Esta circunstancia imprime un profundo significado adicional que no puedo eludir y que me anima a continuar con brío este camino que apenas comienza.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	3
ÍNDICE.....	5
ABREVIATURAS	9
INTRODUCCIÓN.....	11
CAPÍTULO 1 LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN Y SU CONTEXTO: EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.....	21
1. PLANTEAMIENTO GENERAL	21
1.1. EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS Y SU CONCRECIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO.....	23
1.2. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL: PRECISIONES CONCEPTUALES.....	29
2. EL HECHO ILÍCITO INTERNACIONAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS	41
2.1. LA VIOLACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO EN VIRTUD DE LA CONVENCIÓN AMERICANA.....	41
2.2. LA CONDUCTA ATRIBUIBLE AL ESTADO	63
3. LAS CONSECUENCIAS DEL HECHO ILÍCITO INTERNACIONAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS	79
3.1. LA OBLIGACIÓN DE REPARAR EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS	80
3.2. LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN DE HECHOS LESIVOS A LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO	91

4. RECAPITULACIÓN	100
CAPÍTULO 2 LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	103
1. PLANTEAMIENTO GENERAL: NOCIÓN E IDENTIFICACIÓN DE LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN	103
1.1. EL CONCEPTO DE GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN: UN VOCABLO ABIERTO	106
1.2. TEST DE IDENTIFICACIÓN: NOCIÓN Y CONDICIONES ESENCIALES DE LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN.....	108
1.3. FUNDAMENTACIÓN Y CONTENIDO DE LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN EN LA PRÁCTICA DE LA CORTE INTERAMERICANA	110
2. LOS ORÍGENES Y FUNDAMENTACIÓN DE LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA	114
2.1. ABRIENDO CAMINOS: LA PUGNA INTERNA DE LA CORTE.....	115
2.2. REPARAR Y PREVENIR NUEVAS VIOLACIONES, DOS CARAS DE LA MISMA MONEDA: EL DEBER DE GARANTÍA EN EL CASO GARRIDO Y BAIGORRIA	118
2.3. ARGUMENTOS CIRCULARES Y PENDULARES: EL CASO LOAYZA TAMAYO	123
2.4. LA ENCRUCIJADA DE LOS LEGISLADORES: ¿UNA NUEVA FUENTE DE LA LEY NACIONAL?.....	129
2.5. UN RECLAMO RECURRENTE: EL ÁMBITO DE LO PENAL EN LA MIRA DE LA CORTE	133
2.6. MÁS ALLÁ DEL LEGISLADOR: LA VINCULACIÓN DE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO EN LAS DECISIONES DE LA CORTE	137
2.7. A MODO DE COLOFÓN: LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO INTERNO PROMOVIDAS CON LA NUEVA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA	142
3. CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR LA CORTE INTERAMERICANA COMO GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN DE VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS	143
3.1. DEROGACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS.....	145
3.2. CREACIÓN Y ADOPCIÓN DE NORMAS, MECANISMOS, POLÍTICAS Y PRÁCTICAS AL INTERIOR DEL ESTADO.....	159
3.3. MODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNO A PARTIR DE DIRECTRICES INTERNACIONALES.....	181

3.4. LOS PROGRAMAS EDUCATIVOS COMO ESTRATEGIA PARA LA PREVENCIÓN DE VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS.....	205
4. RECAPITULACIÓN	207
CAPÍTULO 3 LA LEGITIMIDAD DE LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN: UNA PROPUESTA PARA SU FUNDAMENTACIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS	211
1. PLANTEAMIENTO GENERAL	211
2. EL CONCEPTO DE <i>GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN</i> : UNA PROPUESTA PARA EL SISTEMA INTERAMERICANO	216
3. LA FUNCIÓN PREVENTIVA DEL DERECHO: EL ÁMBITO EN EL QUE SE JUSTIFICAN LAS <i>GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN</i>	220
3.1. <i>FUNCIÓN PREVENTIVA Y DERECHO</i>	220
3.2. <i>LA FUNCIÓN PREVENTIVA DEL DERECHO EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS</i>	224
4. EN EL CORAZÓN DEL SISTEMA: LOS FUNDAMENTOS DE LAS <i>GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN</i>	240
4.1. <i>LOS PRINCIPIOS PRO PERSONA, SUBSIDIARIDAD Y EFECTIVIDAD EN LA BASE DEL SISTEMA INTERAMERICANO</i>	241
4.2. <i>EL PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA Y LAS OBLIGACIONES GENERALES DE LA CONVENCIÓN AMERICANA</i>	256
4.3. <i>LA TAREA ENCOMENDADA A LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS</i>	262
5. RECAPITULACIÓN	284
CAPÍTULO 4 LOS LÍMITES DE LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN COMO CONDICIONES DE LEGITIMIDAD	287
1. PLANTEAMIENTO GENERAL	287
2. TEORÍA SOBRE LOS LÍMITES DE LAS <i>GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN</i>	289
2.1. <i>La teoría de “los efectos reflejos”: el criterio de necesidad como límite</i>	289
2.2. <i>Sólo un fin justifica estos medios: el criterio de adecuación como límite</i>	317

8 LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

2.3. <i>El margen nacional de apreciación como límite para el accionar de la Corte Interamericana</i>	325
2.4. <i>A modo de corolario: la articulación práctica de los tres límites</i> ...	340
3. LOS EFECTOS ADVERSOS DE UN USO INDISCRIMINADO DE LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN.....	343
4. RECAPITULACIÓN.....	348
CONCLUSIONES	351
APÉNDICE: ANÁLISIS DE LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LAS CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 1989 - 2012	359
BIBLIOGRAFÍA	501

ABREVIATURAS

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CDI	Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIJ/ ICJ	Corte Internacional de Justicia/ International Court of Justice
DDHH	Derechos humanos
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
GNR	Garantías de no repetición
MNA	Margen nacional de apreciación
SEDH	Sistema europeo de derechos humanos
SIDH	Sistema interamericano de derechos humanos

INTRODUCCIÓN

Prevenir es mejor que reparar. Esta expresión del refranero popular español puede aplicarse también en el ámbito de los derechos humanos, donde ordinariamente el tipo de daños que sufre el afectado pone de presente las limitaciones del Derecho para conseguir eliminar las marcas de una violación. Tal es la complejidad de la labor de restablecer el derecho en este ámbito que las soluciones tradicionales del Derecho civil, administrativo o internacional han sido superadas por un nuevo modelo acuñado bajo el nombre de *reparación integral*. Bajo esta fórmula, los estudios de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) promovidos en el seno de las Naciones Unidas establecieron cuatro categorías que, combinadas, ponen de manifiesto el complejo fenómeno de resarcir daños ante las más graves violaciones a los derechos humanos: (i) restituir la situación que gozaba el titular antes de la violación; (ii) compensar económicamente los perjuicios materiales y morales sufridos; (iii) procurar los medios que permitan una rehabilitación médica, psicológica y social del afectado; (iv) establecer medidas de satisfacción.¹

Para completar las directrices que definen una *reparación integral* el DIDH ha adicionado a las cuatro obligaciones mencionadas la noción

¹ Véase, ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Principios y directrices básicos de las Naciones Unidas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, A/RES/60/147 (2005), numerales 18-23.

de *garantías de no repetición* (GNR). El objeto de esta tesis doctoral es el estudio de las GNR en el contexto del sistema interamericano. Para valorar el interés de la propuesta vale la pena tener en cuenta que ni en el DIDH ni en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) —que ha adoptado íntegramente el modelo propuesto por las Naciones Unidas con sus cinco variantes—, se encuentra alguna explicación satisfactoria que dé cuenta de la naturaleza de las GNR y de su relación con las reparaciones. Casi automáticamente se ha generado una asimilación entre los dos conceptos, a pesar de ser distintos, como se mostrará en este estudio. La prolífica jurisprudencia de la CorteIDH en materia de reparaciones —de reconocida trascendencia mundial— ha permanecido impasible ante esa confusión y, de hecho, ella misma ha sumado razones para engrosar el problema. Su lucha por lograr una *reparación integral* en favor de las víctimas se ha convertido paulatinamente en un fenómeno que pretende lograr verdaderas transformaciones institucionales a fuerza de sentencias. Se trata de un impacto en todos los niveles: reformas legislativas —incluso constitucionales—, adopción de mecanismos y prácticas institucionales, ajustes en los sistemas de administración de justicia y formulación de políticas públicas. En suma, la CorteIDH ha priorizado la puesta en marcha de transformaciones normativas e institucionales relativas a todos los poderes públicos del Estado, con el pretendido fin de eliminar fallas estructurales y, así, evitar violaciones repetitivas a los derechos humanos.

La primera y más importante de las dificultades que esta situación genera obedece a una cuestión de *legitimidad*. Pero la pregunta por la legitimidad —conectada, entre otros aspectos, con el déficit democrático que se atribuye a la elección de los jueces, argumento que gana en intensidad en el caso de los jueces internacionales— no es de respuesta sencilla. En esta tesis se demostrará que abordar este problema supone dar respuesta a muchas cuestiones intermedias que viran entre lo

teórico y lo práctico para ofrecer, al final, una respuesta comprehensiva de los distintos factores en juego y fundamentada jurídicamente.

El primer paso que un jurista da es el de acudir a las fuentes. Sobre la base que ofrece el artículo 63 de la Convención Americana, el juez regional ha adoptado un modelo de reparaciones que ordinariamente incluye medidas tipo GNR. Un análisis de la jurisprudencia muestra que en los últimos doce años, más del cincuenta por ciento de las sentencias emitidas por el tribunal decretan GNR y, en todas ellas, aparecen las GNR incluidas como una forma de reparación. El contenido de estas resoluciones está orientado directamente a conseguir que el Estado derogue un tipo penal, adopte una normativa internacional, revise una práctica administrativa, introduzca un recurso judicial, establezca un sistema de control, modifique el aparato judicial, configure un organismo, provea una determinada infraestructura, defina una política pública con directrices precisas, acoja un protocolo internacional, entre muchos otros ejemplos.

Esta ha sido desde hace más de una década una práctica habitual. Sin embargo, el tribunal ha pasado por alto que ninguno de estos contenidos corresponde a lo que tradicionalmente se ha entendido por reparación. La reparación está esencialmente ligada al pasado, en el sentido de que está diseñada para borrar las secuelas que una violación dejó en las víctimas. La vía que ha adoptado la CorteIDH en su jurisprudencia con el uso de la noción de *garantías de no repetición*, por el contrario, está orientada hacia el futuro. El esfuerzo del tribunal no ha quedado sólo en el restablecimiento de los derechos de las víctimas sino que se ha volcado con la misma fuerza en la configuración de condiciones que a futuro puedan prevenir nuevas violaciones. ¿Caben ambas cosas dentro del concepto de reparación? A lo largo de esta tesis se intentará poner de manifiesto que se impone una respuesta negativa a esta pregunta. Ni por la función, ni por la naturaleza (que determina esa función), ni por los fundamentos, ni por los efectos que se producen, pueden asociarse como equivalentes las dos figuras. Por tanto, el

artículo 63 no ofrece una razón para respaldar la legitimidad de tal práctica. Si esto es así, entonces, ¿qué son propiamente las *garantías de no repetición* y dónde se encuentran respaldadas?

Dos preguntas, dos pasos. A la pregunta por el concepto, lo único que ofrecen los documentos de las Naciones Unidas y la jurisprudencia de la CorteIDH son descripciones ilustrativas: enumeraciones de qué medidas pueden entenderse como GNR. La Comisión de Derecho Internacional hace un esfuerzo en otra dirección que da nuevas pistas, pero no del todo suficientes: se trata de una obligación secundaria autónoma en el régimen de responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos². No hay un concepto doctrinal ni jurisprudencial que dé mayor cuenta de su existencia, de sus límites, de su relación con otros conceptos cercanos. Esta conceptualización imprecisa —y generalizada— produce problemas a la hora de encontrar razones a favor de su legitimidad en la instancia interamericana.

La dificultad se acrecienta ante la siguiente pregunta: ¿dónde se encuentran respaldadas las GNR? Se esperaría que estuvieran consagradas convencionalmente, pero no aparece una referencia expresa a ellas. Y, como se dijo, la norma argüida por el tribunal interamericano no se corresponde con la práctica que ha llevado a cabo.

En esta investigación se formula una propuesta acerca de las notas fundamentales que caracterizan a las GNR y, a partir de ellas, se elabora una definición. Sobre esta base, en un siguiente paso, se comprueba el alto número de medidas concedidas por la CorteIDH que se plantean dentro del “paraguas” que proporciona la figura y, sin embargo, la escasa y ambigua fundamentación de ese aspecto de las resoluciones en que se insertan.

² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en su Resolución 56/83 (2001), artículo 30.

¿Resulta, pues, factible, dar con razones que fundamenten adecuadamente las GNR (y que, por tanto, de algún modo las limiten)? Se han examinado aquí dos grandes categorías de argumentos. Aquellos que proporcionan las razones últimas (esto es, *iusfilosóficas*) y los otros que se soportan en fuentes científicas o próximas. La conclusión de este ejercicio es que sí existen razones últimas y próximas que pueden motivar una GNR ordenada para el Estado desde el plano internacional.

La pregunta, entonces, sobre si la Corte Interamericana está facultada para obligar cambios estructurales en el nivel nacional a partir de sus resoluciones en un litigio particular, es una pregunta que obliga a pensar en términos de legitimidad. La Corte está facultada, pero no está, en estricto sentido, obligada. Dicho de otro modo, la Corte puede hacer uso de las *garantías de no repetición*, pero no es que la Convención le haya impuesto esa obligación. Si esto es así, ¿cuáles son los límites de esa legitimidad? Este último paso se resuelve con una reflexión sobre la necesidad, adecuación e imperatividad de la medida que se pretende ordenar como *garantía de no repetición* de futuras violaciones a los derechos humanos.

Después de este camino recorrido, es posible reafirmar que prevenir sí es mejor que reparar, pero no son lo mismo. “Reparar sin reincidir”, parece ser la apuesta que ha hecho la Corte con su jurisprudencia. Sin embargo esto, por bueno que parezca, no le exime de ofrecer razones y sujetarse a ellas, y tampoco exime al estudioso de esos fallos del deber de señalar aquellos casos en los que el tribunal traspuso los límites aludidos. Esta tesis deja abierta la puerta para un paso siguiente: poner la propuesta a prueba.

¿Por qué describir el anterior proceso con esa dinámica de pasos que apenas lentamente se van engarzando? La respuesta es sencilla. Porque esta metodología pone de presente el concepto llano de legitimidad que se ha usado como referente: razonable, que se ajusta y se sustenta en razones válidas —no arbitrarias—, en este caso,

fundamentadas en el Derecho. Con ello, queda claro, entonces, por qué reflexionar sobre la legitimidad de la práctica de las *garantías de no repetición* en el actuar de la Corte Interamericana exigía abordar las preguntas sobre su contenido y naturaleza, sobre sus alcances y sobre sus límites. El aporte que ofrece la tesis puede definirse en función de las respuestas que se han dado a esos mismos interrogantes: *qué son las garantías de no repetición, cuáles son sus fundamentos y cuáles son las condiciones que aseguran su legitimidad.*

Las consideraciones sobre las tres cuestiones se distribuyen del siguiente modo en la estructura de la tesis. En el primer capítulo se ofrece una visión del marco jurídico internacional que sirve como referente para comprender el papel que juegan las *garantías de no repetición* dentro de la lógica de la responsabilidad internacional del Estado en el sistema interamericano. En ese contexto se profundiza sobre el alcance de las obligaciones generales de la Convención Americana como condición para integrar, más adelante, las *garantías de no repetición* con el deber de prevención incluido en la obligación de garantía del artículo 1.1. y el deber de adecuar el derecho interno previsto en el artículo 2.

El segundo capítulo aporta un análisis profundo de toda la jurisprudencia de la CorteIDH relativa a las *garantías de no repetición*. En un primer momento se establecen los criterios básicos para identificar con propiedad estas medidas. Sobre esa base se plantean dos objetivos. En primer lugar, una aproximación histórica a partir de la cual se destacan las dificultades que emanan de las escasas, oscilantes y contradictorias razones que ha presentado el tribunal para justificarlas. Por otro lado, se plantea una propuesta de clasificación que permite un análisis descriptivo y crítico más sólido para confirmar la existencia de una práctica regular y cada vez más desarrollada en la CorteIDH tendiente a provocar cambios estructurales en los países de la región a partir de resoluciones tipo GNR.

El tercer capítulo se estructura sobre tres pilares fundamentales: un concepto consolidado de la figura de las *garantías de no repetición*, un análisis sobre la función preventiva del Derecho como explicación de la naturaleza que les caracteriza y, finalmente, una justificación basada en razones de orden científico y *iusfilosófico* para afirmar la legitimidad de su uso. En esta instancia se propone un examen integrado de los principios esenciales que soportan el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esto es, el principio *pro homine*, el principio de subsidiaridad y el principio de efectividad. A la luz de esta tríada y aunado al principio *pacta sunt servanda*, se examinan las provisiones de la Convención Americana que facilitan comprender tanto la función de las *garantías de no repetición* como la tarea que le ha sido encomendada al juez regional. Sobre este último asunto, el capítulo cierra con una reflexión sobre el quehacer de la judicatura internacional, su relación con el bien común y las notas características de sus sentencias.

Finalmente, el capítulo cuarto expone una teoría sobre los límites de las *garantías de no repetición* como condiciones para refrendar su legitimidad. Esta propuesta ofrece tres criterios que el juez internacional tendría que valorar antes de ordenar una GNR, so pena de cercenar la legítima libertad de las autoridades locales en la configuración de las condiciones jurídico-políticas para su comunidad. Los criterios de necesidad, adecuación e imperatividad (para garantizar la competencia judicial) son los ejes centrales llamados a guiar el accionar del tribunal regional y sobre ellos se soportan las tres condiciones diseñadas para definir el alcance de las *garantías de no repetición*. Estas condiciones se precisan de la siguiente manera: en primer lugar, el contexto que brindan las sentencias con *efectos reflejos*; en segundo lugar, la verificación de una falla estructural y la definición de las modalidades para corregirla; por último, la doctrina del margen nacional de apreciación como criterio indispensable en el proceso de adjudicación judicial. Después de plantear una visión integrada de las tres condiciones, el capítulo termina con una reflexión sobre los efectos

adversos que puede acarrear un uso indiscriminado de las *garantías de no repetición*.

En cada uno de los capítulos se ha procurado un diálogo constante con la jurisprudencia más relevante de la CorteIDH. Ese diálogo ha tenido fines diversos: en algunos casos, se ha procurado describir un problema concreto y las diversas alternativas de solución existentes; en otros, se buscó mostrar las deficiencias de los criterios empleados por el tribunal; por último, también se empleó la jurisprudencia como banco de pruebas de algunas de las afirmaciones que se fueron haciendo en el trabajo. Una síntesis del trabajo desarrollado con estas finalidades puede encontrarse en el Anexo —lo que justifica su inclusión en la tesis—. Se consignan allí la totalidad de las sentencias de la Corte en las que se dictaron GNR, *lato sensu*, y se las clasifica de acuerdo con diversos criterios.

Tanto por su objeto, como por sus fuentes, la investigación se inscribe dentro del ámbito del Derecho internacional. Si se quiere ser todavía más preciso, la tesis pretende hacer un aporte al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, un régimen que si bien con su cierta especialidad goza de alguna autonomía, no por ello fragmenta la relativa unidad del Derecho internacional, ni erosiona tampoco las relaciones de complementariedad con el Derecho nacional. De hecho, el presente estudio es una muestra que confirma lo primero: el DIDH bebe de las mismas fuentes del Derecho internacional y comparte hasta cierto punto los esquemas básicos de la lógica de la responsabilidad estatal por hechos internacionalmente ilícitos. También quiere ser una contribución para lo segundo: la figura misma de las *garantías de no repetición* se postula como una herramienta que convoca las sinergias de los organismos internacionales y las autoridades públicas locales en su misión común de crear y promover las condiciones para un reconocimiento acertado de los derechos humanos y su disfrute real.

En congruencia con este último propósito, puede afirmarse que toda la tesis se asienta sobre el convencimiento de que Derecho internacional y Derecho nacional están cada vez más vinculados. Los derechos humanos son un espacio de intersección ineludible que pone de presente la necesidad de construir puentes de diálogo y entendimiento entre los dos planos. A mayor sinergia, mayores y mejores serán también los niveles de protección efectiva de los bienes humanos básicos de todos³. Frente a este reto, el papel de la judicatura internacional es crucial, sin que esto signifique prioritario o excluyente. Por el contrario, la radicalidad de su misión se centra en su capacidad de equilibrar las fuerzas opuestas que gravitan en el nivel interno (víctimas, organizaciones no gubernamentales, autoridades estatales...) y su peso para no dejarse arrastrar por las luchas de poder y las ideologías de moda que siempre tienen un lugar en el escenario de la comunidad internacional. La satisfacción del deber cumplido, en su caso, no siempre se concibe desde la óptica de quien protagoniza la historia directamente. Desde la perspectiva que se aborda el objeto de estudio en esta investigación, basta con el hecho de que su labor —unas veces de modo más directo y otras apenas indirecto—, ayude a la construcción de soluciones integrales más estables y duraderas para muchos de los problemas sociales que aquejan a la región poniendo en riesgo la garantías mínimas de protección a los derechos humanos. En el escenario actual de Latinoamérica, con todo y sus problemas, no se necesita que los jueces se conviertan en políticos, se necesitan jueces que a través del Derecho persigan la realización de la justicia, suficiente

³ En este escrito, como se precisará con más detalle, se adopta la noción de bienes humanos básicos o fundamentales como objeto de los derechos humanos, adoptando en sentido amplio la propuesta de John FINNIS y el análisis que de esa tesis elabora Robert P. GEORGE para el contexto del orden internacional. Dos estudios de estos autores serán citados particularmente: J. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, (traducido por C. ORREGO), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000 y R.P. GEORGE, *Entre el Derecho y la Moral*, (traducido por P.J. IZQUIERDO FRANCO), Colección Internacional. Vol. 14, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Javeriana y Editorial Ibañez, Bogotá, 2009.

contribución al bien común. Y es que esa relación estrecha entre judicatura y bien común, explica la conclusión a la que llega Robert P. GEORGE y que justifica, en última instancia el interés por este estudio: “los bienes comunes que deben conseguirse y los males comunes que deben evitarse mediante la institución de autoridades internacionales proporcionan razones concluyentes para que las naciones se sometan a la jurisdicción de instituciones justas que ejerzan su autoridad dentro del alcance legítimo de su jurisdicción...”⁴.

⁴ GEORGE, *Entre el Derecho y la Moral*, p. 93.

CAPÍTULO 1

LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN Y SU CONTEXTO: EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) ha definido en su copiosa jurisprudencia sobre reparaciones que las *garantías de no repetición* (GNR) son un elemento esencial de la reparación integral. A la luz de ese derrotero, el juez interamericano ha desarrollado una clara tendencia a decretar medidas generales directamente encaminadas a obtener transformaciones institucionales al interior de los Estados de la región. Esto se deduce del recuento de las sentencias del nuevo siglo en las que aparecen con altísima frecuencia resoluciones que ordenan a un Estado derogar un tipo penal, adoptar una normativa internacional, revisar una práctica administrativa, introducir un recurso judicial, diseñar una política pública, entre otros tantos ejemplos similares. El sustento ofrecido por la CorteIDH para dicha práctica reconduce siempre al artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)¹. Para el tribunal, las

¹ *Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José*, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, noviembre de 1969. Su entrada en vigencia se

garantías de no repetición son obligaciones jurídicas a cargo de los Estados, aunque la norma internacional no lo especifique, pues finalmente las asimila a las reparaciones.

Pero los efectos de una y otra cosa parecen ser muy distintos. Las reparaciones tienden a borrar los daños causados a unas víctimas particulares, mientras que las *garantías de no repetición* aparecen como medidas generales concedidas para prevenir nuevas violaciones. A la vista de los argumentos jurídicos ofrecidos por el tribunal y debido a la práctica aún no consistente por parte de los Estados, las explicaciones disponibles sobre la entidad de las *garantías de no repetición* son verdaderamente insatisfactorias; esto último, sumado a la ya mencionada extensión adquirida de modo progresivo por las GNR, y al influjo directo que ejercen sobre los sistemas jurídicos internos tornan urgente un estudio de la materia.

Acometer esa labor implica, en primer lugar, aproximarse a su contexto. Por esta vía, se pretende un acercamiento que permita reconocer las raíces de la figura de las GNR y, por su origen y trayectoria, identificar las notas esenciales que faciliten un planteamiento completo sobre su identidad, naturaleza, fundamentos y límites, condiciones ineludibles para evaluar el uso que ha hecho de ellas la Corte regional.

Con este fin en mente, en este primer capítulo se propone un análisis del régimen de responsabilidad internacional de los Estados por

remonta al 18 de Julio de 1978. Actualmente 24 Estados de la región hacen parte de este instrumento internacional. El artículo 63.1 se refiere a la facultad de la CorteIDH para ordenar reparaciones. En este sentido el texto reza: "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".

hechos ilícitos como el marco jurídico a partir del cual se comprenden los orígenes y la función a la que están llamadas las *garantías de no repetición*. Dicho con otras palabras, una definición de estas últimas requiere comenzar por el análisis del sistema en el que se encuentran insertas.

Así pues, siendo que el régimen general de responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos se concreta y asume formas especiales en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), más particularmente aquél desarrollado en el sistema interamericano (SIDH), el presente capítulo se ocupa de una exposición sistemática de la responsabilidad del Estado en el marco del mecanismo interamericano, sobre la base que ofrecen las directrices del Derecho internacional público. Lo anterior significa, dicho de otro modo, que en este capítulo se procura presentar una exposición ordenada de los elementos esenciales de la responsabilidad internacional estatal y sus consecuencias. Sobre estos ejes y con los desarrollos jurisprudenciales de tres décadas que ya completa el tribunal, finalmente se consigue un esquema completo del propio régimen de responsabilidad por violación a los derechos humanos propuesto por la Convención Americana, como un modo de suplir que no aparece allí expresamente articulado.

1.1. EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS Y SU CONCRECIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

El ámbito de la responsabilidad de los Estados por violación a derechos humanos en el sistema interamericano se asienta sobre la misma teoría del Derecho internacional público que erige como principio fundamental el que todo hecho internacionalmente ilícito del

Estado genera su responsabilidad². Esta fórmula general ha sido interpretada en el sentido de que toda conducta de acción u omisión imputable a un Estado que constituya una violación de una obligación internacional, compromete su responsabilidad frente a quien resulte afectado por tal incumplimiento y frente a la misma comunidad internacional³. En este escenario emerge para el Estado una nueva situación jurídica regida por principios y reglas propios. Este nuevo conjunto normativo regula las condiciones para el surgimiento de tal responsabilidad, el contenido o consecuencias —también denominadas obligaciones secundarias— a cargo del Estado infractor y su exigibilidad en el plano internacional.⁴

² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, artículo 1.

³ *Ibid.*, artículo 42.

⁴ La fórmula a la que se hace alusión sintetiza algunas de las principales características del régimen adoptado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su versión final de los *Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, como se expone en los comentarios a los artículos 1 y 2. Los comentarios sólo se encuentran disponibles en inglés y pueden verse en versión electrónica en el siguiente vínculo:

http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf

Estas notas características pueden resumirse del siguiente modo: (i) La expresión “responsabilidad internacional” se predica de la nueva relación jurídica que nace a partir del hecho internacionalmente ilícito de un Estado (establecido por la violación de una obligación primaria), por lo cual se explica como un régimen de obligaciones secundarias; (ii) las consecuencias de esa responsabilidad no se limitan a la reparación del daño, porque éste no es el elemento central de la responsabilidad, ni se agotan en él todas sus consecuencias; (iii) para establecerse un hecho ilícito se requieren únicamente dos elementos: por un lado, una conducta atribuible a un Estado de acuerdo con las reglas del Derecho internacional y, por otro, el hecho de que tal conducta constituye una violación de una obligación jurídica vigente para ese Estado; (iv) la nueva relación jurídica surgida con ocasión del hecho ilícito no es exclusivamente bilateral. Por el contrario, hoy es ampliamente aceptada la idea

Lo anterior puede entenderse de forma sistemática a partir del trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI), que en su largo proceso de codificación de la práctica de los Estados sobre esta materia, ha concluido con la exposición de tal régimen en los *Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2001. Este trabajo sintetiza, más que crear originalmente, un *corpus iuris* que contiene los principios y las reglas fundamentales que regulan el eventual escenario de responsabilidad en que puede incurrir un Estado al infringir sus compromisos internacionales.⁵

de una responsabilidad internacional frente a varios Estados o incluso frente a toda la comunidad internacional, en función del tipo de norma primaria infringida. Si bien es cierto que la versión final del trabajo de la CDI abandonó la noción de crímenes de Estado, en ella queda expresa la referencia a las normas de *ius cogens* y la especial gravedad que revisten las violaciones a obligaciones de tal naturaleza.

⁵ Sobre el proceso de codificación realizado por la Comisión de Derecho Internacional y el proyecto final que se presentó después de más de 40 años de trabajo, son muchos los estudios académicos que recogen historia, desarrollos y reflexiones. Vale la pena mencionar algunos especialmente interesantes por la perspectiva panorámica que presentan. En este sentido pueden verse los mismos comentarios de CRAWFORD —último Relator especial— a la versión definitiva de los artículos de la CDI. Esta versión definitiva adoptada luego por resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/res/56/83 se encuentra disponible en formato electrónico: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf

Para profundizar en este análisis también son útiles las siguientes referencias: D. BODANSKY y J. CROOK, "Symposium: the ILC's State responsibility articles. Introduction and overview", *Am. J. Int'l. L.*, no. 96 (2002) 773-91; A. PÉREZ GIRALDA, "El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de los Estados, al final del camino", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 4 (2002) 23; J. FERRER LLORET, "El derecho de la responsabilidad internacional del Estado ante la celebración de una conferencia codificadora", *Revista Española de Derecho Internacional* 2, no. 56 (2004) 705-39; J. CRAWFORD, A. PELLET y S. OLLESON, *The Law of International Responsibility*, Oxford Commentaries on International Law, Oxford University Press, New York, 2010.

El marco jurídico que aporta la labor de la CDI además de sentar las directrices para el Derecho internacional general, es completamente válido para el sistema interamericano que, en su esfuerzo por contribuir a la promoción y protección de los derechos humanos en la región, ha creado con la Convención Americana un régimen inter estatal especial de derechos y obligaciones sobre esta temática, aunado a un mecanismo particular para hacer exigibles los compromisos adquiridos por los Estados parte a favor de todos los habitantes del continente. Este Derecho regional, no obstante su especialidad por el ámbito que regula, obedece en todo caso a un tipo de Derecho internacional y, por lo mismo, se asienta sobre los parámetros del Derecho internacional general en el campo de la responsabilidad estatal, sin perjuicio de las particularidades y matices propios que requiere y desarrolla para cumplir con su cometido.

Y es que, indudablemente, como sostienen algunos autores, el régimen de responsabilidad es la “piedra de toque” de todo ordenamiento jurídico en el que reposa, en gran medida, la eficacia de un sistema normativo⁶. Así, el sistema interamericano de derechos humanos creado y condensado en el Pacto de San José, fortalecido con nuevos instrumentos e iniciativas y desarrollado abundantemente por la tarea de sus órganos principales —Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos; en particular, por la jurisprudencia de este

⁶ M. DEL TORO HUERTA, "La responsabilidad del Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en R. MÉNDEZ SILVA (ed.), *Derecho internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, 663-86, quien cita a BROTONS, Antonio Remiro et ál. *Derecho Internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 409. Una idea semejante la recoge A. PELLET de C. DE VISSCHER quien señalaba que la responsabilidad es corolario necesario del principio de igualdad entre los Estados, al punto de afirmar que sin ésta no habría propiamente Derecho: A. PELLET, "The definition of responsibility in international law", en J. CRAWFORD, A. PELLET, and S. OLLESON (ed.), *The law of international responsibility*, Oxford Commentaries on International Law, Oxford University Press, New York, 2010, 3-16, p. 4.

tribunal—, contiene tanto el reconocimiento de los derechos esenciales de todos los seres humanos a modo de obligaciones objeto de protección por parte de los Estados, como también los efectos de su incumplimiento y el mecanismo para hacer efectivas dichas obligaciones. Con todo, estas normas no son exclusivas ni originales de la Organización de Estados Americanos, sino que en buena parte beben de la fuente del mismo Derecho internacional público y su régimen de responsabilidad estatal por hechos internacionalmente ilícitos.

Es cierto, en todo caso, que las notas esenciales del nuevo Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las diversas condiciones actuales del continente americano, han exigido una adecuación jurídica y práctica del régimen general de responsabilidad con miras a contribuir a la mayor eficacia del itinerario trazado para las Américas en materia de derechos humanos. Algunas de estas particularidades serán subrayadas a lo largo de este capítulo, justamente por la relevancia que representan para el objeto de estudio propuesto. De este modo queda justificado que la estructura del capítulo comience por la visión sobre la responsabilidad internacional del Estado en la panorámica del Derecho internacional público y vaya descendiendo a la concreción de sus elementos y consecuencias tal como han sido entendidos en el marco interamericano.

En síntesis, se partirá de la base de que el régimen de responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos está definido desde el mismo Derecho internacional público, marco a partir del cual se precisan los matices propios en el sistema interamericano, especialmente desarrollados por la jurisprudencia de la CorteIDH. Lo anterior se confirma con pronunciamientos del mismo tribunal en los que expresamente se ha reconocido la particularidad del régimen de responsabilidad internacional del Estado en el SIDH al afirmar:

Si bien la misma Convención Americana hace expresa referencia a las normas del Derecho Internacional general para su interpretación y aplicación, las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la

Convención constituyen en definitiva la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a la misma. De tal manera, dicho instrumento constituye en efecto *lex specialis* en materia de responsabilidad estatal, en razón de su especial naturaleza de tratado internacional de derechos humanos vis-à-vis el Derecho Internacional general.⁷

Así, el punto de partida para comprender la lógica de la responsabilidad internacional del Estado en el sistema interamericano arranca de las coordenadas básicas del régimen general de responsabilidad internacional, el cual, tal como se ha afirmado, se soporta esencialmente en dos pilares. De un lado, el comportamiento que constituye una violación de las obligaciones internacionales y, de otro, la vinculación o relación de atribución entre tal conducta y la entidad misma del Estado. Esto último aparece reflejado en la fórmula del artículo 2 del trabajo de la CDI sobre la materia:

Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en acción u omisión es atribuible al Estado según el derecho internacional y constituye una violación de una obligación internacional del Estado.⁸

Esta definición rige también para el ámbito interamericano, con la sola precisión de que las obligaciones a las que se apela sólo son aquellas que surgen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o algunos otros instrumentos regionales respecto de los cuales se haya aceptado su justiciabilidad en la instancia regional. Por consiguiente, puede afirmarse genéricamente que para que un Estado sea declarado responsable internacionalmente en la sede de la CorteIDH, habrá que probar únicamente estos dos elementos, pero no

⁷ Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 107.

⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, artículo 2.

otros que, si bien podrían discutirse, no son esenciales, como la culpa, el dolo o el mismo daño.

1.2. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL: PRECISIONES CONCEPTUALES

El hecho de que no se requiera la culpa, el dolo o alguna otra categoría calificada de la intención con la cual el Estado cometió el ilícito podría conducir a afirmar que estamos frente a un sistema de responsabilidad objetiva. No obstante, lo cierto es que como se ha sugerido, lo subjetivo u objetivo del régimen en realidad depende del contenido y exigencias de la obligación primaria y no tanto de la regla secundaria de atribución⁹. Esto permite explicar mejor lo que en realidad sucede en el sistema interamericano en relación con el surgimiento de la responsabilidad internacional del Estado. El principio general de responsabilidad deja abierta la posibilidad de debatir en juicio estándares particulares de la conducta violatoria si ello se desprende del contenido de la obligación presuntamente violada, pero no exige de ninguna manera anticipadamente aquel estándar. Por el contrario, su inclusión en el debate judicial depende enteramente de la norma primaria y no de condiciones especiales que estén de suyo contenidas en la regla de atribución de responsabilidad. De ahí que el dolo o la culpa no hacen parte de las exigencias para demostrar la responsabilidad internacional del Estado¹⁰, aunque puede ser que en

⁹ UNITED NATIONS - INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001 —with commentaries—*, versión electrónica, ver comentarios al artículo 2.

¹⁰ Esta es una idea adoptada por la CDI en sus trabajos de responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, recogiendo la tesis que ha hecho curso por más de un siglo en el Derecho internacional, en el que se reconoce a ANZILOTTI como uno de sus más claros exponentes. Cfr. B. STERN, "The elements of an international wrongful act", en J. CRAWFORD, A. PELLET, and S. OLLESON (ed.),

algunos casos, en razón de la obligación que se discute como trasgredida o de las circunstancias particulares que se alegan, se haga alusión a categorías como negligencia, deber de debida diligencia o conducta agravada del Estado.

1.2.1. Acercamiento a los dos pilares fundamentales: primer eslabón

Las coordenadas centrales de la lógica de la responsabilidad internacional de los Estados están representadas en dos exigencias: la conducta ilícita y su atribución al Estado, siguiendo la fórmula del artículo 2 de los trabajos de la CDI, como se anunciara atrás. Dentro de este marco, es claro pues que un primer paso para explicar la responsabilidad del Estado en el sistema interamericano es abordar el contenido de las obligaciones contraídas por los Estados partes de la Convención Americana con el fin de establecer si las conductas acusadas corresponden o contrarían los compromisos adquiridos.

A grandes rasgos puede sostenerse que la CADH comprende dos tipos de obligaciones primarias para la protección de los DDHH: (i) unas *obligaciones generales* de respeto y garantía y (ii) las *obligaciones específicas* inherentes a la protección de cada uno de estos derechos según su propia naturaleza y alcance. El juicio interpretativo del tribunal ordinariamente compagina ambos niveles para determinar el alcance de las obligaciones contenidas en el Pacto y, por supuesto, en este ejercicio se enfrenta a dificultades importantes relacionadas con los estándares de la acción legal requerida. En particular, como se verá, el desarrollo de la obligación de garantizar, más que la de respetar, ha ocasionado los más importantes debates. Debe advertirse, sin embargo, que siempre serán irrelevantes consideraciones sobre la intención o motivación de los agentes, pues el sistema no mira a la responsabilidad individual sino a la estatal.

The law of international responsibility, Oxford Commentaries on International Law, Oxford University Press, New York, 2010, 27, pp. 209-210.

La noción de hecho ilícito supone entonces, una mirada objetiva que articule el contenido de la obligación internacional y el respectivo soporte de su violación. Esto lógicamente requiere que se prueben en el juicio como ciertos aquellos hechos contrarios a las prescripciones de la Convención, los cuales, según se desprende del elemento de atribución, deben obedecer a la conducta de acción u omisión del Estado implicado. Dicho de otro modo, la primera condición para que surja la responsabilidad del Estado consiste en demostrar que ha habido una conducta violatoria de la Convención, esto es, la verificación de unos hechos que resultan contrarios al cumplimiento de las condiciones de respeto y garantía de los derechos protegidos en el Pacto regional.

Sobre este punto, la CorteIDH ha sido más bien flexible en relación con los medios de prueba y la valoración de la prueba en el proceso, incluso desarrollando alternativas como apelar a la inversión de la carga probatoria a favor de las presuntas víctimas, cuando a juicio del tribunal el contexto del caso o la actuación del Estado lo requería¹¹. Sin embargo, atendiendo a los fines de esta investigación, no se profundizará en este aspecto probatorio, puesto que más bien se intenta ilustrar sobre las generalidades del régimen de responsabilidad desarrollado en sistema interamericano apuntando a sus elementos esenciales y sus consecuencias.

1.2.2. El lugar del daño y la víctima: entre lo contingente y lo necesario

Ahora bien, también es cierto que dentro del espectro de la violación de una obligación internacional, como primer elemento bajo

¹¹ Así, por ejemplo, en el caso de la *Masacre de Mapiripán* el tribunal le ordenó al Estado colombiano que fuera él quien individualizara a algunas de las víctimas ejecutadas y desaparecidas y no la Comisión ni los peticionarios, como ordinariamente procede, en consideración al contexto del caso que hacía especialmente gravoso para la contraparte identificar plenamente todos los afectados con la masacre. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, cit., párrs. 305-306.

estudio, aparece la inquietud sobre el papel del daño y su relación con la configuración de la responsabilidad internacional. Y la respuesta será la misma que respecto de otros elementos accesorios a los que se ha hecho referencia. El daño no es en sí mismo un elemento esencial para el surgimiento de la responsabilidad internacional del Estado en el SIDH, aunque hay que hacer precisiones que justifiquen esta posición, dadas las discusiones que el tema ha suscitado.

El primer punto que debe aclararse es aquel relacionado con el momento en el cual surge la responsabilidad del Estado en el plano internacional. Y tal como ya se ha dicho, el principio general de responsabilidad contiene esta prescripción al expresar que toda violación de una obligación internacional atribuible al Estado compromete su responsabilidad. Es decir, se insiste en que para el surgimiento de la responsabilidad basta con la configuración del hecho ilícito internacional, el cual no exige de suyo y en todos los casos la concreción de un daño.

Así las cosas, es posible por ejemplo que un Estado viole el Pacto regional por la expedición de una norma que es contraria a una obligación convencional y, sin embargo, no es necesario para que surja la responsabilidad, el que haya sido aplicada en un caso concreto. Aun más, puede resultar responsable el Estado por la omisión en expedir normas a las que se encontraba internacionalmente obligado¹². En un

¹² Sobre este punto, pueden verse las opiniones consultivas 13 y 14 de la Corte Interamericana. *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14. En el mismo sentido, resulta interesante revisar, por ejemplo, la sentencia de fondo del caso *Raxcacó*, en la cual la Corte afirma: “la falta de legislación nacional que haga efectivo el derecho a solicitar indulto, amnistía o conmutación de la pena, en los términos del artículo 4.6 de la Convención Americana, constituye un nuevo incumplimiento del artículo 2 de la

escenario como este, lo que puede llegar a resultar más discutible es la posibilidad de impugnar la norma o reclamar por su ausencia en la sede interamericana ante la falta de una víctima concreta, puesto que se impediría la procedibilidad de la acción internacional. Empero, al tratarse de dos asuntos diferentes, en realidad no hay contradicción: una cuestión es el momento en el que se origina la responsabilidad estatal y otra distinta su exigibilidad.

Esta postura fue la asumida por la Corte en el caso *Suarez Rosero* y luego confirmada en otras decisiones¹³, al afirmar que la norma cuestionada en el caso “*per se* viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso”¹⁴ y, en consecuencia, declara la responsabilidad del Ecuador por el contenido de la norma penal acusada al ser contraria del artículo 2 CADH, en concordancia con los artículos 7.5 y 1.1 de la misma.

El paso que da el tribunal en esa sentencia tiene enormes repercusiones y algunas de ellas aun representan un reto para el SIDH. Las consecuencias más significativas de la afirmación central que hace la

misma”. Caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, párr. 89.

¹³ Véanse, por ejemplo, los siguientes casos: *Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52; “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73; *Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75 e interpretación, sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94; *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, cit.; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154; *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169; *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Septiembre de 2009. Serie C No. 204.

¹⁴ *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 98.

CorteIDH podrían resumirse de la siguiente manera: (i) se confirma que una norma interna que infringe la Convención acarrea la responsabilidad del Estado aun sin que sea aplicada en un caso específico; (ii) coherentes con lo anterior, no es requisito esencial para que la responsabilidad de un Estado se vea comprometida el que exista un daño y una víctima concreta, bastaría con comprobar que la norma es contraria a los compromisos adquiridos en el Pacto regional; (iii) se deben distinguir dos facultades distintas a cargo de la Corte Interamericana: por un lado, declarar la responsabilidad internacional del Estado y, por otro, ordenar las reparaciones a que haya lugar de acuerdo con los daños probados en el proceso, circunstancia esta última en la cual obviamente sí se hace necesario probar la calidad de víctima; (iv) un desafío pendiente de resolver sería entonces si puede demandarse en el proceso internacional una ley o, en general, una conducta ilícita del Estado, sin que medie una víctima o perjudicado.

Esta última cuestión anotada parece ser aún un dilema si se tiene en cuenta que, por una parte, la CorteIDH ha sostenido que no está dentro de sus facultades declarar violaciones en abstracto, pero, por otra, ha admitido la posibilidad de declarar como hecho ilícito internacional la mera existencia de una ley sin que medie su aplicación. Por lo pronto, procesalmente no existe vía para que los particulares puedan hacer uso de una especie de acción de convencionalidad para controlar en abstracto el contenido de las leyes internas. Sin embargo, sí es verdad que los mismos Estados están legitimados para consultar a la Corte regional sobre la compatibilidad de normas nacionales con las prescripciones convencionales a través del ejercicio de la competencia consultiva de la Corte.

Con ocasión de las anteriores reflexiones, resulta pertinente, por tanto, una breve referencia a la noción de víctima o perjudicado en el SIDH como condición para la procedibilidad de la acción judicial, puesto que puede generarse una confusión en relación con el papel del daño en

la configuración de la responsabilidad estatal. Como se advirtió líneas atrás, es preciso diferenciar dos momentos en el régimen de responsabilidad: uno primero que es en el cual surge la responsabilidad para el Estado a causa de la configuración de un hecho ilícito que le es imputable; uno segundo, posterior en el tiempo, que se refiere al momento y las condiciones en las cuales aquella responsabilidad es exigible internacionalmente. Quizá vale la pena insistir en que uno y otro se distinguen y a la vez se correlacionan. Así, la responsabilidad internacional surge cuando los elementos sustanciales convergen: una violación a la Convención generada por la conducta de acción u omisión del Estado. Sin embargo, la reclamación de esta responsabilidad está sujeta a una serie de condiciones procesales de modo que se haga efectiva internacionalmente.

Dentro de estas condiciones, establecidas en los artículos 46 y 47 CADH, se incluyen dos que merecen aclaración para los propósitos de la presente reflexión. El artículo 46 a) recoge la regla del previo agotamiento de los recursos internos del Estado como exigencia para que el caso sea conocido en la sede internacional. Esta disposición es una consecuencia del principio de subsidiaridad del sistema interamericano que incluso no es original del mismo, sino traído por referencia del Derecho internacional público, aunque con matices propios en el DIDH. Este requisito, que además tiene sus excepciones contempladas en el numeral 2 del mismo artículo, no desconoce ni modifica el momento original en el que ocurrió el hecho ilícito internacional, más bien lo que hace es garantizar que el Estado tenga oportunidad de remediar ese ilícito y, por esta vía, eximirse de la responsabilidad internacional si llegara a cumplir con todos los parámetros definidos en el Derecho internacional para tal fin.

Lo anterior significa, en otras palabras, que un Estado que ha infringido el Pacto regional por la conducta de acción u omisión de sus agentes, podría liberarse de la condena internacional si su justicia interna resulta eficaz al punto de lograr garantizar y restablecer el goce

de los derechos conculcados. Siguiendo esta lógica, el ilícito internacional se configuró en el momento en que se consumó la conducta contraria a la Convención, sin embargo, la responsabilidad no se hizo exigible a cargo de un órgano internacional, puesto que el Estado asumió esta responsabilidad activando las vías internas idóneas que le permitieran proteger judicialmente los derechos convencionales inicialmente infringidos. Por consiguiente, no es verdad que la responsabilidad del Estado surja una vez se han agotado esos recursos internos, probada su ineficacia, pues esto a lo sumo lo que hace es configurar un nuevo hecho ilícito internacional relacionado con el deber de protección judicial.

La otra aclaración en relación con los requisitos de procedibilidad de la acción interamericana para reclamar la responsabilidad de un Estado por infracción de la Convención se encuentra en el artículo 46 b), el cual está más claramente vinculado al elemento del daño, por cuanto usa la expresión “presunto lesionado”. La prescripción que contiene este literal apunta a la oportunidad para la presentación de la queja o denuncia ante la Comisión Interamericana, en la que se establece que debe ocurrir dentro del plazo de los seis meses siguientes “a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva”, decisión que alude al agotamiento de los recursos internos que se explicara atrás. Esta condición ha implicado en el sistema interamericano la situación a la que se hacía referencia antes, en el sentido de que se requiere la existencia de una víctima para activar el mecanismo de peticiones individuales, esto es, un sujeto al que el Estado le hubiera causado un agravio con ocasión de su conducta ilícita. Y es en este ámbito donde parece más cuestionable la afirmación de que el daño no es un elemento esencial del régimen de responsabilidad internacional del Estado en el sistema interamericano. Sin embargo, todavía puede sostenerse esta posición, si se distingue entre el surgimiento y la exigibilidad de la responsabilidad, por un lado, y las distintas consecuencias que nacen para el Estado infractor, por otro.

Sobre lo primero ya se ha delineado la diferencia entre uno y otro momento y, sobre lo segundo se profundizará en el último apartado del capítulo, aunque vale en este punto solamente puntualizar que una cosa son los elementos esenciales de la responsabilidad y otra distinta sus consecuencias¹⁵.

En suma, (i) el hecho ilícito internacional que genera responsabilidad estatal puede o no acarrear consigo un daño tangible; (ii) el daño sólo será un elemento esencial para configurar la responsabilidad estatal si así estuviera prescrito en la obligación primaria, de lo contrario, si aquel surgiera sería un efecto, más no un constitutivo del hecho ilícito; (iii) de cualquier forma, si surge un daño aparece el deber de reparar como una consecuencia de la responsabilidad; (iv) por tanto, el daño es un elemento indispensable respecto de las consecuencias de la responsabilidad mas no necesariamente para su configuración.

Hasta aquí se han delineado aspectos relacionados con el primer elemento esencial de la responsabilidad internacional del Estado en el sistema interamericano, esto es, la ocurrencia de una violación de la Convención, con el fin de justificar que lo sustancial para definir este elemento en juicio —desde una perspectiva sistemática y general del régimen interamericano— será el examen del contenido de las obligaciones convencionales, parámetro definitivo para evaluar la

¹⁵ En este sentido puede entenderse también el comentario de PELLET en relación con la visión adoptada por la CDI sobre los elementos esenciales de la responsabilidad internacional: *"a re-conceptualisation of the very notion of international responsibility, which, by the elimination of injury as a condition for its existence, finds itself 'objectivised', in the sense that, from a purely inter-state approach we have passed to a more 'communitarian' or 'societal' vision: responsibility exists in and of itself, independently of its effects"*. (A. Pellet, 'remarques sur une révolution inachevée. Le projet d'Articles de la CDI sur la responsabilité des États' (1996) 42 AFDI 4) traducido al inglés en: STERN, "The elements of an international wrongful act", p. 197.

licitud o ilicitud de la conducta que se acusa, asunto que será abordado en detalle en un siguiente apartado.

1.2.3. Acercamiento a los dos pilares fundamentales: segundo eslabón

Por otra parte, siguiendo la línea de argumentación sobre los extremos básicos de la responsabilidad internacional en el sistema interamericano, el segundo elemento esencial para que el Estado sea declarado responsable es la relación de atribución que existe entre la conducta presuntamente violatoria y el Estado en cuestión¹⁶. La regla general del Derecho internacional público ha sido acatada por la CorteIDH en cuanto reconoce que la acción u omisión de cualquier agente público, indistintamente la rama del poder a la que pertenezca o su jerarquía interna, puede llegar a comprometer la responsabilidad de su Estado. De hecho, todos los casos fallados por la CorteIDH, incluso aquellos más polémicos en los que las actuaciones de particulares han dado lugar a graves violaciones de la Convención, confirman la regla expuesta. El tribunal ha establecido en toda su jurisprudencia que la responsabilidad del Estado surge bien por la acción o bien por la

¹⁶ El orden que se ha dado a estos dos elementos de la responsabilidad internacional, en último término responde a la lógica que se ha venido explicando en el sentido de que el hecho ilícito internacional surge a partir de la violación de una obligación internacional vigente para un Estado cuando tal conducta que le es atribuible; aunque bien podría plantearse en sentido inverso sin que se altere el resultado. Es cierto que en la estructura del artículo 2 del trabajo de la CDI figura en primer lugar la conducta atribuible al Estado y en segundo término la configuración de la violación de la obligación internacional, sin embargo, no parece vital que de tal modo deba ser el orden, por lo que la propuesta de este trabajo se aparta de la posición que sostiene STERN: *"This sequence is logical since an act on its own cannot be assessed against the rules of public international law; it is first necessary to ensure that an act is attributable to the State before examining whether that act is in conformity with what is required from that State under international law"* (ibid. p. 201). ¿Por qué plantear una fórmula inamovible si, en este caso no se altera el resultado legal mediando prueba de los dos elementos? y aunque es opinable, la posición en este trabajo responde a lo que se cree resulta pedagógicamente más adecuado.

omisión de sus agentes, de modo que no hay en estricto sentido responsabilidad del Estado por el hecho exclusivo de terceros.

A partir de este principio general el tribunal ha elaborado importantes desarrollos para el campo de los derechos humanos, los cuales serán expuestos con detalle en el apartado correspondiente a la “conducta atribuible al Estado”. Se procurará presentar los hitos más relevantes en relación con la conducta ilícita de cada uno de los poderes públicos tradicionales y el deber de garantizar la eficacia horizontal de los derechos humanos —eficacia frente a terceros o particulares— siguiendo la jurisprudencia regional. Adicionalmente, por las controversias que suscitan y la importancia que representa para esta investigación, se harán algunas reflexiones específicas sobre la conducta de omisión y el deber de prevención en el ámbito interpretativo que el alto tribunal ha dado a las obligaciones generales de la Convención Americana.

Finalmente, el primer capítulo cierra con el apartado dedicado a las consecuencias del hecho ilícito internacional en el sistema interamericano, asunto que también se encuentra fuertemente vinculado en sus raíces a los parámetros del Derecho internacional público, pero indudablemente ha sido una de las cuestiones desarrolladas con mayor espíritu vanguardista por el tribunal interamericano, particularmente en lo que se refiere al deber de reparar.

En la teoría del Derecho internacional público puede decirse que las consecuencias del hecho ilícito se sintetizan en cuatro obligaciones secundarias¹⁷: (i) el deber de reparar los daños causados con la

¹⁷ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, artículos 28 a 31. Nótese como el propio título del artículo 28 enuncia “consecuencias” (en plural) y anuncia su diversidad. Y aunque hay quienes piensan que en verdad todas estas consecuencias se pueden englobar dentro de un único concepto de reparación integral (véase: *ibid.*, pp. 198-200) y de hecho la CorteIDH ha sido ambigua al

infracción; (ii) el deber de cesar la violación si esta continúa; (iii) el deber de continuar con el cumplimiento de las obligaciones vigentes para el Estado; y (iv) el deber de garantizar la no repetición de los hechos lesivos. De este listado, la primera y la última merecen mayores consideraciones desde la perspectiva de un régimen de responsabilidad, toda vez que las dos intermedias necesariamente están definidas por las obligaciones primarias y no es mucho más lo que pueden aportar las normas secundarias de responsabilidad¹⁸.

En materia de reparaciones, la jurisprudencia interamericana ha tenido una trascendencia sin igual. No es para menos, si se sopesan las muchas tragedias con las que ha tenido que lidiar la Corte, la complejidad de los daños y de las demandas requeridas, y el afortunado artículo 63.1 que concede autonomía al tribunal para determinar los medios apropiados para una justa reparación. Junto con los avances logrados hay algunos retos pendientes para los Estados, para la CorteIDH y para el mecanismo de protección en general. Justamente por su importancia, los estudios en esta temática son hoy profundos y numerosos, por lo que no se expondrá todo el marco de las reparaciones en esta investigación, más allá de lo necesario para demostrar precisamente la diferencia estructural que existe entre el deber de reparar y el deber de prestar *garantías de no repetición* ante violaciones a los derechos humanos. Mientras sobre lo primero hay ya notables desarrollos doctrinales, sobre lo segundo, en cambio, los trabajos son

respecto, la presente investigación justamente se funda sobre una crítica a tal posición, sosteniendo que las *garantías de no repetición* son una consecuencia autónoma de la responsabilidad estatal.

¹⁸ Sin embargo, sobre las especificidades de estas obligaciones como consecuencia de la responsabilidad del Estado, resultan interesantes los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional al artículo 30 de su proyecto de artículos. UNITED NATIONS - INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001 -with commentaries-*, versión electrónica.

más bien escasos y, pese al valor indudable de algunos de ellos, no han alcanzado a dar cuenta de la complejidad de su objeto.

Este marco amplio que se ha ofrecido sobre la responsabilidad internacional del Estado sirve ahora para perfilar los ejes centrales del hecho ilícito en el sistema interamericano como pasa a exponerse: (i) la violación de una obligación contenida en la Convención Americana y (ii) la atribución de esta conducta al Estado según las reglas del derecho internacional. Conjugados estos dos elementos se entiende que nace la responsabilidad internacional del Estado y, una vez declarada, el Estado queda sujeto a sus consecuencias, las cuales se estudian en la última parte del capítulo.

2. EL HECHO ILÍCITO INTERNACIONAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

2.1. LA VIOLACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO EN VIRTUD DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

Todo el régimen de responsabilidad del DIDH gira en torno al cumplimiento de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos esenciales de los seres humanos¹⁹, reconocidos en los instrumentos internacionales por los mismos Estados como los límites

¹⁹ Esta es la clasificación más amplia de las obligaciones internacionales en torno a los derechos humanos y así han sido adoptadas en el texto de la Convención Americana. A partir de esta estructura, algunas veces se especifican otras variaciones. Por ejemplo, los documentos interpretativos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocen tres categorías: obligaciones de respeto, obligaciones de protección y obligaciones de garantía, satisfacción o cumplimiento.

infranqueables a su poder²⁰. La Organización de Estados Americanos, siguiendo la tendencia práctica de muchas naciones después de la segunda guerra mundial —tanto universal como regionalmente—, elabora en la Convención Americana un catálogo de derechos humanos, los cuales englobados por las cláusulas generales de los dos primeros artículos conforman una primera gran parte. En esas dos prescripciones se establecen específicamente las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos humanos, así como adecuar el ordenamiento interno para asegurar tales mandatos. A esa primera parte se suman los apartados relativos a la suspensión de garantías, los deberes y los principios para la interpretación y aplicación del instrumento interamericano. Por otro lado, en la segunda parte del Pacto se describe propiamente el mecanismo jurídico para la supervisión y exigibilidad de esos compromisos adquiridos por los Estados en favor de los bienes humanos básicos de todas las personas sujetas a su jurisdicción.

Es claro entonces que abordar el contenido de los compromisos fijados en la primera parte del tratado, constituye un primer paso insoslayable para entender el alcance y las limitaciones del mecanismo interamericano. En consecuencia, este apartado inicia planteando el contenido de la Convención Americana, como condición para comprender la violación de las obligaciones convencionales como un primer elemento de la responsabilidad estatal.

²⁰ En este sentido pueden verse también las consideraciones de la CorteIDH al subrayar que “la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 21.

2.1.1. El contenido de la Convención Americana

En términos amplios, puede afirmarse que los Estados parte en la Convención Americana han contraído dos tipos de obligaciones internacionales para la protección de los derechos humanos; por un lado, las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 y, por otro lado, las obligaciones específicas relativas a cada uno de los derechos reconocidos en este Pacto. A decir verdad, el alcance de las llamadas obligaciones generales es determinante para comprender el mismo contenido y alcance de las obligaciones particulares que se desprenden de cada uno de los derechos definidos en la Convención, a pesar de que se trata de obligaciones autónomas y con contenido propio. Es así como podría afirmarse que la obligación que le cabe al Estado en relación con la protección de cada uno de los derechos contemplados en el Pacto, necesariamente tiene que ser vista, en resumidas cuentas, a la luz de las obligaciones generales de respeto y garantía, con todas las implicaciones que ello supone, como se describe a continuación.

2.1.2. Las obligaciones generales del Estado

a) Obligación general de respetar y garantizar los derechos

La Corte Interamericana ha sostenido reiteradamente que la lesión de cualquiera de los derechos convencionales implica necesariamente la violación del artículo 1.1 en cuanto exige como primera obligación a cargo de los Estados el deber de respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio. Este artículo establece:

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

Como se afirmó, según la Corte, el marco jurídico definido por las obligaciones generales es la plataforma desde la que se evalúa la responsabilidad internacional de un Estado por la violación de cualquiera de los derechos contenidos en la Convención. En este sentido se ha pronunciado el tribunal al sostener desde su primera jurisprudencia que:

El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.²¹

En términos generales, las provisiones de los artículos 1.1 y 2 CADH definen una tríada de obligaciones. Se trata del deber a cargo de los Estados de: (i) respetar los derechos y libertades; (ii) garantizar su pleno y libre ejercicio sin discriminación; (iii) adecuar su Derecho interno para hacer efectiva esta protección. En el contenido de cada uno de estos deberes hay una riqueza muy apreciable, por lo cual se destinará un primer momento para valorar el ámbito de aplicación del artículo 1.1 que contiene los dos primeros, para luego continuar en un nuevo epígrafe con el desarrollo del artículo 2, que se corresponde con el tercero de los deberes señalados.

En primer lugar, de acuerdo con la interpretación del alto tribunal regional siguiendo los lineamientos del DIDH, el compromiso de “respetar los derechos y libertades” supone que el poder público no puede menoscabar o entorpecer directamente el goce de tales bienes

²¹ Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 164.

fundamentales, inherentes a la dignidad del ser humano. Así pues, el deber de respeto del artículo 1.1 se constituye claramente en una obligación negativa:

[E]s ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo.²²

En segunda instancia, la obligación de garantía que se establece en el artículo 1.1 exige a los Estados una conducta diligente para asegurar la vigencia de los derechos humanos, evitar su perturbación a manos de terceros y, eventualmente, procurar su justo restablecimiento. Dicho de otro modo, el deber de garantizar los derechos convencionales se establece como una obligación positiva que implica disponer de todas las medidas razonables al alcance del Estado para asegurar el disfrute libre y pleno de los mismos y, ante su eventual vulneración, asegurarse de impartir una adecuada administración de justicia, que incluirá —si es del caso— la reparación correspondiente al daño causado.

Así expuesto, el contenido de esta obligación alude a todo un campo de posibilidades y requerimientos para que el Estado haga efectivo su compromiso, situación que obviamente acarrea muchas veces dificultades de ejecución. De ahí que la CorteIDH desde sus primeras sentencias haya hecho esfuerzos por concretar las exigencias de esta provisión convencional. Es así como ha sostenido reiteradamente que el deber de garantía es el fundamento que da origen a las obligaciones más específicas de *prevenir, investigar, sancionar y reparar integralmente* a las víctimas de violaciones a los derechos humanos. En consecuencia, se

²² Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo, cit., párr. 169; Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 178; Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22, párr. 56.

transgrede la obligación de garantía respecto de cualquiera de los derechos contenidos en el Pacto cuando no se previno razonable y diligentemente su violación o, una vez configurada, no se procedió conforme con los estándares convencionales y, por tanto, no se protegió el respectivo derecho.²³

Una consecuencia clara, entonces, de este deber de garantizar es que “no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”²⁴. Estas consideraciones han sido expuestas por el alto tribunal destacando que:

Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.²⁵

Desde otro ángulo, la jurisprudencia también ha afirmado que este mismo deber positivo de garantía supone para el Estado:

²³ Este alcance de la obligación de garantizar ha sido consistente en todos los pronunciamientos de la CorteIDH desde su primer caso *Velásquez Rodríguez*.

²⁴ Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, cit., párr. 167; Caso *Godínez Cruz vs. Honduras*. Fondo, cit., párr. 176.

²⁵ Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, cit., párr. 166; Caso *Godínez Cruz vs. Honduras*. Fondo, cit., párr. 175; Caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Fondo, cit., párr. 56.

[T]omar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención.²⁶

A hilo de estos argumentos resalta la importancia de fortalecer integralmente los sistemas de justicia internos como condición de garantía de los DDHH. De ahí que el alto tribunal haya subrayado, con especial ahínco, que el deber de luchar contra la impunidad es una verdadera obligación jurídica y no un mero deseo, consideración que en definitiva se sustenta justamente en el deber de garantizar los derechos de la Convención Americana. El caso *Paniagua Morales* (también conocido como *Panel Blanca*), tendrá una repercusión trascendental en la jurisprudencia interamericana por ser el primero en el que se definió con nitidez el concepto de impunidad y su relación con las obligaciones generales, en los siguientes términos:

La impunidad [es] la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad

²⁶ Esta interpretación la hizo expresamente la Corte por primera vez en su Opinión Consultiva 11/90. *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos) del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11. A partir de ese momento ha sido reiterada uniformemente en su jurisprudencia posterior, como puede verse por ejemplo en los casos *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 151 y en el caso *Cantos vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de Noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 49.

propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares²⁷.

En concordancia con lo anterior, la obligación de luchar contra la impunidad reposa sobre el Estado independientemente de que los responsables de las violaciones de estos derechos sean agentes del poder público o particulares; para la Corte, no caben distinciones puesto que el valor radical de esta tarea y su directa repercusión en los índices generales de protección de los DDHH así lo exigen. En este orden de ideas, ese deber de enfrentar con medidas efectivas la impunidad se convierte en una expresión adicional de la obligación general de garantía del artículo 1.1, estrechamente vinculada con las obligaciones de investigar y sancionar.

El amplio espectro de posibilidades que ofrece el deber de garantía resulta todavía más complejo si se adicionan las reglas que ha venido desarrollando la jurisprudencia de la CorteIDH en el sentido de asentar o —si se prefiere— agravar la obligación de garantía en situaciones especiales, en las cuales el grado de vulnerabilidad del individuo o grupo resulta más ostensible debido a la posición de mayor desigualdad o subordinación que le distancia con el Estado. Probablemente, aunque esto no es expreso en todas las sentencias, las circunstancias en las que se reconoce la “posición especial de garante del Estado” obedecen a la misma prescripción del artículo 1.1 referida al principio de igualdad y no discriminación²⁸. Este principio, que hace parte integrante del

²⁷ Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 173.

²⁸ Este principio, expreso en el artículo 1.1 hace alusión a que los Estados se encuentran obligados a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos convencionales a toda persona bajo su jurisdicción, “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Una concreción interesante de este principio en términos de obligaciones positivas para el Estado, fue expuesta por la Corte en el caso *de las niñas Yean y Bosico* en los siguientes términos: “La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y

artículo 1.1, ha sido interpretado por el juez interamericano desde la Opinión Consultiva No. 4 de 1984 con las siguientes palabras:

El artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "sin discriminación alguna". Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma.²⁹

En definitiva, siguiendo la jurisprudencia interamericana, las obligaciones generales se *acentúan* cuando el Estado adopta una posición de garante en virtud de las circunstancias especiales del caso o los sujetos afectados con el ilícito, tal como ha sido expresado por la CorteIDH al precisar que de las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 CADH se derivan deberes especiales "determinables en función

efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente deben *adoptar las medidas afirmativas* necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas" (cursivas fuera de texto). Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 141. Sobre el principio de igualdad, con especial referencia a los sistemas jurídicos argentino y estadounidense, cfr. M.M. DIDIER, *El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*, Marcial Pons, Buenos Aires – Madrid – Barcelona, 2012, *passim*.

²⁹ Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 54.

de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”³⁰. A modo ilustrativo, puede afirmarse que la jurisprudencia interamericana ha elaborado estándares especialmente exigentes para los Estados en relación con su deber de protección de personas respecto de las cuales se acentúa su posición de garante como son los niños, mujeres, personas privadas de la libertad, indígenas y otras minorías étnicas, habitantes de la calle, desplazados, población civil en medio de conflicto armado, entre otros.

Así, por ejemplo, la Corte ha mostrado en sentencias en contra del Estado colombiano una fuerte vocación de proteger a las partes más débiles que sufren el conflicto armado. Un primer ejemplo puede verse en el siguiente pronunciamiento:

La obligación del Estado de respetar el derecho a la vida de toda persona bajo su jurisdicción presenta modalidades especiales en el caso de los niños y niñas, y se transforma en una obligación de prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquél.³¹

Ese deber acentuado, sugerido por el tribunal, tiene por fin remarcar las obligaciones especiales que le corresponden al Estado que enfrenta un contexto de conflicto armado, como puede observarse en el siguiente texto:

[L]a Corte no puede obviar la existencia de deberes generales y especiales de protección de la población civil a cargo del Estado, derivados del Derecho Internacional Humanitario, en particular del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y las normas del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra

³⁰ Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 111.

³¹ Caso de la Masacre de Mapiripán, cit., párr. 162.

relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional (Protocolo II).³²

Para reforzar esta misma línea de argumentos, en otra providencia el juez interamericano enfatizó que:

[E]l Estado no adoptó, con la debida diligencia, todas aquellas medidas necesarias para evitar que operaciones de esta envergadura pudiesen llevarse a cabo en una zona declarada «de emergencia y de operaciones militares», situación esta última que coloca al Estado en una posición especial de garante, debido a la situación del conflicto armado que imperaba en esa zona y que habría llevado al propio Estado a adoptar medidas particulares.³³

En este escenario caracterizado por violaciones a manos de grupos paramilitares y aludiendo a aquellas situaciones en las que el Estado colombiano habría creado objetivamente un riesgo y, sin embargo, no había dispuesto diligentemente las medidas para desarticularlo, la CorteIDH también expresó que:

al haber propiciado la creación de estos grupos el Estado creó objetivamente una situación de riesgo para sus habitantes y no adoptó todas las medidas necesarias ni suficientes para evitar que éstos puedan seguir cometiendo hechos como los del presente caso [...] *Esta situación de riesgo, mientras subsista, acentúa los deberes especiales de prevención y protección a cargo del Estado* en las zonas en que exista presencia de grupos paramilitares, así como la obligación de investigar con toda diligencia actos u omisiones de agentes estatales y de particulares que atenten contra la población civil.³⁴

Recogiendo lo expuesto hasta este punto, puede afirmarse —siguiendo la jurisprudencia interamericana— que sobre la base de las obligaciones generales de respeto y garantía contenidas en el artículo

³² *Ibid.*, párr. 114.

³³ Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, cit., párr. 139.

³⁴ *Ibid.*, párr. 126.

1.1 CADH se desprenden deberes especiales para los Estados traducidos en las obligaciones genéricas de *prevenir, investigar, sancionar y reparar* las violaciones a los derechos humanos en el marco de su jurisdicción y, a su vez, estos deberes especiales se *acentúan* en casos concretos, cuando el Estado detenta una posición de garante definida en virtud de los sujetos especialmente vulnerables por su condición o por las circunstancias propias del caso.

En este ámbito de interpretación es justamente donde el tribunal regional ha apelado a la noción de *debida diligencia* como criterio para valorar la licitud, pertinencia y suficiencia de las medidas acogidas por el Estado en una situación concreta para responder a sus deberes de respeto y garantía de los derechos consagrados en la Convención Americana. Visto de este modo, es claro que tales categorías han sido dispuestas por la CorteIDH para dar alcance a las normas primarias que definen los compromisos institucionales asumidos en el Pacto regional, más no para agregar o clasificar tipos de responsabilidad internacional. En este sentido se respalda la tesis expuesta en el planteamiento inicial del capítulo en cuanto sostiene que calificativos semejantes para valorar una cierta “intención” en la conducta del Estado, no propiamente hacen parte de las reglas del régimen de responsabilidad, sino más bien del contenido de las reglas primarias objeto de interpretación.

Así las cosas, tal como se ha expuesto, son muy diversas las implicaciones que se desprenden de las obligaciones generales de respeto y garantía; obligaciones negativas y positivas que exigen por parte del Estado medidas efectivas con el fin de prevenir, investigar, sancionar, reparar violaciones a derechos humanos y, en la medida que éstas se van descendiendo, aparecen todavía más exigencias de orden jurídico —no meramente político o discrecional—: luchar contra la impunidad, robustecer la administración de justicia, procurar medidas que compensen la desigualdad estructural o vulnerabilidad especial de un grupo para garantizar su no discriminación, asegurar la implementación de los estándares internacionales en el orden interno,

entre otras. Como problema que sobrevuela esta simple enumeración aparece, de modo evidente, el de los límites de la actuación de la CorteIDH, problema sobre el que se volverá más adelante.

Seguramente la lista hasta ahora definida no es exhaustiva y será objeto de más concreciones que la jurisprudencia irá perfilando en casos concretos; pero es cierto, no obstante, que no se requieren más desarrollos para concluir que una clara consecuencia de la obligación de garantizar los derechos humanos es prevenir violaciones repetitivas originadas en fallas estructurales del Estado.

b) Obligación general de adecuar el ordenamiento jurídico interno

La obligación de adoptar disposiciones de Derecho interno, contenida en el artículo 2 de la Convención, no puede ser vista de manera aislada a los deberes antes expuestos. Por el contrario, por su naturaleza es, en efecto, una forma de concretar la obligación de garantía de los derechos humanos, con lo cual refuerza los compromisos descritos y, a su vez, adiciona exigencias específicas a los Estados. Lo anterior se sustenta en el tenor mismo de la disposición:

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

La exigencia que el texto consagra resume dos principios esenciales del Derecho internacional: el principio de efectividad de los acuerdos internacionales y el principio de buena fe en las relaciones entre Estados³⁵. Una interpretación armónica de uno y otro justifica que un

³⁵La Corte Interamericana por primera vez en su sentencia de reparaciones del caso *Garrido y Baigorria* define el carácter de esta norma y sienta el principio que se seguirá a lo largo de toda su jurisprudencia: “En el

Estado deba introducir cambios en su organización interna conforme estándares internacionales que le son obligatorios. Análogamente a la idea de “constitucionalismo viviente” comúnmente aceptada en nuestros días, el principio de efectividad en el Derecho internacional se enfoca en exigir las condiciones en el ámbito nacional para que los tratados de derechos humanos tengan vida y su puesta en práctica modele, en la realidad, las relaciones entre los miembros de una comunidad y de ellos con el Estado al que pertenecen. El modo concreto de hacer viable este compromiso internacional ha sido subrayado por el tribunal con las siguientes palabras:

[E]l Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido en su orden jurídico interno. Y esas medidas son efectivas cuando la comunidad, en general, adapta su conducta a la normativa de la Convención y, en el caso de que así no sea, cuando se aplican efectivamente las sanciones previstas en ella.³⁶

Según ha sido interpretado por la Corte, de este principio de efectividad que subyace en la citada norma se desprenden dos tareas fundamentales a cargo del Estado. Por una parte, la obligación positiva de adoptar medidas que tiendan a garantizar una verdadera protección de los derechos contenidos en la Convención. Por otra parte, la obligación —tanto positiva como negativa— de eliminar las normas internas o cualquier tipo de práctica contraria al objeto y fin del Pacto. Así se ha expresado el tribunal en su jurisprudencia más reciente sobre el alcance del deber de adecuar el Derecho interno:

derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente”. Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 68.

³⁶ *Ibid.*, párr. 69.

La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.³⁷

Como se deduce del texto, el contenido del artículo 2 no se limita exclusivamente al ámbito legislativo, por cuanto la expresión “medidas legislativas o de cualquier otro carácter” de suyo implica —y así ha sido interpretado por la Corte— la labor de todas las ramas del poder público a efectos de adecuar el aparato del Estado en su conjunto —que incluye su normativa interna— a las prescripciones de la Convención. En consecuencia, este precepto convencional reitera, por un lado, el compromiso de *todos* los agentes públicos con la observancia y protección de los derechos humanos y, por otro, confirma que la falla por acción u omisión de *cualquiera* de ellos compromete la responsabilidad internacional del Estado. Ambas afirmaciones se sustentan sobre un mismo principio: la unidad del Estado como sujeto del Derecho internacional.

Lo anterior significa que el gobierno, las fuerzas de seguridad del Estado, el legislador, los jueces y, en general, todos los agentes públicos, se encuentran vinculados por el mandato del artículo 2 CADH. Sin embargo, ante un eventual proceso internacional no se mirará a la responsabilidad individual de estos distintos actores sino a la del Estado como unidad. La jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre todo tipo de conductas con las cuales el Estado compromete su responsabilidad internacional. Al respecto, el siguiente epígrafe entrará en detalle. Se anticiparán solamente, por su interés, dos reflexiones sobre la judicatura interna y la acción del legislador, con vistas a

³⁷ Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.

completar el análisis sobre el alcance del artículo 2 CADH a la luz de la jurisprudencia regional.

En primer lugar, sobre la relación del tribunal con los jueces nacionales se pueden advertir dos cuestiones de especial interés. Como principio general, la Corte es respetuosa de sus homólogos internos, tanto así que ella misma ha insistido que su oficio no es el de un tribunal de casación o cuarta instancia que pueda desvirtuar lo decidido en el plano nacional. No obstante, se ha visto en la necesidad de entrar a revisar con detalle las actuaciones judiciales del nivel local para poder evaluar si se ajustaron a las exigencias definidas en la Convención regional³⁸, particularmente aquellas derivadas del derecho de acceso a la justicia comprendido jurisprudencialmente por los artículos 1.1, 2, 8 y 25 CADH.

Por otra parte, y justamente con ocasión de las impresiones que le causa el proceder de la judicatura interna, la CorteIDH ha reconocido la importancia central de la tarea de estos jueces para asegurar el contenido del artículo 2 CADH. Sin duda, el tribunal interamericano ha detectado que la realización del Derecho en nuestro tiempo pasa por las manos de la judicatura y por ello su especial responsabilidad. La doctrina del control de convencionalidad a cargo de los jueces internos es una evidencia del argumento que se presenta. De acuerdo con el tribunal, los operadores judiciales del nivel local están obligados a efectuar un control de convencionalidad a la hora de aplicar las leyes, con el fin de preservar la integridad y supremacía de la Convención. Amparada en esta doctrina, que no deja de ser polémica, la CorteIDH ha condenado incluso la interpretación que los más altos tribunales internos han hecho de sus normas legales y hasta constitucionales, por

³⁸ Sobre esta facultad de la Corte, véase, por ejemplo, un caso muy significativo: “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

encontrarla contraria al espíritu del Pacto regional³⁹. El aspecto a resaltar para los propósitos de este epígrafe es la construcción jurisprudencial de la doctrina del control de convencionalidad argumentada casi exclusivamente sobre la base que ofrece el artículo 2 CADH. El emblemático caso *Almonacid Arellano* introdujo esta creación jurisprudencial que con los días se ha ido extendiendo no sólo a un deber respecto de los jueces, sino también de cualquier otro operador que esté llamado a aplicar normas jurídicas. La propuesta original de la CorteIDH quedó expuesta de este modo:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero 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 el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁴⁰

Así queda claro que los jueces, independientemente de los “errores” que pueda cometer el legislador, tienen la posibilidad de

³⁹ Un análisis detallado de estos casos y la formación de esta doctrina, puede verse en: M.C. LONDOÑO LÁZARO, “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* año XLIII no. 128 (2010) 761-814.

⁴⁰ Caso *Almonacid Arellano* y otros vs. Chile, cit., párr. 124.

corregir esos desvíos, liberar al Estado de responsabilidad internacional y realizar la justicia interamericana en sede local.⁴¹

A propósito de los “errores del legislador”, la segunda reflexión prometida se vincula a la acción legislativa. Esto, porque dentro del espectro del artículo 2, resultan obligadas unas breves notas en torno a la expedición de leyes contrarias a la Convención Americana. Aunque en varios fallos desde el inicio de labores del tribunal se habían desarrollado temas conexos, en realidad, el primer pronunciamiento acerca de la compatibilidad de una ley con el texto convencional lo encontramos en la Opinión Consultiva No.14, justamente denominada *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*⁴². En principio, siguiendo los lineamientos

⁴¹ Si bien en la sentencia se reconoce que los jueces internos se encuentran sujetos al imperio del derecho nacional, se enfatiza también que los funcionarios judiciales deben abstenerse de aplicar normas contrarias a la Convención, so pena de comprometer la responsabilidad internacional del Estado por desconocer las obligaciones generales que surgen de la Convención Americana, esto es, el deber de garantía que se desprende del artículo 1.1 y la obligación del Estado de ajustar su derecho interno prescrita en el artículo 2 del Pacto. Para la Corte, la “obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”. *Ibid.*, párr. 123.

⁴² En dicha providencia la Corte concluyó: “1. Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de

de esta providencia resulta claro que en virtud del artículo 2, se hace tan responsable un Estado que expide normas contrarias a la Convención como aquel que omite dictar aquellas a que está obligado para darle efectividad a los derechos en ella consagrados. Puede ser que el escenario probatorio de uno y otro evento sean muy distintos, pero de cualquier forma, en ambos se registra una violación a un mandato convencional. La otra precisión importante —y muy discutible— que hace la Corte es que sólo en aquellos casos de leyes de aplicación inmediata o leyes que hayan sido aplicadas generando un perjuicio a un individuo o grupo la Corte podrá declarar la responsabilidad del Estado, por cuanto no está dentro de sus facultades evaluar en abstracto la convencionalidad de la normativa interna del Estado, salvo en uso de su competencia consultiva.

Posteriormente, en el caso *Suárez Rosero* la Corte abordó, entre otros aspectos importantes que se habían planteado, la compatibilidad de las excepciones contempladas en el artículo 114 *bis* del Código Penal ecuatoriano con la Convención Americana. Dicha norma facultaba a los detenidos a ser liberados luego del cumplimiento de determinadas condiciones, con excepción de aquellos que estuvieren procesados por delitos sancionados por la ley sobre sustancias estupefacientes y psicotrópicas. En su sentencia de fondo, la Corte consideró que dicha excepción despojaba a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, en consecuencia, lesionaba intrínsecamente a todos los miembros de dicha

individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado. 2. Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para tal Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya *per se* un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto". *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14.

categoría de inculpados. En consecuencia, en opinión del tribunal, esa norma violaba *per se* el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de haber sido aplicada en el caso concreto⁴³. Cabe preguntarse, entonces, si la norma acusada en este caso ilustra lo que la Corte sostuvo “en abstracto” en la Opinión Consultiva No.14 sobre el concepto de leyes de aplicación inmediata caracterizándolas como aquellas en las cuales “las personas sujetas a jurisdicción de la norma se afecten por la sola vigencia de la misma”⁴⁴. Probablemente, en este punto no ha sido tan clara la jurisprudencia interamericana y los casos seguirán alentando diversas opiniones.

Por lo pronto, lo único cierto es que procesalmente no es posible que el tribunal regional conozca demandas que acusan en abstracto la anti-convencionalidad de leyes internas; aunque se ha abierto un camino a través de las medidas de reparación para ordenar modificaciones a la legislación interna con efectos generales, como se verá en el estudio de las diversas modalidades de *garantías de no repetición* ordenadas por el tribunal.

Pero en definitiva, más allá de estos debates puntuales, se insiste en que el contenido del artículo 2 apunta a reforzar las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos convencionales, se concreta en la necesidad del Estado de adoptar medidas efectivas para lograr una verdadera protección de estos derechos y alcanza el ámbito de ejercicio del poder público en todos sus niveles. De esta forma, el deber de adecuar el Derecho interno incluye tanto la obligación negativa que prohíbe dictar leyes contrarias al Pacto⁴⁵, como las obligaciones

⁴³ Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, cit., párr. 98.

⁴⁴ Opinión Consultiva OC-14/94, cit., párr. 41.

⁴⁵ Para estos efectos, es indiferente si la norma ha sido adoptada de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, según lo expresara la Corte en su Opinión Consultiva No. 13. Véase, *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51

positivas de incorporar la legislación conveniente para hacer efectivo el tratado en el nivel nacional y suprimir aquella que le contraría. Un obrar contrario compromete la responsabilidad internacional del Estado, como puede deducirse del tradicional principio de Derecho internacional que indica que las disposiciones de Derecho interno nunca serán excusa para el incumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas por los Estados.⁴⁶

Aunado a lo anterior, como se ha explicado, el ámbito de aplicación del artículo 2 exige la eliminación de prácticas y la adopción de otras que resulten coherentes con el objeto y fin de la Convención. Es así como basándose en esta prescripción y en conjunto con el artículo 1.1 CADH, la Corte declaró la responsabilidad internacional de México en el caso de los asesinatos de mujeres en Ciudad de Juárez. En la causa internacional *González y otras ("Campo Algodonero")* el tribunal sustentó su decisión, entre otras razones, en que:

[E]l Estado no demostró haber adoptado normas o implementado las medidas necesarias, conforme al artículo 2 de la Convención Americana y al artículo 7.c de la Convención Belém do Pará, que permitieran a las autoridades ofrecer una respuesta inmediata y eficaz ante las denuncias de desaparición y prevenir adecuadamente la violencia contra la mujer. Tampoco demostró haber adoptado normas o tomado medidas para que los funcionarios responsables de recibir las denuncias tuvieran la capacidad y la sensibilidad para entender la gravedad del fenómeno de la violencia contra la mujer y la voluntad para actuar de inmediato.⁴⁷

Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, párr. 26.

⁴⁶ Cfr. *Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados*, 1969, artículo 27.

⁴⁷ caso *González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 285.

La importancia de esta decisión en el contexto de las obligaciones generales de la Convención Americana —en particular, respecto del alcance del artículo 2— radica fundamentalmente en los desarrollos de la Corte sobre la responsabilidad del Estado por omisión. La argumentación de la instancia interamericana se vuelca sobre los distintos niveles de deberes de los funcionarios públicos, llamados a crear un marco de lucha contra la delincuencia que incluya tanto las acciones preventivas como las reacciones diligentes ante la eventualidad del hecho delictivo. Sobre este presupuesto, el tribunal condenó la impasible reacción del Estado frente a un cuadro recurrente de crímenes presuntamente llevados a cabo de manera exclusiva por delincuencia organizada y no directamente por funcionarios públicos. Los siguientes presupuestos de la condena ilustran lo anterior: (i) la ineficiencia de los cuerpos de seguridad para impedir la comisión de los ilícitos; (ii) la insuficiencia del aparato de investigación para dar cuenta de los crímenes sistemáticos y determinar a los responsables; (iii) la inactividad del sistema de justicia que, por las mismas deficiencias en la investigación, no sancionó a los responsables y tampoco reparó adecuadamente a las víctimas y, en definitiva, (iv) la falta de prevención de violaciones a los derechos humanos en un contexto de patrones sistemáticos y generalizados de violencia contra mujeres.

Las ideas expuestas sobre este caso permiten también enlazar el primer elemento de la responsabilidad que ha sido estudiado, esto es, la violación de las obligaciones contenidas a la Convención Americana, con el segundo presupuesto indispensable: la atribución de la conducta ilícita al Estado. Un caso de responsabilidad internacional donde ha confluído la omisión de tan diversos agentes públicos es muy ilustrativo para ese fin, porque confirma la regla general del derecho internacional adoptada también en el sistema interamericano, tal como será desarrollada en el siguiente apartado: la acción u omisión de *cualquier* autoridad pública constituye un hecho imputable al Estado.

2.2. LA CONDUCTA ATRIBUIBLE AL ESTADO

2.2.1. *La conducta atribuible al Estado por acción u omisión de sus agentes*

En el Derecho internacional se entiende que la conducta (de acción u omisión) de cualquiera de los órganos de un Estado (legislativo, ejecutivo, judicial o cualquier otro definido en el orden nacional), independientemente de su jerarquía interna, es atribuible al mismo⁴⁸. Por consiguiente, cualquier órgano del Estado compromete la responsabilidad internacional de éste si con su conducta se quebranta una obligación del nivel internacional, sin importar si es lícita o ilícita en el orden interno.

En el sistema interamericano se sigue la misma regla general expuesta, según lo ha reconocido la CorteIDH desde sus primeras decisiones:

El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que *todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad* en los términos previstos por la misma Convención.⁴⁹

Este principio general de atribución se complementa con otras reglas que explican el alcance del margen de imputabilidad de las

⁴⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, artículo 4.

⁴⁹ Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo, cit., párr. 164. Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Fondo, cit., párr. 173 (cursivas fuera de texto).

conductas ilícitas al Estado⁵⁰. En este sentido, el alto tribunal ha reconocido que un hecho internacionalmente ilícito cometido por un agente público actuando fuera de los límites de su competencia e incluso en contravención del Derecho interno también compromete la responsabilidad del Estado “puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno”⁵¹. En definitiva, el principio general de atribución de hechos violatorios de derechos humanos al Estado, en virtud del cual se hace internacionalmente responsable, se reconoce en el siguiente pronunciamiento de la Corte:

[...] el origen de la responsabilidad internacional del Estado se encuentra en «actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana», y se genera en forma inmediata con el ilícito internacional atribuido al Estado. Para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención, u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones.⁵²

⁵⁰ El principio expuesto ha sido también referido por la Corte con las siguientes palabras: “es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial”. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo, cit., párr. 172. Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Fondo, cit., párr. 181.

⁵¹ Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo, cit., párr. 170. Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Fondo, cit., párr. 179.

⁵² Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, cit., párr. 110.

También ha precisado la Corte que en virtud del principio de continuidad del Estado en el derecho internacional,

[L]a responsabilidad subsiste con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquél en que ella es declarada. Lo anterior es válido también en el campo de los derechos humanos aunque, desde un punto de vista ético o político, la actitud del nuevo gobierno sea mucho más respetuosa de esos derechos que la que tenía el gobierno en la época en la que las violaciones se produjeron.⁵³

Enseguida se expondrá una relación de casos que con su contexto sirven para poner de manifiesto las múltiples posibilidades de surgimiento de responsabilidad internacional estatal por la conducta de sus distintos órganos. El parámetro de clasificación de la jurisprudencia que se presenta obedece, justamente, a la modalidad de la función de los agentes públicos según la función tradicional que desempeñen: ejecutiva, legislativa o judicial.

2.2.2. Conducta de agentes pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público

a) La acción de agentes públicos

La atribución de responsabilidad internacional por la acción de órganos o agentes del poder ejecutivo ha sido determinada por la Corte Interamericana, entre otros⁵⁴, en el caso *Las Palmeras* contra el Estado colombiano.

⁵³ Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo, cit., párr. 174. Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Fondo, cit., párr. 194.

⁵⁴ Ver, entre otros: Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, cit. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, cit. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148.

En la sentencia quedó demostrado que el Comandante Departamental de la Policía ordenó a miembros de la Policía Nacional llevar a cabo una operación armada apoyada por efectivos del Ejército en la localidad de Las Palmeras, Municipio de Mocoa, Departamento de Putumayo. En la mañana de ese mismo día, las fuerzas del Ejército abrieron fuego desde un helicóptero dando muerte a un menor de edad e hirieron a algunas personas en la escuela rural de Las Palmeras. Por su parte, la Policía detuvo en la escuela y en sus alrededores a varias personas, y ejecutó extrajudicialmente por lo menos a seis de ellas.

La Corte concluyó que el Estado era responsable de la violación del artículo 4 de la Convención Americana fundamentándose justamente en los fallos de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado colombiano en los que se comprobó que agentes de la Policía Nacional fueron quienes ejecutaron extrajudicialmente a las víctimas cuando se encontraban en estado de indefensión.⁵⁵

En el caso *Blake* se plantea un problema interesante. La Corte declaró la responsabilidad internacional de Guatemala por la desaparición de la víctima a manos de patrullas civiles. En el fondo del asunto, el tribunal entró a analizar si los hechos eran atribuibles al Estado o eran simplemente delitos comunes cometidos por particulares, toda vez que, como fue alegado por el Estado, estas patrullas se constituían como grupos privados y no oficialmente como autoridades públicas. El tribunal concluyó que las patrullas civiles actuaban efectivamente como agentes del Estado durante la época en que ocurrieron los hechos, puesto que quedó probado en el proceso que aquellas tenían una relación institucional con el Ejército, realizaban actividades de apoyo a las funciones de las fuerzas armadas y, aún más,

⁵⁵ Caso *Las Palmeras vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90.

recibían recursos, armamento, entrenamiento y órdenes directas del Ejército guatemalteco y operaban bajo su supervisión.⁵⁶

b) La omisión de agentes públicos

En el caso de la *Masacre de Mapiripán*, el juez interamericano puso de manifiesto varias de las omisiones en las que incurrieron agentes de las fuerzas militares para la protección de los derechos humanos. Entre estas omisiones podemos reseñar: permitir el aterrizaje de las aeronaves que transportaban a miembros de grupos paramilitares sin practicar ningún tipo de control, registro o anotación⁵⁷; no detener a los miembros del grupo paramilitar que transitaron por áreas de entrenamiento de las tropas de la Brigada Móvil II⁵⁸; no adoptar las medidas necesarias para proteger a los miembros de la comunidad⁵⁹.

Según la Fiscalía General de la Nación, las omisiones de la VII Brigada no fueron un simple incumplimiento de su deber legal de controlar la zona, sino que involucró “abstenciones en necesaria connivencia con la agrupación armada ilegal, así como en actitudes positivas eficaces tendientes a que los paramilitares lograran su propósito, pues indudablemente sin ese concurso no hubieran logrado actuar” [...] ⁶⁰. Las omisiones de la VII Brigada se extendieron a la falta de colaboración con las autoridades judiciales que intentaron llegar al lugar de los hechos [...].⁶¹

Esta responsabilidad por omisión tiene una expresión muy importante también en el caso *Campo Algodonero*, como fuera anotado atrás. En un primer momento el tribunal reconfirmó el principio de acuerdo con el cual un Estado no se hace responsable ilimitadamente de

⁵⁶ Caso Blake vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párrs. 75-78.

⁵⁷ Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, cit., párr. 96.30 y 96.31.

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 96.32

⁵⁹ *Ibid.*, párr. 96.43

⁶⁰ *Ibid.*, párr. 116 f.

⁶¹ *Ibid.*, párr. 116 h.

las violaciones que ocurran en su territorio a causa de hechos de particulares:

[S]us deberes [del Estado] de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo.⁶²

Las pruebas producidas en el caso, sin embargo, situaron al Estado mexicano en posición de haber podido prevenir las violaciones acusadas —tanto la desaparición de las víctimas como la posterior impunidad de los crímenes— con un diseño de políticas y manejo adecuado de protocolos y prácticas. Consecuentemente, las probadas deficiencias institucionales le merecieron la condena al Estado, entre otras razones, por la ausencia de una política general del gobierno provincial y federal para prevenir la desaparición y muerte de las mujeres en un contexto de violencia sistemática conocido plenamente por las autoridades.

2.2.3. Responsabilidad internacional del Estado por la conducta del órgano legislativo

a) La acción del legislador

La responsabilidad de los Estados sujetos a la jurisdicción de la CortelIDH se ha visto comprometida en no pocas oportunidades por la expedición de normas que contravienen la normativa interamericana, como fuera enunciado líneas atrás. En este sentido el alto tribunal ha reiterado:

[s]i los Estados tienen, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana, la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para garantizar el ejercicio de los

⁶² Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, cit., párr. 279.

derechos reconocidos por la Convención, con mayor razón están en la obligación de no expedir leyes que desconozcan esos derechos u obstaculicen su ejercicio, y la de suprimir o modificar las que tengan estos últimos alcances. De lo contrario, incurren en violación del artículo 2 de la Convención.⁶³

El caso *Baena Ricardo y Otros* es un ejemplo de este tipo de atribución. En el fallo contra el Estado panameño, la CorteIDH declaró su responsabilidad en razón de la expedición de la ley 25 de 1990. Con base en dicha ley fueron arbitrariamente destituidos de sus cargos 270 empleados públicos que habían participado en una manifestación por reclamos laborales, a quienes se acusó de complicidad con una asonada militar. A juicio del tribunal:

[L]a *emisión y aplicación* de la Ley 25, con efecto retroactivo, son violatorias de preceptos convencionales y revelan que el Estado no ha tomado las medidas adecuadas de derecho interno para hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención. El Estado, *al emitir una ley*, debe cuidar de que se ajuste a la normativa internacional de protección, y no debe permitir que sea contraria a los derechos y libertades consagrados en un tratado internacional del cual sea Parte.⁶⁴

En el contexto del caso puede verse que tanto la creación legal como su respectiva aplicación constituyeron conductas contrarias a los deberes convencionales. Pero también es verdad —según se refirió previamente— que los pronunciamientos del contencioso interamericano han indicado que la sola existencia de ley puede ser violatoria por sí misma de la Convención Americana. En esta línea son

⁶³ Caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, cit., párr. 91. Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 113. Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párr. 97.

⁶⁴ Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 183

significativos los casos en los que se ha sostenido que la expedición de una ley manifiestamente contraria a la Convención Americana —como las leyes de amnistía— constituye *per se* una violación de ésta y generan responsabilidad internacional del Estado⁶⁵. En esta línea de ejemplos, cabe también recordar que la CorteIDH ha declarado como contrarios al Pacto regional leyes y procedimientos que en definitiva se soportan sobre razones discriminatorias⁶⁶, y leyes que contienen la aplicación de la pena de muerte obligatoria⁶⁷.

b) La omisión del legislador

En repetidas oportunidades la Corte ha fallado de forma adversa a los Estados en razón de la falta de adecuación de su Derecho interno con los parámetros convencionales. Principalmente, esta modalidad de atribución de responsabilidad internacional ha sido aplicada por la omisión de adoptar medidas legislativas para brindar recursos efectivos de protección a los derechos reconocidos en la Convención⁶⁸, con

⁶⁵ Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo, cit., párrs. 41-44. Caso Barrios Altos vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 18. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, cit., párr. 119. Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párrs. 167, 174. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párrs. 171-175.

⁶⁶ Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, cit. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, cit.

⁶⁷ Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago, cit. Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala, cit.

⁶⁸ Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago, cit., párr. 152. Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrs. 170 - 176, 254, 255 y 267. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párrs. 132 - 140. 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, párrs. 62 - 67.

fundamento en el hecho de que la inexistencia de recursos internos efectivos coloca a las personas en estado de indefensión⁶⁹.

En otros casos la conducta omisiva del órgano legislativo que originó la responsabilidad del Estado consistió en la falta de adecuación de la legislación interna a los parámetros convencionales en relación con disposiciones normativas que contemplan la pena capital⁷⁰, penas corporales inhumanas, crueles y degradantes⁷¹ o justicia penal militar⁷². También ha desarrollado la Corte jurisprudencia que apunta a señalar que la ausencia de ciertas normas jurídicas se constituye en un ilícito internacional, por ejemplo, cuando no se han establecido como tipos penales en el orden interno, de acuerdo con los estándares internacionales, delitos como la desaparición forzada⁷³ y la tortura⁷⁴, o cuando no se han creado las medidas y procedimientos legislativos adecuados para garantizar derechos de los pueblos indígenas

⁶⁹ Caso *Yatama vs. Nicaragua*. cit., párr. 167.

⁷⁰ Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, cit. Caso *Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.

⁷¹ Caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, cit., párrs. 52-94.

⁷² Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135; Caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207; Caso *Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.

⁷³ Caso *Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136; Caso *Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138; Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153; Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, cit. Caso *Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202.

⁷⁴ Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*, cit. Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, cit.

relacionados con la delimitación, demarcación y reivindicación de tierras⁷⁵.

2.2.3. Responsabilidad internacional por la conducta del poder judicial

a) La acción de los operadores judiciales

Si la existencia de leyes contrarias a la Convención configura el incumplimiento de una obligación convencional atribuible al Estado por la acción del órgano legislativo, del hecho de que dichas leyes sean aplicadas por los tribunales nacionales también se deriva un ilícito internacional.

Por ejemplo, en el caso *Caesar*, la aplicación de la sentencia emitida por el tribunal supremo del Estado de Trinidad y Tobago en los términos de la Ley de Penas Corporales, condujo a la Corte a dejar “constancia de su profunda preocupación por el hecho de que el juez de la *High Court* tuvo a bien ejercer una opción que manifiestamente tendría el efecto de infligir una pena que no sólo constituye una violación ostensible de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado bajo la Convención, sino que es además universalmente estigmatizada como cruel, inhumana y degradante”⁷⁶.

Otro fallo interesante en relación con la acción del órgano judicial es el caso *Ricardo Canesse* contra el Estado paraguayo. De acuerdo con los hechos probados en el proceso internacional, el señor Ricardo Canesse fue condenado por el delito de difamación a una pena privativa de la libertad, el pago de una multa y la restricción para salir del país, como consecuencia de las declaraciones que realizó, en su calidad de

⁷⁵ Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

⁷⁶ Caso *Caesar* vs. Trinidad y Tobago, cit., párr. 74.

candidato presidencial, relativas a la idoneidad e integridad de otro candidato a la presidencia. En este caso, el tribunal interamericano concluyó que la condena impuesta al señor Canesse durante más de ocho años y la restricción para salir del país aplicada durante más de ocho años, constituyeron una sanción innecesaria y excesiva por las declaraciones que emitió la presunta víctima en el marco de la campaña electoral y, en consecuencia, se declaró la responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en relación con el artículo 1.1 de Convención Americana.⁷⁷

b) La omisión de operadores judiciales

El principio de subsidiariedad o complementariedad que preside la actuación de los órganos del sistema interamericano exige como requisito de procedibilidad de la acción internacional el previo agotamiento de los recursos internos del Estado, condición que, en definitiva, sitúa a la rama jurisdiccional del Estado como controladora de los actos del mismo. En consecuencia, puede afirmarse que en última instancia la mayor parte de las condenas ordenadas por la Corte Interamericana revelan fallas en la protección judicial de los derechos humanos por parte de los Estados.

Desde esta perspectiva, puede decirse que las más serias deficiencias de los Estados en su tarea de proteger los derechos humanos están relacionadas con escenarios de denegación de justicia e impunidad, resultado de su incapacidad de hacer efectivo el derecho fundamental de acceso a la justicia⁷⁸. En este marco se encuadran casi todos los casos contenciosos decididos por el tribunal, entre los que se cuentan situaciones de violación de garantías judiciales, en particular

⁷⁷ Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 108.

⁷⁸ Como fue anotado líneas atrás, el denominado derecho de acceso a la justicia es una síntesis de elaboración jurisprudencial sobre la base de los artículos 1.1, 2, 8 y 25 CADH.

por violación del plazo razonable en los procesos judiciales, las faltas de motivación de las sentencias internas, la inactividad procesal de los agentes a cargo, la falta de investigación seria y efectiva, la ausencia de sanción a los responsables y las providencias nugatorias o incapaces de asegurar el restablecimiento de los perjuicios causados a las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

La importancia del papel de la judicatura en la defensa de los derechos humanos queda una vez más subrayada con el texto y la interpretación que ha dado la Corte a las obligaciones generales del Estado, según se explicó anteriormente. Recuérdese que parte del contenido esencial del deber de garantizar implica las obligaciones de investigar las violaciones a los derechos humanos ocurridas en el territorio del Estado, sancionar a todos los responsables de las mismas y reparar adecuadamente a las víctimas, acciones todas cuya función recae principalmente dentro del ámbito de la función judicial. Incluso en aquellos países en los que los cuerpos de investigación no pertenezcan necesariamente a la rama jurisdiccional, la independencia interna de los órganos públicos no eximen al Estado de responsabilidad, ni tampoco a los mismos operadores judiciales de procurar asegurar una investigación diligente de las violaciones que llegaran a perpetrarse dentro de su jurisdicción, con el fin garantizar la sanción apropiada de los responsables, así como el derecho a la verdad de las víctimas y la sociedad en su conjunto⁷⁹.

⁷⁹ La Convención Americana no hace ninguna referencia expresa sobre el derecho a la verdad. Por su parte, la jurisprudencia regional no ha sostenido que el derecho a la verdad sea autónomo, sino que lo ha ubicado dentro del concepto “derecho de acceso a la justicia”, en particular garantizado por los deberes de investigación y reparación (véase, Caso *Gomes Lund* y otros (*Guerrilha do Araguaia*) vs. Brasil, cit., párr. 201 y caso *Gelman* vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 243). Sin perjuicio de lo anterior, en todo caso cabe aludir a algunos matices introducidos en la sentencia *Gomez Lund* que han dado lugar a la polémica sobre la presunta “creación” del derecho a la verdad con categoría autónoma. En ese fallo, la Corte invocando la doctrina del Alto Comisionado de

2.2.4. Atribución de responsabilidad al Estado por hechos de terceros

Los hechos de particulares no son en principio imputables al Estado de conformidad con el principio general de atribución que ha sido explicado⁸⁰. Sin embargo, también podrían llegar a acarrearle responsabilidad mediando ciertas condiciones —su configuración no causa una excepción al principio mencionado, sino que más bien lo confirma—.

Así, la actuación de un tercero que produce daño a un derecho humano de otro particular sólo puede acarrearle responsabilidad internacional al Estado si se prueba que ese ilícito es producto del actuar negligente del Estado en relación con sus obligaciones internacionales. Por esto las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana son determinantes para comprender el

las Naciones Unidas para los Derechos Humanos indicó que “las amnistías y otras medidas análogas contribuyen a la impunidad y constituyen un obstáculo para el derecho a la verdad al oponerse a una investigación a fondo sobre los hechos”, y ratifica que “toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, tiene el derecho a conocer la verdad”. Caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, cit., párrs. 151, 200.

⁸⁰ Como se ha expuesto, según el principio general de atribución un Estado se hace responsable por la acción u omisión de cualquiera de sus órganos cuando se quebranta una obligación internacional, premisa que evidencia que la responsabilidad del Estado no es ilimitada. En este sentido se ha pronunciado la misma Corte aclarando que “(...) el carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía”. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, cit., párr. 123.

alcance de la responsabilidad del Estado en materia de derechos humanos y aquellas situaciones contrarias a Derecho que le son atribuibles. De ahí que la jurisprudencia constante ha definido que un hecho de un tercero no es imputable al Estado siempre y por sí mismo, sino en todo caso en el que éste haya desconocido su deber general de garantía. Esta exigencia implica, en sentido estricto, probar que el Estado ha omitido su deber de debida diligencia en la prevención del ilícito, en su correcta investigación, sanción de los responsables o que ha fallado en asegurar una adecuada reparación a las víctimas de las violaciones a los derechos humanos⁸¹. En este orden de ideas, la Corte ha puntualizado que:

[...] el Estado tiene el deber jurídico de prevenir razonablemente las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hubieren cometido a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación. Si una violación queda impune en un Estado de modo tal que a la víctima no se le restablezca, en cuanto sea posible, la plenitud de sus derechos, se

⁸¹ Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo, cit., párr. 172; Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Fondo, cit., párr. 182; Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Fondo, cit., párr. 56; Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 140; Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 177 y ss.; Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 155 y ss.; Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 119.; Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párrs. 165, 168. Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 334; Caso Perozo y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 362.

desprende que se ha violado el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción⁸².

También es cierto que el tribunal ha precisado que son imputables al Estado aquellas conductas de particulares cuando haya mediado su aquiescencia⁸³, tolerancia⁸⁴, o en situaciones en las que ha sido el mismo Estado quien las ha propiciado con la creación de un riesgo que resultó determinante para la afectación de los derechos fundamentales de las víctimas⁸⁵. Todos estos casos confirman la tesis expuesta en el sentido de que la razón jurídica para atribuir responsabilidad al Estado en estos eventos se desprende directamente de su conducta, que bien por acción o bien por omisión, contrarió los deberes de respeto y garantía para el disfrute pleno y libre de los derechos humanos de todas las personas sujetas a su jurisdicción.

En consecuencia, las situaciones en las que el Estado responde internacionalmente por los actos de particulares están enraizadas

⁸² Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y Costas, cit., párr. 73.

⁸³ Caso Blake vs. Guatemala. Fondo, cit., párr. 78; Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, cit., párrs. 120, 235; Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, cit., párrs. 153, 163, 180, 260, 272, 303, 315, 323, 325; Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, cit., párr. 66. Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia, cit., párrs. 78, 178.

⁸⁴ Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo, cit., párr. 173. Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Fondo, cit., párr. 183. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo, cit., párr. 91. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo, párr. 75. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 194. Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, cit., párr. 141. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, cit., párrs. 110, 120, 235, 240. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, cit., párrs. 153, 163, 180, 260, 272, 303, 315, 323, 325. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, cit., párr. 66. Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia, cit., párr. 68.

⁸⁵ Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, cit., párrs. 115-124. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, cit., párrs. 134, 135. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, cit., párrs. 125-127, 139, 140. Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia, cit., párr.78.

igualmente y de manera directa con la conducta de sus agentes. Estos eventos, como se ha sostenido, se explican a la luz del deber del Estado de asegurar la eficacia de los derechos humanos también en las relaciones entre particulares, bien previniendo dichas violaciones —o si llegaran a ocurrir aun habiendo mediado su diligencia—, con la prestación de una correcta administración de justicia que garantice la investigación, sanción y reparación de los daños causados con el ilícito, conforme con los estándares convencionales consagrados e interpretados por la judicatura interamericana a partir de las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2.

En suma, la responsabilidad internacional del Estado podría generarse por actos de particulares en principio no atribuibles al mismo, cuando se pruebe que el Estado ha incumplido con las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. Este planteamiento ha sido expuesto por la propia CorteIDH:

Los Estados Partes en la Convención tienen obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona. Esas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones interindividuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención⁸⁶.

⁸⁶ Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, cit., párr. 111. En el mismo sentido véase: Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, cit., párr. 151.

Hasta este punto ha quedado demostrado, entonces, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana dando alcance al régimen de responsabilidad adoptado por el Pacto regional contempla como únicos elementos esenciales del hecho internacionalmente ilícito la conducta de acción u omisión atribuible a un Estado cuando transgreda las obligaciones convencionales de respetar y garantizar los derechos en ella reconocidos. El propósito del siguiente apartado es exponer las consecuencias que este hecho ilícito acarrea para el Estado responsable.

3. LAS CONSECUENCIAS DEL HECHO ILÍCITO INTERNACIONAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Siguiendo los lineamientos de la Comisión de Derecho Internacional, un Estado que ha sido declarado responsable internacionalmente queda vinculado al cumplimiento de las obligaciones secundarias, a manera de efectos o consecuencias que se suceden por el hecho ilícito. Estas consecuencias se resumen en lo siguiente. El Estado responsable está obligado a: (i) reparar los daños causados con la infracción; (ii) cesar todas las acciones que constituyen violación a las obligaciones internacionales; (iii) continuar con el cumplimiento de las obligaciones vigentes a su cargo; y (iv) garantizar la no repetición de los hechos lesivos.⁸⁷

Si bien este es el marco general de las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito y todas aplican para los Estados parte del SIDH, la práctica de la Corte ha hecho sus mayores aportes al desarrollo de la obligación de reparar los daños causados a víctimas que han sufrido violación a estos derechos. Por la importancia del tema y su

⁸⁷ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, artículos 28 a 31.

conexión con las *garantías de no repetición*, en la primera parte se expondrán los lineamientos en materia de reparaciones de acuerdo con la jurisprudencia interamericana y, en la segunda, las contribuciones del tribunal —con sus críticas—, que apuntan a la consolidación de la obligación de garantizar no sólo el restablecimiento de las víctimas sino la prevención de nuevos ilícitos, a partir de las medidas ordenadas en los casos individuales.

3.1. LA OBLIGACIÓN DE REPARAR EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El artículo 63.1 de la Convención Americana contiene el fundamento próximo de la obligación a cargo de un Estado declarado responsable de la violación de sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos en el ámbito del sistema interamericano, el cual, correlativamente, reconoce la facultad de la Corte regional de ordenar al Estado las formas apropiadas para cumplir con esta obligación. De acuerdo con esta prescripción:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

La letra de la Convención plantea dificultades por su vaguedad, razón por la cual ha sido la jurisprudencia, con aciertos y desaciertos, la que ha desarrollado el régimen de las reparaciones en el sistema interamericano.

En línea con el alcance del contenido de las reparaciones en Naciones Unidas⁸⁸, actualmente puede decirse que la CorteIDH también ha entendido que la garantía al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados exige el restablecimiento integral del derecho afectado, de forma tal que las condiciones se retrotraigan al momento anterior a la ocurrencia de la violación. Sin embargo, de no ser esto posible o deseable, se debe asegurar al afectado la compensación económica por los daños materiales e inmateriales sufridos, su rehabilitación tanto médica como psicológica —según se requiera— y sobre aquellos aspectos en los que el dinero nunca será suficiente para restablecer el derecho agraviado, se han de usar fórmulas de satisfacción para la víctima que incluyan *garantías de no repetición*. Esta obligación de reparar surge ineludiblemente para el Estado que ha

⁸⁸ Véase en este sentido: *Ibid.*, artículos 34 a 37. También, ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Resolución 60/147, aprobada el 16 de diciembre de 2005, principios 18 ss. Los estudios de los relatores especiales de la entonces Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas son especialmente útiles para aclarar este aspecto: T. VAN BOVEN, "Study Concerning the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms -Final Report", *U.N./Commission on Human Rights*, no. doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8 (1993). C. BASSIOUNI, "The right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms -Final Report", *U.N./Commission on Human Rights*, no. doc. E/CN.4/2000/62 (2000).

Dentro de la doctrina relevante que explica el desarrollo de las reparaciones en el Derecho internacional general y, más precisamente en el DIDH, pueden verse los siguientes estudios: D. SHELTON, *Remedies in International Human Rights Law*, 2nd. ed., Oxford University Press, New York, 2005. K. DE FEYTER, S. PARMENTIER et al., *Out of the Ashes. Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*, Intersentia, Oxford, 2005. P. DE GREIFF, *The Handbook of Reparations*, Oxford University Press, New York, 2006.

cometido una infracción al Pacto internacional, como lo ha sostenido permanentemente el tribunal:

Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge responsabilidad internacional de éste por violación de una norma internacional. Con motivo de esta responsabilidad nace para el Estado una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de reparar.⁸⁹

La jurisprudencia interamericana constante además ha definido que los principios y reglas que gobiernan esta obligación se encuentran inscritos en el Derecho internacional, por lo que los parámetros del Derecho interno no necesariamente son suficientes para darla por cumplida. En este sentido se ha establecido que:

La obligación de reparar establecida por los tribunales internacionales se rige, como universalmente ha sido aceptado, por el derecho internacional en todos sus aspectos: alcance, naturaleza, modalidades y la determinación de los beneficiarios, nada de lo cual puede ser modificado por el Estado obligado, invocando para ello disposiciones de su derecho interno.⁹⁰

En sus primeras sentencias, el concepto de reparaciones fue equiparado por la jurisprudencia a la noción de indemnización compensatoria. Un caso excepcional para la época fue el fallo *Aloeboetoe* de 1993 en el que la CorteIDH tuvo la intención de avanzar en medidas dirigidas al Estado con el fin de restablecer, en este caso, el goce del derecho de la comunidad que resultó afectada por la masacre de un grupo de sus habitantes. No obstante, sólo hasta el caso *Garrido y Baigorria* de 1998 la CorteIDH explicó expresamente una ampliación en el concepto de reparación, a la luz de otros desarrollos internacionales, anotando que:

⁸⁹ Precisión que hace la Corte desde el caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina*, cit., párr. 40.

⁹⁰ *Ibid.*, párr. 42.

La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la *restitutio in integrum* de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etc. [...]La reparación puede tener también el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos.⁹¹

Sin embargo, en el fallo de *Garrido y Baigorria* todavía se nota una falta de sistematización de los tipos de reparaciones y sólo será con el tiempo que se logra fortalecer la noción de reparación como género, con sus especies de restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y, como hasta ahora se ha entendido, también se incluyen las *garantías de no repetición*. En la citada sentencia, de hecho, se percibe una cierta imprecisión en el concepto de reparación, puesto que se confunde con el de indemnización compensatoria, al decir el tribunal:

La reparación, como la palabra lo indica, está dada por las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de la violación cometida. Su calidad y su monto dependen del daño ocasionado tanto en el plano material como moral. La reparación no puede implicar ni un enriquecimiento ni un empobrecimiento para la víctima o sus sucesores.⁹²

A pesar de la confusión, cabe anotar que en lo que sí tiene razón la Corte en esa sentencia es en identificar la obligación de reparación con aquella que tiende a hacer desaparecer las consecuencias de la violación respecto de los daños ocasionados a una víctima en concreto. Con todo, la falta de rigurosidad en este punto ha permitido que dentro del ámbito

⁹¹ *Ibid.*, párr. 41.

⁹² *Ibid.*, párr. 43.

de las reparaciones la Corte incluya también medidas con alcance general y preventivo del tipo *garantías de no repetición* que no se corresponden con las reparaciones como se demostrará en esta investigación, aspecto sobre el que se volverá luego.

3.1.1. *La relevancia de la jurisprudencia interamericana sobre reparaciones*

Las repercusiones de la jurisprudencia interamericana en relación con el alcance y modalidades del deber de reparar daños producidos por violación a derechos humanos, sin duda sobrepasan las fronteras regionales, como lo demuestran las referencias que hacen otros tribunales internacionales unidas a jurisprudencia y doctrina nacional e internacional muy variada⁹³. Su importancia, en parte, se sustenta sobre la aproximación comparativa que ofrecen el sistema interamericano y el europeo para la protección de derechos humanos. Siendo los sistemas regionales de mayor tradición y actividad desde la emergencia del DIDH en la segunda mitad del siglo XX, una mirada panorámica que los contraste en este aspecto concreto de las reparaciones, puede servir para justificar la relevancia que se le ha reconocido a la jurisprudencia de la Corte Interamericana⁹⁴.

⁹³ Algunos estudios específicos, además de los reseñados atrás, señalan la importancia y desarrollos de la Corte Interamericana en materia de reparaciones son: T.M. ANTKOWIAK, "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond", *Colum. J. Transnat'l L.* 46 (2007) 351-419. S. GARCÍA RAMÍREZ, "El amplio horizonte de las reparaciones en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos", en P. HÄBERLE and D. GARCÍA BELAUNDE (ed.), *El control del Poder. Homenaje a Diego Valadés*, Vol. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011, 87-122.

⁹⁴ Una aproximación general en este sentido puede verse en: M.C. LONDOÑO LÁZARO, "Las cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos en perspectiva comparada", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, no. 005 (2005) 89-115.

El sistema europeo (SEDH) ha inspirado y guiado constantemente el desenvolvimiento del SIDH, más allá de las diferencias entre ambos. En efecto, si bien es cierto que los dos comparten su naturaleza, objeto y propósitos, son francamente diferentes en su estructura, el modo de acceder a ellos y el ámbito procesal de actuación por parte de las víctimas. A esto se suma, relacionado de modo directo con el objeto de estudio que en este apartado se propone, que también es diverso el alcance que tienen en uno y otro las reparaciones resultantes de las sentencias.

Las diferencias se sientan desde los propios fundamentos de esta obligación en cada sistema. Mientras la Corte Interamericana está facultada para conceder una reparación integral a la víctima en virtud del artículo 63.1 de la Convención⁹⁵, el Tribunal Europeo únicamente tiene la facultad de reconocer una satisfacción equitativa⁹⁶.

Del examen de las expresiones mencionadas y su aplicación por las dos jurisdicciones competentes, se sigue como conclusión relevante que el compromiso de reparar los daños causados por la violación de un derecho humano es más profundo en el sistema interamericano que en el sistema europeo. En primer lugar, en el SIDH la instancia internacional opera autónomamente con respecto a las reparaciones. Estas últimas no se establecen en función de los defectos o insuficiencias

⁹⁵ El artículo 63.1 consagra la posibilidad de reparar integralmente el daño sufrido por la víctima, distinguiendo entre la indemnización propiamente y otras formas de reparación, en los siguientes términos: "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".

⁹⁶ Cfr. el artículo 41 de la Convención Europea, en el cual se consagra que "Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o sus protocolos, y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa".

del sistema nacional, y por eso la Corte no está obligada a realizar una primera verificación sobre la eficacia reparadora en el ámbito interno⁹⁷, como sí sucede en el caso europeo.

En segundo lugar, en el SIDH se ha establecido que la reparación debe tener carácter integral⁹⁸. Esta noción de reparación integral unida al alcance que la Corte ha dado a las obligaciones de restablecimiento del derecho y garantía de la Convención han llevado a que las decisiones condenatorias tiendan a ser bastante más “complejas” que las simples indemnizaciones pecuniarias⁹⁹, típicas en el Tribunal de Estrasburgo, con hasta ahora contadas excepciones¹⁰⁰.

⁹⁷ En este sentido, desde la primera sentencia de reparaciones la Corte sostuvo: “Ninguna parte de este artículo [63.1] hace mención ni condiciona las disposiciones de la Corte a la eficacia de los instrumentos de reparación existentes en el derecho interno del Estado Parte responsable de la infracción, de manera que aquélla no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia del mismo”. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 30.

⁹⁸ En desarrollo del artículo 63, la Corte Interamericana ha entendido que “La indemnización que se debe a las víctimas o a sus familiares en los términos del artículo 63.1 de la Convención, debe estar orientada a procurar la *restitutio in integrum* de los daños causados por el hecho violatorio de los derechos humanos. El desiderátum es la restitución total de la situación lesionada, lo cual, lamentablemente, es a menudo imposible, dada la naturaleza irreversible de los perjuicios ocasionados, tal como ocurre en el caso presente. En esos supuestos, es procedente acordar el pago de una “justa indemnización” en términos lo suficientemente amplios para compensar, en la medida de lo posible, la pérdida sufrida”. Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de agosto de 1990. Serie C No. 10, párr. 27.

⁹⁹ La expresión de “sentencias complejas” ha sido utilizada en estudios anteriores para referirse a los fallos de la CorteIDH especialmente cargados de diversidad de modalidades con el afán de procurar una reparación integral a las víctimas, por oposición a los del tribunal europeo generalmente limitados al pago de una indemnización. LONDOÑO LÁZARO, “Las cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos en perspectiva comparada”, pp. 107, 111.

¹⁰⁰ Un análisis de estos casos novedosos y excepcionales en los que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha pronunciado sobre medidas distintas a las indemnizaciones para reparar el daño causado a la

3.1.2. Alcance y modalidades de las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

Por las razones expuestas, en el actual escenario latinoamericano es prácticamente regla general encontrarse con condenas a un Estado que incluyen desde la restitución¹⁰¹ —de ser posible— hasta indemnizaciones monetarias por concepto de daño material presente y futuro, daño moral, daño al proyecto de vida¹⁰², pagos que además

víctima, puede verse los siguientes estudios: V. COLANDREA, "On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-Monetary Measures: Some Remarks in Light of the Assanidze, Broniowski and Sejdovic Cases United Nations and Regional Human Rights System: Recent Developments", *Hum. Rts. L. Rev.* 7 (2007) 396-411. P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, "Naturaleza Jurídica de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en J. GARCÍA ROCA and P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (ed.), *Integración Europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, 171-97. En todo caso, con la introducción del *pilot judgment procedure*, como se explicará en el capítulo final de esta tesis, se han introducido algunas variaciones sobre las facultades del TEDH para ordenar reparaciones.

¹⁰¹ Como modalidades de restitución la CorteIDH ha ordenado, por ejemplo, el reintegro de la víctima a su lugar de trabajo previo a la violación. Véase, por ejemplo, lo que sostuvo la Corte en el caso *Baena*: "Este Tribunal considera que el Estado está obligado a restablecer en sus cargos a las víctimas que se encuentran con vida y, si esto no fuera posible, brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos". Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas, cit., párr. 203.

¹⁰² Véase la sentencia de reparaciones del caso *Loaiza Tamayo* (Caso *Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42) en el cual la Corte reconoce por primera vez este concepto como categoría autónoma, aunque no hace una cuantificación económica especial por los daños ocasionados al proyecto de vida de María Helena Loaiza. Sin embargo, a partir de ese momento se prepara la Corte para la declaración de reparaciones específicas por ese concepto en el caso *Cantoral Benavides* (Caso *Cantoral Benavides vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88). Otros casos significativos en esta materia son lo de *Maritza Urrutia* (Caso *Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103) y el caso del *Instituto de reeducación del menor* (Caso "Instituto de Reeducación

deben ir frecuentemente acompañados por reformas legislativas¹⁰³, o la elaboración de nuevas políticas públicas¹⁰⁴, la creación de monumentos y placas, escuelas o cualquier otro tipo de manifestaciones tendientes a

del Menor" vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112).

¹⁰³ Véase, como el primer caso en la sede interamericana sobre este aspecto, *La última tentación de Cristo* (Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73), en el cual la Corte ordena que Chile adecue su legislación interna en relación con la censura de películas a las exigencias del derecho a la libertad de expresión y pensamiento protegido por la Convención Americana en el artículo 13. En el mismo sentido, en el caso *Molina Theissen* (Caso Molina Theissen vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C No. 108), la Corte ordenó a Guatemala crear un procedimiento expedito que permitiera obtener la declaración de ausencia y presunción de muerte por desaparición forzada y, además, tomar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que fueran necesarias para la creación un sistema de información genética que asegurara una mejor investigación de estas situaciones. A casi treinta años de jurisprudencia ya son muy numerosos estos casos y, justamente, por su envergadura y relación con las *garantías de no repetición* serán detallados en esta investigación en el capítulo 2 y se ofrece un cuadro anexo final que los contiene a cabalidad.

¹⁰⁴ A manera de ilustración, en el caso del *Instituto de reeducación del menor* (Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay, cit.) la Corte ordenó al Paraguay elaborar una política de Estado de corto, mediano y largo plazo en materia de niños en conflicto con la ley que fuera plenamente consistente con los compromisos internacionales del Estado. Más tarde en el caso *Montero Aranguren* (Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150), la Corte ordenó al Estado a que adoptara todas las medidas de carácter legislativo, político, administrativo y económico que fueran necesarias para evitar en lo sucesivo dentro de su jurisdicción nuevos actos lesivos de los derechos de las personas privadas de libertad. Recientemente, en el caso *Campo Algodonero* (Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, cit.), la Corte ordenó a México la revisión y estandarización, conforme parámetros internacionales, de todos sus protocolos, manuales, criterios ministeriales de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia, utilizados para investigar todos los delitos que se relacionen con desapariciones, violencia sexual y homicidios de mujeres, de modo que se haga una adecuación de la política del Estado en esta materia conforme las exigencias internacionales.

recordar el nombre de los agraviados¹⁰⁵, encontrar y entregar a los familiares los restos mortales de las víctimas¹⁰⁶, becas de estudio y prestación de servicios médicos permanentes para los hijos y familiares de las mismas¹⁰⁷, juzgamiento de los responsables de la violación¹⁰⁸, publicación de la responsabilidad del Estado en medios de

¹⁰⁵ Así, por ejemplo, en el caso *de los 19 comerciantes* (Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, cit.) la Corte ordenó a Colombia, entre otras cosas, a erigir un monumento en memoria de las víctimas y, mediante una ceremonia pública y en presencia de sus familiares, poner una placa con los nombres de las 19 víctimas. Los casos peruanos de terrorismo también son muy significativos en este sentido, por la polémica social que se generó a raíz de la medida ordenada por la Corte que exigía al Estado incorporar los nombres de presuntos terroristas que eran las víctimas del caso internacional en un monumento originalmente destinado a las víctimas del conflicto en el Perú, los términos de la Corte fueron: “El Estado debe asegurar, dentro del plazo de un año, que todas las personas declaradas como víctimas fallecidas en la presente Sentencia se encuentren representadas en el monumento denominado “El Ojo que Llora”, para lo cual debe coordinar con los familiares de las referidas víctimas la realización de un acto, en el cual puedan incorporar una inscripción con el nombre de la víctima como corresponda conforme a las características de dicho monumento”. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, punto resolutivo 16.

¹⁰⁶ Véanse, por ejemplo, los casos en los que la Corte condena a Colombia por las *masacres de Mapiripán, Pueblo Bello e Ituango*. En el mismo sentido, el caso *Goiburú* contra el Paraguay.

¹⁰⁷ En esta línea, véase por ejemplo el caso *Masacre Plan de Sánchez* contra Guatemala (Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116); los casos contra Paraguay del *Instituto de reeducación del menor y Yakye Axa*, así como el caso colombiano de las *masacres de Mapiripán*. El primero de los casos tiene un significado muy importante en la jurisprudencia interamericana, en razón de la diversidad de medidas de reparación ordenadas por la Corte con base en la extrema gravedad de los hechos y el carácter colectivo de los daños ocasionados al grupo afectado de la comunidad indígena de los Mayas.

¹⁰⁸ Esta es una condena recurrente en las providencias de la Corte Interamericana que, justamente, alerta sobre los indicadores de impunidad en el continente. Entre muchos casos, véanse por ejemplo, las sentencias contra el Perú en los casos del *Penal Miguel Castro Castro* (Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160) y *La Cantuta* (Caso La Cantuta vs. Perú, cit.).

comunicación, actos oficiales de desagravio y reconocimientos de responsabilidad¹⁰⁹, exigencias con miras a la creación de medidas preventivas de futuras violaciones¹¹⁰, entre otros.

Se debe señalar, de cualquier manera, que a pesar del panorama complejo que ofrecen las medidas ordenadas como reparaciones por la Corte Interamericana, éstas en principio no están orientadas a sancionar a los Estados sino a compensar o restablecer el derecho conculcado de las víctimas, según lo ha declarado reiteradamente el propio tribunal¹¹¹, a pesar de algunas opiniones disidentes en este sentido¹¹².

¹⁰⁹ Esta ha sido una exigencia permanente en las sentencias condenatorias de la Corte, veáanse, verbigracia, el caso contra el Estado de Venezuela *Montero Aranguren y otros (retén de Catia)*, cit.; los casos ya citados de las masacres colombianas, el caso *Manuel Cepeda* (Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213), entre muchos.

¹¹⁰ Siendo este el objeto central de la investigación, los numerosos ejemplos de estas medidas serán observados y analizados en detalle en el capítulo 2. Para los efectos ilustrativos de esta referencia, pueden verse, entre muchos otros, el caso *Tibi* (Caso Tibi vs. Ecuador, cit.) en el cual la Corte ordenó a Ecuador el diseño e implementación de un programa de formación y capacitación para el personal judicial, del ministerio público, policial y penitenciario, incluyendo al personal médico, psiquiátrico y psicológico, sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos en el tratamiento de reclusos. En el caso *Goiburú* (Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, cit.) en que se ordena la implementación de programas permanentes de educación en derechos humanos dentro de las fuerzas policiales. También resulta útil el caso *Ximenes Lopes* (Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Excepción Preliminar. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. Serie C No. 139) en el que se ordena al Estado continuar desarrollando un programa de formación y capacitación para el personal médico, psiquiátrico, psicológico, de enfermería, auxiliares de enfermería y para todas aquellas personas vinculadas con la atención de salud mental, en particular, sobre los principios que deben regir el trato de las personas que padecen discapacidades mentales.

¹¹¹ En este sentido, desde la primera sentencia de reparaciones la Corte indicó: "La expresión «justa indemnización» que utiliza el artículo 63.1 de la Convención, por referirse a una parte de la reparación y dirigirse a la «parte lesionada», es compensatoria y no sancionatoria. Aunque algunos tribunales internos, en particular los angloamericanos, fijan indemnizaciones cuyos valores tienen propósitos ejemplarizantes o disuasivos, este principio no es

En todo caso hay que advertir que la complejidad de las condenas, si bien merece un juicio de conjunto positivo puesto que apunta a la reparación integral de los daños causados por violaciones graves de los derechos humanos, supone desde la perspectiva del respeto y de la eficacia de las sentencias un reto de gran calibre para el SIDH y para los propios Estados.

3.2. LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR *GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN* DE HECHOS LESIVOS A LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

3.2.1. *El contenido de la obligación de prestar garantías de no repetición*

Como destaca la Comisión de Derecho Internacional, el Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen. A diferencia de las seguridades que suelen darse verbalmente, las *garantías de no repetición* entrañan algo más, por ejemplo, la adopción de medidas preventivas por el Estado responsable para evitar una repetición de la violación¹¹³. En este mismo sentido—reconociendo la autonomía y el amplio alcance de las *garantías de no repetición*— los principios de Naciones Unidas para los casos de graves violaciones a los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario definen diversidad de medidas a cargo de los Estados, entre las que se cuentan: a) el ejercicio de un control efectivo por las

aplicable en el estado actual del Derecho internacional”. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas, cit., párr. 38.

¹¹² Véase, por ejemplo, votos razonados del juez A.A. Cançado Trindade en las sentencias de los casos Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101 y caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela, cit.

¹¹³ Véase, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, Asamblea General, 56º período de sesiones, suplemento Nº 10 (A/56/10), Capítulo IV, Responsabilidad de los Estados, pp. 226 y 232.

autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; *b*) la garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad; *c*) el fortalecimiento de la independencia del poder judicial; *d*) la protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos; *e*) la educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad; *f*) la promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales; *g*) la promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales; *h*) la revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan.¹¹⁴

Cabe anotar que más allá de estos lineamientos son más bien pocos los desarrollos que el Derecho internacional público ha aportado en relación con la figura particular de las *garantías de no repetición*. Por ejemplo, aunque la Corte Internacional de Justicia (CIJ o ICJ, por sus siglas en inglés) tuvo oportunidad de profundizar en los fundamentos de

¹¹⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, principio 23.

esta obligación en el caso *LaGrand*, acabó limitándose a confirmar el alcance de su jurisdicción, corroborando el principio de acuerdo con el cual quien tiene competencia para definir una controversia, no requiere una base de competencia separada para examinar las reparaciones que hayan sido solicitadas con ocasión de la misma, incluyendo dentro de esta última premisa a las *garantías de no repetición*¹¹⁵. Sin embargo, ante la solicitud que hacía Alemania de requerir a Estados Unidos *garantías de no repetición* como compromisos concretos para prevenir nuevas violaciones a la Convención sobre Relaciones Consulares, infringida por este último Estado en perjuicio de los hermanos LaGrand, la CIJ negó la posibilidad de decretar tales medidas específicas, sin tomarse el trabajo de ahondar en la naturaleza de las mismas ni desarrollar las posibilidades de esta figura¹¹⁶.

Nuevas expectativas de que la CIJ ahondara en esta materia aparecen con el caso *Avena y otros mexicanos* en el 2004; sin embargo, una vez más la referencia fue apenas superficial limitándose el tribunal a negar la solicitud de México sobre la base de que no se probó en juicio un patrón generalizado de violaciones al artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares por parte de Estados Unidos y, por el contrario, se admitieron como positivos los esfuerzos de este país en dicha materia.¹¹⁷

¹¹⁵ *LaGrand (Germany v. United States of America)*, judgment 27 of June, ICJ Reports 2001, paras. 46-48. Algunos comentarios interesantes sobre este caso y su relación con las *garantías de no repetición* pueden verse en los siguientes estudios: COLANDREA, "On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-Monetary Measures: Some Remarks in Light of the Assanidze, Broniowski and Sejdovic Cases United Nations and Regional Human Rights System: Recent Developments", pp. 409ss. C.J. TAMS, "Recognizing Guarantees and Assurances of Non-Repetition: LaGrand and the Law of State Responsibility Symposium: Reflections on the ICJ's LaGrand Decision", *Yale J. Int'l L.* 27 (2002) 441-44.

¹¹⁶ *LaGrand case*, cit., párrs. 117-127.

¹¹⁷ *Avena and Other Mexican Nationals (México v. United States of America)*, judgment of 31 March, I.C.J. Reports 2004, paras. 144-150.

Los comentarios a los artículos de responsabilidad también son pocos y escuetos en relación con los fundamentos y modalidades de esta obligación, no obstante dejan de presente que las medidas apropiadas y su exigibilidad dependerán en buena parte de la naturaleza de las obligaciones primarias infringidas¹¹⁸. De ahí que resulte razonable pensar en una concreción particular de esta obligación en el ámbito de los derechos humanos, justamente apelando a su primacía y naturaleza especial.

3.2.2. Aproximación a las modalidades y desarrollos de las garantías de no repetición en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

Con base en este principio reconocido desde el mismo régimen de responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la Corte Interamericana comenzó a incluir en sus sentencias de reparaciones —o en el apartado correspondiente de las sentencias integradas de fondo y reparaciones— modalidades novedosas que trascendían los efectos reparadores tradicionales para las víctimas. Esta categoría creada por la Corte bajo la denominación *garantías de no repetición* —siguiendo el lineamiento del Derecho internacional público— unida frecuentemente con las medidas de satisfacción, incluye diversidad de formas, algunas de las cuales parecen dirigidas a proporcionar un mayor grado de satisfacción a las víctimas y sus familiares a través de la inmortalización de sus nombres en el ámbito de su comunidad; otras a corregir deficiencias en la investigación y persecución de los responsables en sus casos concretos; y otras, sin embargo, con un alcance diverso, no sólo tienen un efecto simbólico y de recordación en honor a las víctimas, sino que parecen estar encaminadas a transformar deficiencias estructurales del Estado, con el

¹¹⁸ UNITED NATIONS - INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001* -with commentaries-, version electrónica, ver comentarios al artículo 30.

fin de prevenir nuevas violaciones a la Convención. Unas y otras modalidades han sido tratadas por la CorteIDH bajo el mismo criterio de reparaciones, bajo el título más usado en los últimos años “medidas de satisfacción y garantías de no repetición” o en su defecto “otras medidas de reparación”, sin distinguir los efectos radicalmente distintos de cada una.

Esta investigación apunta al esclarecimiento del problema jurídico que representa la práctica adoptada por la Corte en relación con estas modalidades novedosas para reparar víctimas, las cuales en realidad poco miran al pasado para el restablecimiento de los derechos de los afectados y, más bien, están orientadas hacia el futuro y con efectos generales. Partiendo de ese diagnóstico y sus implicaciones, como se expondrá en el segundo capítulo, el presente estudio tiene por fin proponer un régimen especial que atendiendo a la naturaleza de las *garantías de no repetición* defina sus fundamentos, su ámbito de aplicación legítimo y sus límites. Así las cosas, en este apartado sólo se pretende señalar los primeros pasos del camino que conduce al problema central.

La práctica de la Corte Interamericana que constituye el objeto de estudio es un conjunto de novedosas medidas ordenadas a los Estados como respuesta a violaciones a derechos humanos en casos concretos ocurridos dentro de su jurisdicción. Esta práctica reposa —según sostiene el tribunal— sobre la base del artículo 63.1 que da lugar al capítulo de reparaciones a las víctimas de violaciones a los derechos convencionales. De acuerdo con el alcance que ha dado la Corte al citado artículo —como fuera dicho precedentemente— se han privilegiado otras medidas adicionales a las indemnizaciones compensatorias con el fin de restablecer el goce del derecho o libertad que se ha conculcado a la víctima. De hecho, a la luz de la jurisprudencia se deduce que hay una complementariedad entre las diversas medidas a la luz del propósito general de reparación integral.

Para ilustrar el panorama, puede verse como el tribunal ha prescrito con la intención expresa de evitar repetición de hechos lesivos en el futuro, medidas tales como ordenar al Estado que adopte “todas las providencias necesarias tendientes a formar y capacitar a todos los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que debe estar sometido, aun bajo los estados de excepción, el uso de las armas por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”¹¹⁹, que establezca una beca, con el nombre de la víctima, que cubra el costo integral de un año de estudios en antropología en una universidad de prestigio nacional de forma permanente todos los años¹²⁰, que designe un centro educativo existente con un nombre que aluda a los niños desaparecidos durante el conflicto armado interno y coloque en dicho centro una placa en tributo de Marco Antonio Molina Theissen¹²¹, o que se pague una suma de dinero para el mantenimiento y mejoras en la infraestructura de la capilla en la cual las víctimas rinden tributo a las personas que fueron ejecutadas en la “Masacre Plan de Sánchez”¹²². También es frecuente que la Corte ordene ajustes legislativos o en políticas del Estado, la investigación de los hechos, la sanción de los responsables, la publicidad de la sentencia condenatoria y los actos de reconocimiento de responsabilidad con la misma intención de garantizar la no repetición de violaciones en el futuro, pues valora como positivo para este propósito los

¹¹⁹ Caso del Caracazo. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párr. 127.

¹²⁰ Caso Mirna Mack Chang, cit., párr. 285.

¹²¹ Caso Molina Theissen. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C No. 108, párr. 88.

¹²² Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 104.

reconocimientos de responsabilidad internacional que han realizado los Estados en sede judicial¹²³.

Sin embargo, resulta de la mayor importancia distinguir el efecto que persiguen cada una de las medidas ordenadas con el fin de diferenciarlas. En términos generales, puede decirse que esas “otras formas de reparación” a que hace alusión la Corte podrían clasificarse, por sus efectos, en cuatro grandes categorías: (i) medidas tendientes a hacer cesar la violación; (ii) medidas que procuran revertir los efectos de una violación; (iii) medidas de satisfacción o rehabilitación para las víctimas; y (iv) medidas orientadas a evitar o prevenir nuevas violaciones. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que, en estricto sentido, sólo las tres primeras categorías pueden equipararse a reparaciones —es decir, como modalidades para restablecer el perjuicio causado a la víctima y garantizar el goce de su derecho—. Las medidas orientadas a evitar la repetición de violaciones, en cambio, coinciden con la identidad de la obligación a cargo del Estado responsable internacionalmente de prestar *garantías de no repetición*. Precisamente, sobre la naturaleza autónoma de esta última categoría y sus fundamentos se asienta todo el capítulo tres del presente estudio.

Por su parte, el análisis que se propone en el segundo capítulo está encaminado a distinguir dentro de todas las medidas de reparación ordenadas por la Corte, aquellas que específicamente tienen la virtualidad de convertirse en *garantías de no repetición*. Así, por ejemplo, como un modo de anticipar el contenido del próximo capítulo, a la luz de la clasificación propuesta, un caso interesante de analizar es el de las órdenes de la Corte que obligan al Estado a llevar a cabo todas las investigaciones con el fin de determinar a los culpables de las violaciones en un caso en concreto y sancionarlos adecuadamente. Ordinariamente el tribunal entiende que ésta es una forma de garantizar

123 Véase, por ejemplo, caso *Servellón García y otros*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 187.

la no repetición de hechos lesivos en el futuro; sin embargo, los efectos que se persiguen con medidas así pueden verse desde ángulos distintos. Por un lado, puede entenderse como una forma de satisfacción a la víctima a quien se le hace “justicia”, e incluso sería una forma de satisfacción a toda la sociedad en aquellos casos de graves violaciones a los derechos humanos en los que se entiende que existe un agravio a la comunidad en su conjunto. Por otro lado, también podría admitirse que en la medida que haya una lucha más decidida contra la impunidad se envía un mensaje aleccionador a todos los miembros de la sociedad, se disminuye el número de perpetradores libres y se fortalecen los mismos sistemas de justicia. Sin embargo, aun contando con los efectos de esta última perspectiva, en sí misma la orden de investigar y enjuiciar a los responsables de un caso concreto no necesariamente representa la revisión y mejora de una falla estructural que hubiera permitido la comisión del ilícito y, por tanto, su efecto como *garantía de no repetición* es apenas indirecto.

Con este análisis puede concluirse que cuando la CorteIDH ordena llevar a cabo investigaciones y sancionar a los responsables de violaciones a derechos humanos, lo hace dentro del marco de sus atribuciones para garantizar los derechos de las víctimas e incluso de toda la comunidad, pero no está en sentido estricto utilizando una forma especial de *garantía de no repetición*, aunque indirectamente pueda llegar a prevenir la comisión de nuevos ilícitos. En el caso *Garrido y Baigorria* la Corte fue consecuente con esta visión al declarar:

La obligación de garantía y efectividad es autónoma y distinta de la de reparación. La razón de esta diferencia se manifiesta en lo siguiente: la reparación prevista en el artículo 63.1, tiende a borrar las consecuencias que el acto ilícito pudo provocar en la persona afectada o en sus familiares o allegados. Dado que se trata de una medida dirigida a reparar una situación personal, el afectado puede renunciar a ella. Así, la Corte no podría oponerse a que una persona víctima de una violación de derechos humanos, particularmente si es un mayor de edad, renuncie a la indemnización que le es debida. En cambio, aún

cuando el particular damnificado perdona al autor de la violación de sus derechos humanos, el Estado está obligado a sancionarlo, salvo la hipótesis de un delito perseguible a instancia de un particular. La obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los culpables no tiende a borrar las consecuencias del acto ilícito en la persona afectada, sino que persigue que cada Estado Parte asegure en su orden jurídico los derechos y libertades consagrados en la Convención.¹²⁴

Sin embargo, la precisión que se hace en esta primera sentencia se va con el tiempo desvaneciendo al incluir dentro del capítulo de las reparaciones las modalidades para prevenir casos repetitivos. Así queda probado que hay una tendencia en la jurisprudencia regional a englobar todas las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito en el ámbito de las reparaciones. Casos como el de la investigación y sanción de los responsables, evidencian esa tendencia a tratar como reparaciones todas las medidas ordenadas en un caso concreto para garantizar los derechos de la Convención. No obstante, unas tienen el problema de ser mal llamadas reparaciones e incluso *garantías de no repetición* sin serlo estrictamente y, otras, tienen el problema de que siendo propiamente *garantías de no repetición* se les aplique el régimen de las reparaciones. Al final esta práctica confusa pone de presente un problema mayor cual es el de la legitimidad tanto de las *garantías de no repetición* como de la actuación del tribunal. Propiciar una reflexión sobre este asunto y ofrecer posibles soluciones al problema es la motivación que orienta todo este estudio.

¹²⁴ Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, Reparaciones y Costas, cit., párr. 72.

4. RECAPITULACIÓN

En este capítulo se ha mostrado que la Convención Americana contiene tanto obligaciones primarias como secundarias para la protección de los derechos humanos en el continente. De acuerdo con los parámetros de este régimen, la responsabilidad internacional del Estado en el SIDH se configura con la concurrencia de dos elementos esenciales: una violación al Pacto regional y una conducta atribuible a un Estado como causa de tal infracción.

Si bien es cierto que esa fórmula de responsabilidad mantiene el modelo propuesto por el Derecho internacional público en la materia, los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Interamericana, sin duda, han enriquecido y perfilado con matices propios cada uno de los elementos anotados, configurando una especie de *lex specialis*, al decir del tribunal.

Siguiendo la misma lógica, se ha explicado que una vez se verifica la responsabilidad para un Estado parte de la Convención, surgen para éste como obligaciones nuevas y autónomas (obligaciones secundarias propias del régimen de responsabilidad) los deberes de reparar integralmente a las víctimas, cesar la violación si fuera el caso, seguir cumpliendo con los términos de la Convención al tratarse de obligaciones continuadas y ofrecer *garantías de no repetición* de las violaciones acreditadas. Si bien se trata de obligaciones diversas que pueden ser cumplidas con multiplicidad de medidas ordenadas en la instancia internacional, todas ellas han sido tratadas por la CorteIDH dentro de la modalidad de las reparaciones.

La falta de distinción entre una y otra medida resulta particularmente problemática en el caso de las *garantías de no repetición*, puesto que al ignorar su singularidad se minimizan también las posibilidades de optimización y se amenaza su legitimidad. Lo anterior sucede, fundamentalmente, porque el desconocimiento de la índole de las GNR aumenta los riesgos de manipulación, tergiversación o

infravaloración de las funciones a las que potencialmente propenden. La prueba de estas afirmaciones se aportará en lo largo de este estudio, comenzando con un análisis exhaustivo de la jurisprudencia interamericana que demostrará la existencia de una práctica singular y consistente del tribunal en la expedición de tales medidas, como se expone en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO 2

LAS *GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN* EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. PLANTEAMIENTO GENERAL: NOCIÓN E IDENTIFICACIÓN DE LAS *GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN*

Si bien es cierto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha propuesto una definición precisa del concepto *garantías de no repetición* ni se ha preocupado de exponer una doctrina general sobre las mismas, la práctica desplegada por este tribunal internacional sí evidencia su tendencia y preocupación por desarrollar esta figura, reconocida como una obligación secundaria a cargo de un Estado infractor de sus compromisos internacionales, de acuerdo con el régimen general de responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos, como fuera explicado en el capítulo anterior.

En el Derecho internacional público el desarrollo sobre las *garantías de no repetición* como modalidades específicas para respaldar la prohibición de repetición de hechos internacionalmente lesivos ha tenido un alcance aún muy limitado. Sin embargo, esto no ha sido óbice para que el tribunal interamericano se adelantara en el esfuerzo por desplegar una práctica en este sentido, a partir de algunos elementos empíricos y necesidades particulares en el contexto de los casos específicos sometidos a su conocimiento. Probablemente, al tratarse de

un tribunal especializado en la defensa de los DDHH que ha tenido que enfrentar el panorama especialmente crítico y devastador del continente americano de las últimas décadas, la figura de las *garantías de no repetición* resulte ser una herramienta prometedora y, por esto mismo, atractiva para una Corte cuya función no ha querido limitarse a la resolución de casos concretos, sino que también ha buscado extenderse a promover una suerte de orden internacional público para la garantía colectiva de los derechos humanos en la región¹.

En este capítulo se demostrará que ese impacto generalizado que ha querido lograr la jurisprudencia interamericana se debe en buena parte a la figura de las *garantías de no repetición*. Para este fin, se hace necesario revisar el itinerario jurídico que ha conducido al tribunal regional a exigir regularmente GNR a los Estados como formas de reparación. Así, de los hallazgos que se logren será posible comprobar dos hipótesis específicas y centrales para este estudio. En primer lugar, la construcción jurisprudencial de las GNR si bien es abundante, se

¹ Este aspecto referido a la función de la Corte IDH representa gran interés en el sistema interamericano debido a la naturaleza *sui generis* de este tipo de tribunales internacionales especializados. Por una parte, es claro que tanto la Convención Americana como el Estatuto de la Corte expresan que su competencia se limita a la interpretación y aplicación de la Convención Americana tanto para el ejercicio de su competencia consultiva como contenciosa. Es decir, en principio, su actuación se enmarca dentro del contexto de consultas específicas o casos concretos que son sometidos a su conocimiento y, en consecuencia, los efectos de sus decisiones tendrían que circunscribirse al mismo contexto. Sin embargo, por otro lado, se ha defendido la función de promoción de los derechos humanos que le corresponde a la Corte como órgano principal de la Organización de Estados Americanos, con base también en la misma Convención que indica que tanto la Comisión como la Corte han sido establecidas con el objeto de supervisar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados en virtud de tal instrumento (artículo 33). Desde esta perspectiva, se justificaría un impacto más general o generalizable de los lineamientos definidos por el tribunal en sus decisiones particulares, con el objeto de favorecer la implementación de estándares interamericanos en materia de derechos humanos que se correspondan con las obligaciones asumidas por los Estados parte del Pacto regional. Esta cuestión será tratada con mayor profundidad en capítulo 3 (§4.3).

asienta sobre bases conceptuales muy débiles que aportan escasas razones sobre el fundamento jurídico que legitima a la CorteIDH para ordenarlas. En segundo lugar y no obstante lo anterior, se puede verificar que los términos de la jurisprudencia y su potencial impacto muestran una tendencia clara del organismo internacional orientada a provocar cambios estructurales al interior de los Estados americanos.

Con miras a demostrar tales hipótesis, el capítulo se divide en tres partes. La primera hace las veces de marco general de trabajo en el que se plantea el alcance y contenido de la expresión *garantías de no repetición*, definiendo sus elementos esenciales y el test para su identificación. En la segunda parte se revisan los orígenes jurisprudenciales de esta figura y se advierten las principales dificultades que la argumentación del tribunal presenta para dar cuenta de ellas. Finalmente, la tercera parte se dedica a un análisis cualitativo y cuantitativo de las medidas de no repetición ordenadas por el contencioso interamericano en toda su trayectoria y las bases convencionales sobre las cuales se han fundado estos mandatos. La perspectiva analítica que ofrece este capítulo permite situar el problema de las GNR en donde verdaderamente se encuentra, es decir, en el ámbito de la validez que justifica su uso legítimo.

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana no se ha expuesto hasta ahora un concepto que explique el contenido y alcance de las *garantías de no repetición*. Siguiendo la práctica reiterada en la región y de acuerdo con los lineamientos teóricos del Derecho internacional público, puede afirmarse con carácter general que se trata de una medida que apunta a conminar a un Estado para que prevenga nuevas infracciones internacionales, sobre la base de haber sido previamente declarado responsable de un ilícito internacional semejante. Desde esta perspectiva, una GNR es una de las consecuencias posibles de la declaración de responsabilidad de un Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que se distingue de otro tipo de

consecuencias características de un juicio de responsabilidad por sus efectos jurídicos.

Tal como se exponía en el primer capítulo, a pesar de que se encuentran contextualizadas en el Derecho internacional público y han sido adaptadas para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con especial uso por parte del tribunal interamericano, no existe un régimen que responda a su naturaleza autónoma. El primer paso para paliar este déficit consiste en hacer un esfuerzo por delimitar el alcance de la expresión *garantías de no repetición*, sin perjuicio de que la aproximación que se ofrece a continuación deba ser profundizada en el capítulo siguiente con una propuesta más completa, conjugando elementos descriptivos y críticos.

1.1. EL CONCEPTO DE *GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN*: UN VOCABLO ABIERTO

Desafortunadamente, y quizá a pesar de las buenas intenciones del tribunal regional, la falta de precisión y, muchas veces, la excesiva flexibilidad en el uso terminológico del vocablo *garantías de no repetición* o expresiones semejantes, desdibujan su verdadero carácter y singularidad. Es frecuente encontrar a lo largo de una sentencia —en particular, en el apartado de reparaciones— la idea de que el Estado tiene el deber de evitar la repetición de los hechos contrarios a la Convención y la Corte tiene la capacidad de ordenar medidas para garantizar que esos hechos no se repitan, sin que se ofrezca certeza acerca del significado de estas expresiones (o de expresiones semejantes). De este modo, las implicaciones y consecuencias particulares de las GNR permanecen a la sombra, al ser ordinariamente tratadas como reparaciones.

En la sentencia de reparaciones del caso *Loayza Tamayo vs. Perú* la Corte Interamericana expresaba por primera vez que: “La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha

incurrido (*restitutio in integrum*, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición, entre otras)². Este fallo en todo caso concretaba una idea que venía gestándose entre los jueces desde una decisión anterior en *Garrido y Baigorria vs. Argentina*, en cuya sentencia de reparaciones el tribunal, expresa y claramente, aceptó que “la reparación puede tener también el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos”³.

Probablemente el sentir del tribunal coincidía con algunos estudios que en esa época venía impulsando Naciones Unidas en relación con el alcance y modalidades de las reparaciones⁴ —como se sugirió en el primer capítulo—, de manera que desde un principio la noción de *garantías de no repetición* aparece ligada al concepto de reparaciones y no se identifica como obligación secundaria autónoma a cargo de un Estado declarado responsable en sede internacional. En consecuencia, desde la perspectiva adoptada por el alto tribunal, las *garantías de no repetición* resultaban ser una modalidad particular para reparar los daños a las víctimas de violaciones a derechos humanos, ordinariamente coexistente con otras modalidades. Esto se advierte, por ejemplo, en el hecho de que a partir del caso *Molina Theissen vs. Guatemala* se haya multiplicado en la jurisprudencia un modelo de sentencia en el que las

² Caso *Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párr. 85.

³ Caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 41.

⁴ Véanse los estudios: VAN BOVEN, "Study Concerning the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms -Final Report" y BASSIOUNI, "The right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms -Final Report", los cuales entre otros documentos desarrollados en el sistema universal dieron lugar más tarde a los "Principios y directrices básicos de las Naciones Unidas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", *Asamblea General de las Naciones Unidas*, no. A/RES/60/147 (2005).

GNR aparecen como un subtítulo dentro del apartado de las “reparaciones”⁵. De modo paralelo y en tensión con esta clasificación, las GNR son explicadas por la Corte como parte del deber de prevención de violaciones a los derechos humanos, una de las modalidades concretas de cumplir con la obligación general de garantía incluida en el artículo 1.1 de la Convención Americana, como fuera expuesto en el capítulo precedente.

En definitiva, desde el surgimiento de las GNR se advierte una cierta confusión conceptual. Junto con esto, una segunda nota relevante que surge de la jurisprudencia interamericana es el crecimiento de la frecuencia y de la intensidad de las exhortaciones de la Corte a los Estados a prevenir violaciones convencionales y ordenar GNR. Es así como en la última década más del cincuenta por ciento de las sentencias de fondo y reparaciones contempla alguna modalidad amparada en este propósito. A lo largo de esta tesis se propondrá, no obstante, que si se conceptualiza de modo correcto a las GNR habría que excluir como tales a una parte importante de las medidas dictadas por la CorteIDH bajo su “paraguas”.

1.2. TEST DE IDENTIFICACIÓN: NOCIÓN Y CONDICIONES ESENCIALES DE LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN

Con carácter preliminar, se entiende aquí por *garantías de no repetición* aquellas medidas ordenadas judicialmente a un Estado cuyo contenido está encaminado a eliminar de manera directa una deficiencia estructural del sistema nacional que está permitiendo o favoreciendo violaciones reiterativas a los derechos humanos. Así entendidas, las GNR tienen por fin la prevención de nuevos hechos ilícitos internacionales.

⁵ Caso Molina Theissen vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C No. 108.

Esta primera aproximación al concepto de GNR permite identificar sus elementos esenciales, así como las dificultades que estas modalidades presentan y los retos que se avistan. En concreto, los elementos o condiciones básicas de las *garantías de no repetición* en el contexto del sistema interamericano se expresan de la siguiente manera, a modo de *test* para identificarles:

1) En relación con su ORIGEN; se trata de medidas judiciales, esto es, órdenes decretadas por la Corte Interamericana que exigen del Estado una conducta —de acción u omisión— determinada.

2) En relación con su FINALIDAD; el objetivo de estas medidas es eliminar de manera directa una falla o deficiencia estructural del Estado responsable para precaver nuevos ilícitos, de acuerdo con lo detectado por la Corte en el proceso judicial. En consecuencia, ellas miran hacia el futuro con el fin de prevenir nuevas violaciones y no hacia el pasado para restablecer una situación anterior a la violación acaecida.

3) En relación con su CONTENIDO Y MODALIDAD; las órdenes emitidas por el tribunal regional especifican una conducta concreta a cargo del Estado que puede consistir en alguno de los cuatro mandatos genéricos: *derogar, crear o modificar* leyes, prácticas, políticas o instituciones del Estado, así como *educar* a sus funcionarios públicos o a la población en general. Justamente por el objeto de la acción que se prescribe puede deducirse la modalidad de su contenido en correspondencia con la función pública (clásica) a la que se orienta; esto es, si la medida persigue en el orden interno la conducta de la rama legislativa, ejecutiva o judicial y las posibilidades de discrecionalidad que se otorgan a las autoridades encargadas para su ejecución. De acuerdo con esto, aquí se propone como uno de los criterios para clasificar las GNR atender a si la orden emitida concede al Estado un margen de discrecionalidad alto, medio o bajo.

4) En relación con el ALCANCE DE SUS EFECTOS; en general este tipo de medidas trascienden el ámbito de reparación de las víctimas concretas del caso en el que se decretan —aunque puedan llegar también a

beneficiarles— y tienen efectos más amplios, decididamente colectivos, en el sentido de que alcanzan de modo potencial a terceros no determinados en el proceso; por ejemplo, un grupo de la población en situación semejante a la de las víctimas del juicio internacional.

Estos cuatro criterios son propuestos en este estudio como base —o test— para la identificación de las GNR dentro de las diversas modalidades desarrolladas por la CorteIDH como reparaciones. Las razones que justifican la selección de cada uno de ellos se exponen en este capítulo y, sobre todo, en el próximo. Sobre esta base, se propondrá descartar como auténticas GNR medidas ordenadas en ese carácter por la CorteIDH, bien por ser reparaciones y no GNR, bien por haberse excedido con su dictado el margen de competencia que la Convención concede al tribunal. Por ejemplo, existe un buen número de sentencias en las que la CorteIDH califica como GNR medidas que no necesariamente restauran una situación de hecho defectuosa en el sistema nacional, sino que en realidad responden a la figura de reparación por satisfacción con alcance individual o incluso colectivo: actos públicos de reconocimiento de responsabilidad, construcción de monumentos, nominación de calles, plazas, creación de becas académicas en honor a víctimas, etc., fórmulas todas ellas dirigidas a perennizar el nombre las víctimas y preservar la historia de una sociedad, pero no a remediar fallas estructurales del Estado declarado responsable por una infracción de la Convención Americana.

1.3. FUNDAMENTACIÓN Y CONTENIDO DE LAS *GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN* EN LA PRÁCTICA DE LA CORTE INTERAMERICANA

Para la elaboración de esta tesis se ha examinado la totalidad de la jurisprudencia contenciosa de la CorteIDH que se refiere de modo

directo e indirecto a las GNR, desde la primera sentencia de reparaciones en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*⁶ hasta *Forneron e hija vs. Argentina*, de 2012⁷. Luego de su estudio minucioso se ha elaborado un cuadro, que se adjunta como Anexo, en el que se la sintetiza y clasifica de acuerdo con los criterios que se consideraron más interesantes. El resultado de este ejercicio constituye el banco de datos de la investigación. En total se cuenta con un acerbo analizado de doscientas cuarenta y dos sentencias a lo largo de veintitrés años⁸. Los criterios han sido los siguientes:

1) Los casos se exponen en orden cronológico, mantienen la nomenclatura que les ha dado la CorteIDH oficialmente y las medidas están identificadas con los números originales asignados en la parte resolutive de la respectiva sentencia.

2) Las medidas seleccionadas responden a todas las características expuestas en el concepto base (*test de identificación*), esto es, al *origen*, *contenido y modalidad* específica, la *finalidad* que persiguen y los *efectos* que logran. Por tanto, independientemente de si han sido clasificadas por la misma Corte en el apartado de reparaciones o los subtítulos medidas de satisfacción o propiamente *garantías de no repetición*, se trata de modalidades de conducta ordenadas a un Estado en un juicio de responsabilidad, que tienden a remediar un problema aparentemente estructural con el fin de evitar repetición de violaciones en circunstancias similares, no sólo o no necesariamente frente a las víctimas del caso concreto, sino frente a una colectividad. Excepcionalmente el cuadro incluye unas pocas resoluciones que no

⁶ Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7.

⁷ Caso *Forneron e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242.

⁸ Unas pocas sentencias que sólo resuelven excepciones preliminares, son de fondo sin reparaciones, o son meramente interpretativas, quedan excluidas puesto que por su propia naturaleza no eran susceptibles de ordenar medidas tipo *garantías de no repetición*.

encajan de modo completo con todas estas características; la nota crítica o aclaratoria que se introduce explica la razón de su inclusión.

3) Las medidas objeto de estudio sólo son aquellas ordenadas en la parte resolutive de la sentencia. Se dejan a un lado consideraciones o recomendaciones hechas por la Corte en la parte motiva del fallo que no se encuentran soportadas en la decisión final. No obstante, se llamará la atención en algunos pocos casos en los que el tribunal en sus consideraciones señala la conducta específica que debe adoptar el Estado, aunque curiosamente no traslada ese señalamiento a la parte resolutive de la sentencia.

4) Cada una de las medidas ha sido analizada desde tres perspectivas básicas derivadas del mismo *test* de identificación: el *contenido*, la *modalidad* de ejecución a la que apunta y los *efectos* que persigue. En primer lugar se propone que el *contenido* de todas las medidas se especifica en alguna de estas cuatro conductas a cargo del Estado: a) derogar o eliminar normas o prácticas; b) crear o adoptar normas, prácticas, políticas o instituciones; c) modificar normas, prácticas o políticas; d) educar o capacitar a funcionarios públicos o a la población. En algunas decisiones, más bien excepcionales, la redacción de la resolución indica más de un contenido, por ejemplo, que se derogue una norma y se modifique el ordenamiento interno en un determinado sentido. El hecho de que sólo en aquellos casos en los que la literalidad de lo resuelto exige señalar dos contenidos y así se advierta, no implica que no haya otros casos en los que el Estado deba de hecho llevar a cabo dos cosas para cumplir con lo ordenado; por ejemplo, derogar una norma jurídica para poder crear una nueva. Así pues, la clasificación en relación con el contenido de la medida destaca la conducta que directamente le exige la CorteIDH al Estado, y si en alguna situación éste requiere acometer otras acciones para cumplir lo ordenado, estas conductas no se hacen expresas en el análisis porque sobrepasan el dictamen estricto del tribunal.

5) Por otra parte, se plantea que aunque el Estado es una unidad como sujeto responsable ante la comunidad internacional, el contenido de las medidas decretadas a su cargo suponen al interior de su jurisdicción la conducta de autoridades públicas específicas, es decir, una *modalidad* de conducta concreta para su implementación efectiva, la cual dependiendo de los términos de la sentencia admite mayor o menor discrecionalidad en su ejecución. Este enfoque tiene relevancia en esta investigación, puesto que pone de manifiesto los límites usados por el propio tribunal en sus resoluciones (más allá de ser un análisis interesante de cara a un próximo estudio dirigido a revisar las dificultades y el grado de cumplimiento de las sentencias).

Siguiendo la lógica de este criterio de *modalidad*, se propone una clasificación general de las GNR según la función del poder público a la que se orienta su contenido (de acuerdo con la división en ramas tradicional): ejecutiva, legislativa y judicial. Debe advertirse que esta ordenación es meramente aproximativa y no necesariamente responde a cómo en la realidad del país condenado se prevé el cumplimiento de la orden emitida. En consecuencia, algunas de estas disposiciones han sido señaladas con un asterisco (*) en el caso o en la medida directamente, indicando que por su contenido o complejidad es probable que apunte a una interacción de las tres funciones públicas clásicas, a menos que haya regulaciones particulares en el derecho interno del Estado condenado.

6) Finalmente, se ha hecho un análisis en relación con el alcance de los *efectos* que persigue cada medida; esto es, si el contenido de la decisión está dirigido solamente a causar un efecto en el ámbito de las víctimas, en el de una colectividad o en ambos. Este es un aspecto también muy importante para una de las hipótesis que se maneja en la investigación relativo a la esencia de las GNR, puesto que busca probar los efectos generales que se desprenden de las decisiones judiciales de los casos concretos, cuestión que como será analizada en un capítulo posterior, implica una revisión de la naturaleza de los fallos internacionales en materia de derechos humanos.

Esta perspectiva de estudio de las GNR que apunta a caracterizarlas según su *contenido, modalidad y efectos* es la base estructural sobre la que se asienta en buena parte el análisis que se expone en los siguientes apartados, destinados a ilustrar, en primer lugar, el contexto y fundamentación que da origen a los primeros casos que las decretan, para luego presentar una descripción analítica de las distintas situaciones en las que han sido ordenadas.

2. LOS ORÍGENES Y FUNDAMENTACIÓN DE LAS *GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN* DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

Quizá el modo más sencillo de explicar la aparición de las *garantías de no repetición* en el sistema interamericano consista en afirmar que la Corte quería y se arriesgó deliberadamente a que su jurisprudencia tuviera un efecto transformador de la realidad sobre la que se aplica. Sin embargo, es posible que ese no fuera un “acto de voluntad perfecto” porque difícilmente el tribunal pudo medir todos los efectos de los cambios que introducía en su quehacer judicial la primera vez que se decidió a invocarlas teóricamente y a ordenarlas en la práctica.

Con el paso del tiempo, bien podría decirse que la Corte Interamericana provocó un “efecto cascada” con aquellas primeras decisiones de finales de la década del noventa, en las que asume una interpretación mucho más amplia tanto de la obligación de reparación a cargo de los Estados infractores de la Convención como de los límites de su función y competencia. El camino que abrió la Corte en esta materia aún se encuentra a mitad de trecho y, sin duda, ha generado muchos interrogantes, entre los cuáles necesariamente hay uno primero: ¿cuál es el fundamento jurídico que sustenta las *garantías de no repetición*? Esta pregunta por elemental que parezca no encuentra respuestas unívocas y plenamente satisfactorias en la voz del tribunal, razón que

justifica una mirada a las decisiones hito que las introdujeron en la jurisprudencia interamericana.

2.1. ABRIENDO CAMINOS: LA PUGNA INTERNA DE LA CORTE

En los inicios de la evolución aludida en el punto anterior —por lo que puede deducirse de algunos votos disidentes del juez CANÇADO TRINDADE en los casos *El Amparo vs. Venezuela* y, posteriormente, *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*⁹— no fue fácil abrir el camino para que el tribunal se animara a emitir resoluciones que además de proteger el interés de las víctimas tuvieran efectos preventivos generales de nuevas violaciones. En *El Amparo vs. Venezuela*, la Corte se abstuvo de ordenar al Estado una reforma del Código de Justicia Militar y de los reglamentos e instrucciones castrenses que de acuerdo con la solicitud de la Comisión resultaban incompatibles con la Convención, por cuanto el tribunal entendió en ese momento que una resolución de tal naturaleza estaba fuera del ámbito de su competencia, al entrañar la verificación en abstracto de esas normas que, en efecto, no habían sido aplicadas en el caso concreto. La opinión de la mayoría fue rechazada por el juez CANÇADO quien sostuvo:

No me parece necesario esperar la ocurrencia de un daño (material o moral) para que una ley pueda ser impugnada; puede serlo sin que esto represente un examen o determinación *in abstracto* de su incompatibilidad con la Convención. Si fuera necesario aguardar la aplicación efectiva de una ley ocasionando un daño, no habría cómo sostener el deber de prevención.¹⁰

⁹ Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 31.

¹⁰ Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 31; Voto disidente del juez A.A. Cançado Trindade en el caso *El Amparo vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas, cit., párr. 3.

Desde la óptica del magistrado, el espectro amplio del deber de prevención incluye “todas las medidas, legislativas y administrativas y otras, que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las violaciones de éstos sean efectivamente tratadas como hechos ilícitos acarreando sanciones para sus responsables”¹¹ y, aunque no afirma expresamente que la Corte tenga competencia para ordenar este tipo de medidas, esta conclusión puede inferirse cuando afirma que “la reparación, como concepto genérico, abarca también estos elementos, además de las indemnizaciones debidas a las víctimas”¹², incorporando concretamente dentro del concepto de reparaciones la *garantía de no repetición* de los hechos violatorios, como consecuencia del deber de prevención.

Meses más tarde se presentaría una discusión similar entre los jueces interamericanos, con ocasión de las reparaciones en el caso *Caballero Delgado y Santana*. En esta oportunidad, la mayoría del tribunal concuerda en que no hay lugar a decretar las medidas solicitadas en la etapa de reparaciones por la Comisión en el sentido de ordenar a Colombia la reforma de su legislación respecto del recurso de hábeas corpus y la tipificación legislativa del delito de desaparición forzada de personas. En opinión del tribunal, no procedía un tipo de resolución en tal sentido pues, de una parte, la sentencia de fondo no había declarado la violación de los artículos 2, 8 y 25 de la Convención, lo que impedía un examen de la legislación interna en etapa de reparaciones y, por otra parte, la Corte sostuvo que si bien era deseable la tipificación del delito de desaparición forzada, a la luz de las circunstancias del caso no podía inferirse que su ausencia hubiera obstaculizado el proceso de investigación interno y sanción de los responsable de la desaparición de las víctimas ocurrida a manos de agentes públicos.

¹¹ *Ibid.*, párr. 6.

¹² *Ibid.*

La opinión de la mayoría fue una vez más cuestionada por el juez CANÇADO, quien en su voto disidente explica con sendos argumentos que el alcance de las obligaciones generales de la Convención y la prescripción del artículo 63.1 en materia de reparaciones otorgan a la CorteIDH competencia para ordenar modificaciones legislativas que necesariamente trascienden las circunstancias particulares del caso concreto. En este contexto, el magistrado puntualiza que el deber de adecuación del derecho interno que incumbe a los Estados parte de la Convención supone que todos los órganos del poder público están comprometidos a adoptar las medidas necesarias para dar eficacia a los mandatos convencionales y, por tanto, sostiene, la CorteIDH debía dar un paso adelante en relación con la disposición de otras medidas adicionales a la indemnización dentro del ámbito de las reparaciones — en concreto las modificaciones legislativas a que hacía alusión la Comisión—, como una modalidad de “reparación no pecuniaria”. Así, el juez expresa que:

Desde sus primeros casos contenciosos en materia de reparaciones (Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz), la jurisprudencia de la Corte se concentró sobre todo en el elemento de la “justa indemnización” como medida de reparación, curiosamente haciendo abstracción del deber de garantizar en el presente contexto, igualmente consagrado en el artículo 63.1 de la Convención Americana. Es llegado el tiempo de vincular tal deber a la “justa indemnización”, como prescribe el artículo 63.1. Dicho deber abarca todas las medidas —inclusive legislativas— que deben tomar los Estados Partes para proporcionar a los individuos bajo su jurisdicción el pleno ejercicio de todos los derechos consagrados en la Convención Americana. Por consiguiente, a la luz de lo dispuesto en el artículo 63.1, entiendo que la Corte debía proceder a la fijación tanto de las indemnizaciones como de otras medidas de reparación resultantes del deber de garantizar el goce de los derechos conculcados. La interpretación que sostengo es la que me parece estar en plena conformidad con el carácter objetivo de

las obligaciones convencionales contraídas por los Estados Partes en la Convención Americana.¹³

Como en tantas otras ocasiones en la historia, también aquí una disidencia tuvo el mérito de la anticipación. A partir de la tensión que se percibe en estos dos casos comienza un proceso que conduciría al tribunal a apartarse del concepto de reparaciones tradicional del derecho civil y a avanzar en un camino para ese tiempo todavía inexplorado, en el contexto proporcionado por un fenómeno que entonces ya se dejaba ver: el surgimiento Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un área del Derecho con autonomía creciente.

2.2. REPARAR Y PREVENIR NUEVAS VIOLACIONES, DOS CARAS DE LA MISMA MONEDA: EL DEBER DE GARANTÍA EN EL CASO *GARRIDO Y BAIGORRIA*

El tiempo anhelado por el juez CANÇADO TRINDADE llega finalmente en 1998 con las sentencias de reparaciones de los casos *Garrido y Baigorria vs. Argentina* y *Loayza Tamayo vs. Perú*¹⁴, providencias que de

¹³ Voto disidente del juez A.A. Cançado Trindade en el caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Reparaciones y Costas, cit., párr. 13. En relación con el carácter objetivo de las obligaciones convencionales el juez manifiesta que este concepto está plenamente de acuerdo con la jurisprudencia de la CorteIDH y para eso cita en el mismo párrafo decisiones precedentes: "El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82, del 24 de setiembre de 1982. Serie A No. 2, párrafos 29-31; Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983. Serie A No. 3, párrafo 50. Los tratados de derechos humanos "están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce" de los derechos humanos protegidos; "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre 1982. Serie A No. 1, párrafo 24".

¹⁴ Caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas, cit., y caso *Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y Costas, cit.

alguna manera concatenan el pensamiento de las primeras generaciones de jueces con la “jurisprudencia evolutiva” que caracterizará a la Corte del nuevo siglo¹⁵. En efecto, estos fallos reflejan un esfuerzo por parte del tribunal tendiente a recoger las bases definidas en los primeros años de jurisprudencia contenciosa y, a partir de allí, enriquecer el contenido de la obligación de reparar en el DIDH.

Es así como la sentencia de reparaciones del caso *Garrido y Baigorria* resulta ser un punto inicial indispensable para entender el curso de los argumentos y decisiones de la Corte en relación con las reparaciones y las *garantías de no repetición* en el sistema interamericano. Esto puede afirmarse si se revisan aquellos principios fundamentales que rigen la obligación de reparar el daño producto de un ilícito internacional y su conexión con las GNR, como fueran elaborados en aquella providencia contando con los pilares sentados desde el mismo caso *Velásquez Rodríguez*¹⁶.

En primer lugar, el fallo reitera que el artículo 63.1 de la Convención Americana recoge una norma consuetudinaria de Derecho internacional, la cual establece que al producirse un hecho ilícito internacional imputable a un Estado, surge para éste una nueva relación

¹⁵ Con la expresión “jurisprudencia evolutiva” se hace alusión al deseo que la CorteIDH manifiesta de modo reiterado en las sentencias desde fines del siglo pasado de elaborar interpretaciones evolutivas de la Convención Americana, esto es, interpretaciones que obedezcan a las exigencias de los nuevos tiempos. En el marco de su competencia contenciosa, a partir del caso “*Niños de la calle*” la CorteIDH ha entendido que: “[t]al interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte [...] como la Corte Europea [...], han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 193. Un desarrollo más amplio del concepto de interpretación evolutiva será referido en el capítulo 4 (§2.1).

¹⁶ Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas*, cit.

jurídica consistente en el deber de reparar como producto de su responsabilidad internacional. En consecuencia, se afirma que esta obligación está regida completamente por el Derecho internacional, esto es, en relación con su extensión, modalidades, beneficiarios y, en concordancia con su objetivo, ésta se encuentra determinada por las medidas tendientes a hacer desaparecer los efectos de la violación cometida¹⁷.

Así, entonces, teniendo en cuenta su finalidad, la providencia afirma que la reparación es una fórmula genérica que podrá adoptar diversas formas tales como la *restitutio in integrum*, la rehabilitación de la víctima o la indemnización compensatoria, las cuales dependerán de la naturaleza y alcance del daño causado¹⁸. Pero adicional a esto, la Corte argumenta por primera vez que la reparación también puede tener el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos —esto es, *garantías de no repetición* aunque no las llame por este nombre todavía— y, a pesar de que en el caso no se ordena ninguna modalidad concreta para precaver futuros ilícitos, sí es verdad que la decisión contiene importantes reflexiones en torno al deber de adecuación del derecho interno, argumento estrechamente ligado a esta figura.

La vinculación entre la adecuación del derecho interno y las GNR reside fundamentalmente en el hecho de que ambas son expresiones de las obligaciones generales del Estado en relación con la protección de

¹⁷ Es jurisprudencia constante de la CorteIDH afirmar que la reparación consiste en “las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de la violación cometida”. En este sentido se pueden ver, por ejemplo, las sentencias de reparaciones de los casos Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y Costas, cit., párr. 43. Castillo Páez vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43, párr. 53. En esos pasajes se reafirma la función de las reparaciones como medios de restablecimiento del derecho conculcado, más que una figura para prevenir nuevos ilícitos.

¹⁸ Cfr. Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y Costas, cit., párr. 41.

los DDHH, lo que quiere decir que estos dos deberes son un punto de conexión entre los artículos 1.1 y 2 CADH. Con esta lógica, el tribunal recuerda que el deber de adecuar el derecho interno contenido en el artículo 2 de la Convención también se desprende de una norma consuetudinaria de Derecho internacional que prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución *efectiva* de las obligaciones asumidas. Una de estas obligaciones, que se desprende directamente del deber de garantía del artículo 1.1 convencional, será la de prevenir razonablemente las violaciones a los derechos protegidos en la Convención y otra independiente, pero originada en la misma fuente, será la de reparar a las víctimas de una eventual violación.

En este orden de ideas, una y otra obligación, prevenir y reparar, suponen la existencia de un sistema jurídico eficaz para hacer factible la realización de estos mandatos, los cuales se encuentran a su vez unidos a las obligaciones de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos, como las cuatro manifestaciones concretas de la obligación de garantía del artículo 1.1 CADH, como ha sido reconocido en la jurisprudencia interamericana de manera constante. De esta forma, en definitiva, el tribunal conecta las obligaciones de reparar y adecuar el Derecho interno como expresiones del deber general de protección de los derechos humanos a cargo del Estado, como ya lo venía sosteniendo desde sus primeras sentencias en los casos hondureños; sin embargo, en *Garrido y Baigorria* se adiciona un matiz: el tribunal finalmente sostiene que prevenir también puede ser una forma de reparar.

¿Pero cuál es el fundamento jurídico al que apela la Corte para hacer esta afirmación? Al parecer esta cuestión resulta algo indiferente a los jueces, quienes no hacen mayores esfuerzos por sustentar su posición en principios y reglas convencionales lo suficientemente articulados, y se limitan a postular la existencia de las GNR como algo

prácticamente evidente¹⁹. Todavía más llamativo es el hecho de que en la jurisprudencia posterior a *Garrido y Baigorria*, el fundamento que aparece con más peso para sustentar el mismo punto es precisamente esta primera sentencia que lo expresa de tal manera.

Estamos, en definitiva, ante un caso que plantea ambigüedades y dudas, particularmente por la confusión que aparece entre el deber general de garantizar y dos de sus expresiones: reparar y prevenir. La Corte reconoce la reparación como exigencia de una garantía efectiva de los derechos humanos y la comprende como una obligación independiente y autónoma por su función retroactiva, esto es, que mira al pasado con el fin de restablecer la situación anterior a la violación cuando esto sea posible o compensar sus efectos cuando no sea posible la restitución plena de los bienes infringidos. Sin embargo, aceptado esto, resulta débil el argumento que defiende las medidas preventivas de nuevos ilícitos —más relacionadas con el deber de adecuación del derecho interno y la obligación general de garantía— como una modalidad de reparación, puesto que la Corte ha abogado con acierto por mantener la independencia entre estas dos obligaciones: reparar y

¹⁹ De la sentencia de reparaciones del caso *Garrido y Baigorria* puede hacerse esta inferencia, en la medida en que afirma: “En primer lugar, resulta útil precisar el vocabulario empleado. La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la *restitutio in integrum* de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etc. En lo que se refiere a violaciones al derecho a la vida, como en este caso, la reparación, dada la naturaleza del bien afectado, adquiere sobre todo la forma de una indemnización pecuniaria, según la práctica jurisprudencial de esta Corte [...]. La reparación puede tener también el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos”. Caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas, cit., párr. 41.

prevenir, esencialmente distintas, aunque ambas sean exigencias del deber general de garantizar los derechos humanos.

Desde esta perspectiva queda la sensación de que en este caso el tribunal interamericano incorporó un *obiter* llamado a trascender de modo singular sin dimensionar adecuadamente sus efectos. De lo contrario se hubiera esmerado por fundamentar con suficientes razones—como hizo otras veces con ocasión de otros desarrollos de la Convención— el alcance de su expresión: “La reparación puede tener también el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos”. Es difícil imaginar que la Corte estuviera razonando estrictamente para el caso, puesto que sabiendo que se trataba de un contexto de desaparición forzada y muerte final de las víctimas, no parece muy lógico aspirar a que una medida cualquiera que fuera pudiera evitar la repetición del ilícito respecto de las mismas personas.

Todo indica que el deseo que se gestaba de tiempo atrás en algunos jueces con miras a ampliar el sentido de la reparación en el Derecho interamericano de los derechos humanos, vio la luz con esta sentencia a partir de una afirmación en abstracto, que vista con el tiempo inició el cambio de curso de la jurisprudencia regional en esta materia. Desafortunadamente, la existencia de las GNR no es evidente como postula la Corte. El haber pasado por alto esto último conduce a un argumento circular que permanecerá en el tiempo: las GNR en la jurisprudencia interamericana se sustentan en un primer fallo que escasamente ofrece razones de fondo para justificarlas y, a pesar de ello, a partir de ese momento ese será el punto de referencia al que remiten continuamente los casos subsiguientes que las invocan.

2.3. ARGUMENTOS CIRCULARES Y PENDULARES: EL CASO *LOAYZA TAMAYO*

La nueva doctrina creada por el tribunal en relación con el alcance de las reparaciones, se traslada al caso *Loayza Tamayo*, en el que se afirma:

La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido (*restitutio in integrum*, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición, entre otras)²⁰.

A partir de este caso, la carencia de fundamentación denunciada páginas atrás —presentada como circularidad argumentativa— se arraiga en toda la jurisprudencia de la CorteIDH sobre la materia.

Sin embargo, curiosamente, el artículo 2 CADH —que en el fallo *Garrido y Baigorria* había sido el hilo conductor empleado por la Corte para presentar su nueva doctrina en relación con el alcance de las reparaciones— no fue declarado violado en el caso *Loayza Tamayo*, a pesar de lo cual el alto tribunal no sólo ratifica su criterio, sino que se anima por primera vez a decretar una medida con función de *garantía de no repetición*. Esta inconsistencia no hace más que profundizar las dudas sobre la existencia —o la solidez— de la fundamentación que ofrecen las GNR en la jurisprudencia interamericana, como ya se vislumbraba en *Garrido y Baigorria* y se confirma en decisiones posteriores.

En efecto, la CorteIDH es confusa por oscilante: las GNR algunas veces aparecen fundadas en el artículo 63.1, simplemente como una expresión innata al concepto de reparación; otras, parecen derivar del deber de adecuación del derecho interno del artículo 2 o del deber de prevención como parte del contenido del artículo 1.1 CADH. En todo caso, se trata de virajes pendulares que se mueven entre el artículo 63.1 y los artículos 1.1. y 2 de la Convención, pero sin suficientes argumentos que den cuenta de su naturaleza ni de la competencia de la CorteIDH para ordenarlas²¹.

²⁰ Caso *Loayza Tamayo vs. Perú. Reparaciones y Costas*, cit., párr. 85.

²¹ Es verdad que el problema del soporte normativo que se plantea puede resolverse con una perspectiva de complementariedad más que de oposición entre normas, como lo sugiere el juez CANÇADO TRINDADE en el caso *Cantoral*

Esa oscilación aparece por primera vez en la sentencia de reparaciones del caso *Loayza Tamayo*. Así, el capítulo correspondiente a las reparaciones fundado en el artículo 63.1 contiene una medida ordenada por la Corte con el fin de que el Estado modifique su legislación interna en relación con los delitos de terrorismo y traición a la patria para conformarlos con las exigencias de la Convención Americana, prescripción que, sin duda, sobrepasa los efectos “reparadores” a favor de las víctimas, constituyéndose en una forma de precaver nuevos ilícitos internacionales análogos a los del caso. De algún modo puede decirse que la Corte advierte la particularidad de la medida, puesto que la identifica con el título “otras formas de reparación” aunque, evidentemente, la naturaleza de la medida no es reparadora sino más bien preventiva.

Benavides: “Hay una indisociabilidad entre los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana y el deber de reparación consagrado en el artículo 63.1 de ésta. Tal indisociabilidad se enmarca en la obligación del Estado de tomar *medidas positivas* de protección efectiva (*effet utile*) de los derechos humanos de todas las personas sometidas a su jurisdicción. Una vez configurada la responsabilidad internacional del Estado, cuya fuente (*fons et origo*) puede residir en un hecho —acto u omisión— ilícito internacional (la expedición de una ley, o una sentencia judicial, o un acto administrativo, o una omisión de cualquiera de los Poderes del Estado), encuéntrase el Estado en cuestión bajo el deber de hacer cesar la situación violatoria generada, así como, en su caso, de reparar las consecuencias de la situación lesiva creada”. Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88, párr. 4. Sin embargo, esta postura no resuelve el problema de los fundamentos jurídicos que pueden justificar la competencia de la CorteIDH para ordenar las GNR. En alguna otra oportunidad el mismo juez apeló al informe de las Naciones Unidas elaborado por T. VAN BOVEN concerniente al “derecho de reparación, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y libertades fundamentales” (Voto razonado conjunto de los jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, caso *Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y Costas, cit., párr. 5) para explicar la referencia a las GNR, pero desafortunadamente no hay ninguna evidencia de análisis jurisprudencial que consiga ahondar en las raíces del estudio de VAN BOVEN, su valor jurídico y vía de incorporación al sistema interamericano.

En este contexto, la singularidad del fallo radica en que el tribunal no se limita a declarar el hecho ilícito internacional como consecuencia de la inconformidad de la legislación nacional con el tratado regional — aunque paradójicamente ni siquiera se declara la violación del artículo 2 convencional, como se advertía—, y por primera vez en su historia, una de las resoluciones concretas emitidas por el tribunal, en concordancia con lo establecido en el capítulo de las reparaciones, ordena al Estado a realizar una modificación legislativa en los siguientes términos:

Que el Estado del Perú debe tomar las medidas de derecho interno necesarias para que los Decretos-Leyes 25.475 (Delito de Terrorismo) y 25.659 (Delito de Traición a la Patria) se conformen con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²²

Esta es, pues, la primera ocasión en la que la jurisprudencia interamericana formula una *garantía de no repetición*, afirmación que se sustenta en un análisis de la medida decretada a la luz del *test* para su reconocimiento (origen, contenido y efectos), como se explicó en el planteamiento general del capítulo. En primer lugar, en relación con su naturaleza y origen, el mandato aparece como uno de los puntos resolutivos que deciden las reparaciones a lugar en el caso particular, esto es, se trata de una orden judicial expresada en una providencia de la misma naturaleza y no simplemente una reflexión, consejo sobre lo deseable o recomendación general.

En segundo lugar, del contenido de la prescripción y las consideraciones que la sustentan se deduce que su objetivo es declarar una deficiencia inherente a la legislación expedida por el gobierno nacional en estado de emergencia para hacer frente a la lucha contra el terrorismo, en consideración a que ésta resultaba *per se* violatoria de las garantías reconocidas en el Pacto regional, particularmente de las consagradas en los artículos 8 y 25 en materia de debido proceso y

²² Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Reparaciones y Costas, cit., punto resolutivo núm. 5.

recurso judicial efectivo. En el sentir del tribunal la trasgresión radica en que tales decretos-leyes contemplaban la posibilidad de juzgamiento por tribunales sin rostro, procesamiento de civiles ante la justicia penal militar y eliminación/suspensión de garantías fundamentales como el recurso de *habeas corpus*, presupuestos todos incompatibles con los derechos mencionados de acuerdo con los estándares fijados en la región.

Finalmente, y concordante con lo anterior, el objetivo que se persigue con la resolución genera unos efectos generales que van más allá del ámbito de reparación a la víctima, quien incluso en sentido estricto no recibe una forma de reparación con esta medida, más allá, eventualmente, de una modalidad de satisfacción. Es así como el mandato impuesto por el tribunal busca proteger a un sector más amplio de la población en razón de que ordenando la adecuación del derecho interno se previene la aplicación de tal normatividad y, con ello, la generación de nuevas víctimas. En definitiva, si la medida fuera implementada “garantizaría” que no volvieran a repetirse hechos similares a los condenados en la instancia internacional.

De tal manera, la medida adoptada por la CorteIDH en la sentencia de reparaciones del caso *Loayza Tamayo* tiene un valor simbólico muy importante en el sistema: se trata de la primera vez que el tribunal regional ordena una modificación legislativa como parte de la condena a un Estado responsable de haber cometido violaciones a la Convención Americana. En mismo sentido y con palabras análogas se pronunciará el tribunal en los casos *Castillo Páez vs. Perú*²³ y *Castillo Petruzzi vs. Perú*²⁴, aunque con una diferencia que no debe pasarse por alto en relación con el artículo 2 CADH: mientras en *Loayza Tamayo* no se declara siquiera la infracción de este precepto convencional, el contenido y alcance del

²³ Caso Castillo Páez vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43.

²⁴ Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.

mismo serán justamente la motivación central de la medida adoptada en *Castillo Petruzzi*.

La variación sobre el particular apunta a una jurisprudencia algo más coherente en este punto. El alcance del artículo 2 convencional, en palabras del tribunal:

[I]mplica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías²⁵.

Sobre esta base la CorteIDH ata la obligación de adaptar el derecho interno con las órdenes de realizar modificaciones legislativas como formas de reparación en los casos concretos; no obstante, sigue siendo criticable el hecho de que no se ofrezca una justificación contundente sobre su competencia para emitir tales resoluciones —aparece como un presupuesto—, ni tampoco una explicación coherente que articule el concepto de reparación que ella misma ha fijado con el efecto preventivo que persiguen las medidas que emite.

Por lo expuesto y de cara al análisis que prosigue también es factible arribar a otra conclusión: la medida introducida en *Loayza Tamayo* es un punto de inflexión definitivo en la jurisprudencia interamericana, superando la tendencia moderada referida en el fallo *Caballero Delgado y Santana*, e incluso la ya polémica sentencia del caso *Suárez Rosero*, introduciendo al tribunal en un nuevo derrotero jurisprudencial. Como fuera explicado en el capítulo primero²⁶, en el fallo *Suárez Rosero* la CorteIDH se limita a declarar en un punto resolutivo de la sentencia de fondo, la incompatibilidad de una ley interna ecuatoriana con el artículo 2 de la Convención; no obstante,

²⁵ *Ibid.*, párr. 207.

²⁶ Véase capítulo 1 (§1.2.2) y (§2.1.2).

aunque ya era un avance, este hallazgo del tribunal no mereció una orden correlativa en la sentencia de reparaciones. En consecuencia, *Loayza Tamayo* y los demás casos peruanos coetáneos, serán la primera oportunidad en la que la judicatura interamericana ordena directamente al Estado una modificación legislativa, aunque hay que notar que los términos del texto conceden un amplio grado de discrecionalidad para la ejecución de la orden, modalidad que tendrá variaciones marcadas en un caso posterior no menos polémico del año 2001: *Olmedo Bustos o "La última tentación de Cristo" vs. Chile*, como se explicará más adelante.

2.4. LA ENCRUCIJADA DE LOS LEGISLADORES: ¿UNA NUEVA FUENTE DE LA LEY NACIONAL?

La doctrina sobre el sentido amplio de las reparaciones como fuera concebida en los casos estudiados será refrendada años más tarde en el caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*²⁷. La CorteIDH decidió obligar al Estado demandado a suprimir la censura previa con el fin de permitir la exhibición de la película que interesaba a los demandantes. Para ser precisos, la providencia internacional ordenaba al legislador del Estado realizar una modificación normativa que suponía una doble tarea: derogar una figura legal y acondicionar el sistema conforme el estándar internacional establecido por la CorteIDH en su interpretación del derecho a la libertad de pensamiento y expresión consagrado en el artículo 13 del Pacto regional.

La primicia que ofrece esta jurisprudencia es a todas luces revolucionaria: se trata de un mandato judicial de un tribunal internacional que acota considerablemente el margen de actuación del

²⁷ Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

legislador nacional. Este caso generó una polémica aún vigente para el sistema interamericano que radica, al menos, en dos aspectos: por una parte, el amplio alcance que ha querido dar la jurisprudencia interamericana al concepto de reparación y, por otra, la puesta en evidencia de los retos que entraña el deseo de armonización y, si se quiere mejor, sujeción del Derecho interno al DIDH, como lo ha querido proponer la Corte regional. Las providencias de la última década han seguido alentando voces a favor y en contra de lo decidido respecto de ambos aspectos²⁸. En todo caso, para los efectos del presente capítulo,

²⁸ Sobre estos nuevos desarrollos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, señalando algunas críticas y, en particular, los retos importantes para lograr una armonización entre el Derecho internacional y el interno, pueden verse los siguientes estudios: A. SANTIAGO, *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2010, en particular, capítulo VII "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico"; E. MALARINO, "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en G.E. LATINOAMERICANOS (ed.), *Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2010, 25-61; M. CARBONELL, R. VÁZQUEZ et al., *La globalización y el orden jurídico. Reflexiones contextuales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007. Otras obras ofrecen una lectura optimista de los logros alcanzados entre el proceso de sinergia entre el Derecho interamericano y el nacional, entre ellas pueden verse: A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC GREGOR y M. MORALES ANTONIAZZI, *La justicia constitucional y su internacionalización ¿hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* Vol. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010; S. GARCÍA RAMÍREZ y M. CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009; L. ORTIZ AHLF, "Integración de las normas internacionales en los ordenamientos estatales de los países de Iberoamérica", en R. MÉNDEZ SILVA (ed.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003, 447-67; P.L. MANILI, "La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Derecho Constitucional Iberoamericano", en R. MÉNDEZ SILVA (ed.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003, 371-410.

basta con subrayar la importancia del fallo como un hito en el que por primera vez se adopta una modalidad de reparación orientada a una modificación legislativa en la que el tribunal interamericano precisa el alcance concreto de la reforma en el texto de la resolución emitida y, ésta, en sí misma, se constituye en una medida tipo *garantía de no repetición*²⁹.

Esta modalidad que apunta a desentrañar y corregir fallas estructurales del Estado cuya raíz es del orden legislativo será la más usada por la Corte hasta nuestros días; sin embargo, se han introducido variantes y matices que con el tiempo cobran importancia. Así, por ejemplo, la orden emitida en *Loayza Tamayo* —así como en *Castillo Páez* y *Castillo Petruzzi*, de la misma época— dejaba al Estado un amplio margen de acción en lo referente a las formas concretas como internamente pueden hacerse los ajustes señalados en ella. En este mismo sentido y de manera expresa lo confirmaba la Corte en el caso “*Niños de la Calle*” al negarse a ordenar medidas específicas al Estado guatemalteco con el fin de que se adecuara su derecho interno con las exigencias del artículo 19 de la Convención³⁰.

²⁹ El punto resolutivo número 4 de la sentencia de fondo y reparaciones determina que el Estado de Chile “debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película «La Última Tentación de Cristo», y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto”. Al momento del fallo ya se tramitaba en el Congreso nacional una nueva norma en este sentido, de modo que la decisión sirvió de acicate para la reforma final que se adoptó en Chile.

³⁰ A pesar de la solicitud hecha por los representantes de las víctimas y la Comisión en el sentido de poner en vigencia un nuevo código de la Niñez y la Juventud y la modificación de políticas públicas en esta línea, la Corte expresamente se abstiene de ordenar en detalle las modificaciones que debían surtirse al interior del Estado para garantizar el derecho de los niños y resuelve en definitiva que el Estado de Guatemala “debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias con el fin de adecuar la normativa guatemalteca al artículo

No obstante, ésta no será la línea uniforme de la CorteIDH con el correr de los años, al punto que puede decirse que se mantiene una “tensión” en la jurisprudencia sobre el particular. En este sentido, existen numerosos ejemplos —como se señalará en los próximos epígrafes— que ilustran cómo el tribunal ha estrechado el “margen de apreciación” en cabeza del legislador, puesto que el contenido de la ley está ya definido en la sentencia judicial. El estudio del origen y de las consecuencias de estos ejemplos será uno de los objetos de los capítulos 3 y 4.

Ahora bien, para los propósitos de este apartado dedicado a los orígenes resulta significativo señalar una variedad de GNR introducida por la Corte en el *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*³¹. Se trata de la primera ocasión en la que se ordena a un Estado que introduzca en su legislación interna el delito de desaparición forzada de personas. Esta solicitud de la Comisión avalada por el alto tribunal aparece justificada en la parte motiva como una forma de garantizar los deberes de investigación y sanción de violadores a derechos humanos, haciendo eco a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado de Bolivia tanto en virtud de la Convención Americana como de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas.

La tendencia del caso anterior resulta fortalecida con el fallo *Molina Theissen* —particularmente interesante por la disparidad que plantea con el reseñado caso “Niños de la Calle—, en el cual el tribunal ordena al mismo Estado de Guatemala que en un plazo razonable “debe crear un procedimiento expedito que permita obtener la declaración de ausencia y presunción de muerte por desaparición forzada” y, además, “crear un

19 de la Convención”, dejando completamente a discreción de los órganos del Estado esta tarea de articulación entre la normativa interna y la internacional. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 98 y punto resolutivo núm. 5.

³¹ Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92.

sistema de información genética” con el fin de facilitar el esclarecimiento de la identificación y filiación de niños desaparecidos durante el conflicto armado interno; ambas medidas decretadas como medios concretos de compatibilizar el ordenamiento nacional con las garantías prescritas en la Convención Americana.

El matiz que aportan estos dos casos y otros análogos que buscan la incorporación de figuras jurídicas en los ordenamientos locales consiste en la variación que se hace en los términos y objetivos de las prescripciones que contienen: de ordenar una modificación legal se pasa a una exigir una creación normativa; sutil pero importante diferencia que por su naturaleza impacta tanto en el terreno jurídico como político del Estado. Este tipo de casos plantean una encrucijada para el legislador y el propio gobierno nacional, en torno, entre otros aspectos, a la jerarquía de fuentes en el Derecho interno, las exigencias del debate democrático y los riesgos latentes de los juicios de responsabilidad internacional.

2.5. UN RECLAMO RECURRENTE: EL ÁMBITO DE LO PENAL EN LA MIRA DE LA CORTE

La práctica de la CorteIDH en relación con medidas que buscan prevenir nuevos ilícitos ha sido, como surge de lo ya dicho, muy variada. Con todo, en medio de esa variedad puede extraerse como conclusión que el eje de las preocupaciones del tribunal ha sido el ámbito penal. Así, el acervo jurisprudencial pone de manifiesto el afán del tribunal por inducir transformaciones normativas en este campo que van desde una modificación legal hasta la derogación y la creación de instituciones jurídicas que suponen revisión y cambio, incluso, de políticas públicas.

Un primer fallo en esta línea ocurre en el caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*³²; se trata de la primera ocasión

³² Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94.

que se le presenta al tribunal de considerar la legitimidad de la pena de muerte a la luz del nuevo orden interamericano de los derechos humanos. De acuerdo con el artículo 4.2 CADH los países que no hubieran abolido la pena de muerte al momento de ratificación del tratado podrían mantener este castigo siempre y cuando se mantenga reservado para los crímenes más graves, medie un tribunal competente para su aplicación y se ejecute sobre la base de una ley previa a la comisión del delito. Los siguientes numerales del mismo artículo también obran a manera de condicionantes de tal práctica que, en todo caso, está llamada a menguarse de acuerdo con el espíritu de la Convención. De este modo puede verificarse una especie de tolerancia restringida en la región en relación con la pena de muerte. En este contexto, el fallo *Hilaire, Constatine y Benjamin* analiza críticamente el contenido de la ley aplicada a las víctimas y rechaza con vehemencia el hecho de que, a su juicio, la mencionada norma ordenara la aplicación automática y genérica de la pena capital para el delito de homicidio intencional, usurpando la posibilidad del juez de valorar las circunstancias particulares del caso y gradar de conformidad la pena.

La novedad del caso para el sistema no radica exclusivamente en los argumentos elaborados en favor de una restricción cada vez mayor de dicha penalidad, sino en el modo de aproximación al Estado en la condena. Esto es, de manera muy llamativa, la Corte ordena con notable precisión el curso de las modificaciones que debían hacerse en el ordenamiento jurídico nacional con el fin de que éste se ajuste a las exigencias del artículo 4 CADH, que protege la vida como “el bien jurídico superior”, de acuerdo con la calificación de la Corte. En opinión del tribunal, el artículo 2 CADH debe ser interpretado prescribiendo que los Estados tienen

la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención, [y por tanto,] con mayor razón están en la obligación de no expedir leyes que desconozcan esos derechos u

obstaculicen su ejercicio, y la de suprimir o modificar las que tengan estos últimos alcances³³.

Al hilo de estos argumentos, se ordena al Estado de Trinidad y Tobago abstenerse de aplicar y eliminar las provisiones legales incompatibles con la Convención y, a la vez, se le indican los parámetros de la nueva ley:

Entre las respectivas modificaciones de la legislación debe quedar incluida la referente a la introducción de diversas categorías (tipos penales) de homicidio intencional, que correspondan a la diversa gravedad de los hechos, tomando en cuenta las circunstancias del delito y del justiciable, y se debe establecer una gradación de los niveles de severidad de la pena que guarde relación con la gravedad de los hechos y con la culpabilidad del imputado³⁴.

De la mano de esta prescripción, el tribunal conmina también al Estado a llevar a cabo nuevos juicios a todas las víctimas y, en todo caso, abstenerse de ejecutarlas, independientemente del resultado final de los nuevos procedimientos. Dentro del mismo concepto de reparaciones, además se ordena al Estado que ajuste las condiciones del sistema carcelario a las normas internacionales de protección de derechos humanos aplicables a la materia. Sin embargo, curiosamente, en esta providencia no se detallan los estándares ni la normatividad aludida en materia carcelaria, en contraste con jurisprudencia posterior que se preocupa de singularizarlos incluso acudiendo a referentes internacionales no derivados propiamente de tratados suscritos por el Estado, sino más bien directrices de Naciones Unidas en esta área³⁵.

³³ *Ibid.*, párr. 113.

³⁴ *Ibid.*, párr. 212.

³⁵ En este sentido pueden verse, por ejemplo, los casos: Lori Berenson Mejía vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119; Caso del "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112; Penal Miguel Castro Castro vs.

Para llegar más lejos, esta es la primera jurisprudencia del sistema que afirma que de existir incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional se preferirá aquella y, consecuentemente, el Estado se encuentra ante la obligación de ajustar su derecho interno al parámetro internacional. *Hilaire, Constantine, Benjamin y Otros*, es así, otro *precedente revolucionario* del sistema interamericano, que contribuye directamente también a la línea adoptada por el tribunal en el caso *Boyce vs. Barbados*, una de las providencias más significativas en el desarrollo del llamado “control de convencionalidad”, doctrina que aparece en el pensamiento de la Corte a partir del 2006 con el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*³⁶.

Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160; Yvon Neptune vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180. Más recientemente, el caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 241.

³⁶ El llamado control de convencionalidad ha sido una de las creaciones jurisprudenciales más significativas de la CorteIDH en los últimos años, particularmente por los efectos que se esperan de esta práctica encomendada, en principio, a todos los jueces y operadores nacionales que aplican normativa interna, sin importar su jerarquía, tal como lo expresa el tribunal en el párrafo 124 transcrito en el capítulo anterior.

La reiteración de esta doctrina en el curso de los años 2010 a 2012 pone de presente el énfasis y la importancia que el tribunal regional ha querido darle a esta figura. Un análisis de la génesis y exigencias de esta doctrina puede verse en: LONDOÑO LÁZARO, "El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Por otra parte, FERRER MACGREGOR (que fue nombrado juez de la CorteIDH para el período 2013-2018) se ha hecho cargo de estudiar esta figura a la luz de los pronunciamientos del tribunal en los casos mexicanos de 2010 y 2011 —particularmente en su voto individual en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*—y sus implicaciones para el orden jurídico mexicano y, en general, latinoamericano. Para estos efectos puede verse, además de su voto en la sentencia aludida: E. FERRER MACGREGOR, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en M. CARBONELL and P. SALAZAR (ed.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011, 339-429.

2.6. MÁS ALLÁ DEL LEGISLADOR: LA VINCULACIÓN DE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO EN LAS DECISIONES DE LA CORTE

Si bien es cierto que son numerosas las resoluciones adoptadas por la Corte Interamericana dirigidas a promover cambios legislativos en el plano local, no pueden menospreciarse otras que apuntan también a transformaciones institucionales que vinculan la gestión de otros órganos del Estado distintos del legislador. Los casos *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*³⁷, *Tibi*³⁸, y *Hermanas Serrano Cruz*³⁹ dan cuenta de esta iniciativa del tribunal internacional que con el tiempo se ha hecho cada vez más recurrente.

El caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* sería la primera oportunidad que se le propone al contencioso interamericano a fin de considerar la situación de los indígenas latinoamericanos — especialmente en relación con el uso y disfrute de tierras— y establecer parámetros para la salvaguarda de sus derechos. Por voto de la mayoría de jueces, la providencia final a la par de decidir que Nicaragua violó los derechos a la protección judicial y a la propiedad en perjuicio de la comunidad indígena, ordena al Estado en virtud del artículo 2 de la Convención a tomar

las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las

³⁷ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

³⁸ Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

³⁹ Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C No. 120.

comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas.⁴⁰

En estricto sentido, del texto de esta orden se desprende que la intención del tribunal apunta a hacer cesar la violación declarada y, por su contenido, puede decirse que se trata de una medida compleja puesto que exige una adecuada articulación de diversos agentes del Estado para garantizar su concreción e idoneidad. Pero el efecto de cesación de la violación que se busca con esta exigencia va necesariamente acompañado de un segundo efecto cual es la prevención de casos similares en el futuro, tanto a favor de las víctimas como de terceras comunidades, dado que se estaría atacando el problema de raíz que en el sentir del tribunal había provocado la violación en el caso concreto: la falta de un mecanismo idóneo y eficaz para la delimitación, demarcación y titulación de tierras indígenas. En consecuencia, desde esta perspectiva, la citada resolución puede calificarse como una *garantía de no repetición* de hechos similares en perjuicio del mismo grupo humano o de cualquier otro en circunstancias análogas.

Una modalidad de reparación distinta pero también compleja y con alcances generales, se exigió al Estado de Ecuador con ocasión del caso *Tibi* al ordenársele que creara “un comité interinstitucional con el fin de definir y ejecutar los programas de capacitación en derechos humanos y tratamiento de reclusos”⁴¹, programas requeridos por el mismo tribunal como un medio para formar al personal judicial, policial y penitenciario sobre los principios y normas de protección de los DDHH en el tratamiento de reclusos, de manera que se pudieran prevenir

⁴⁰ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, cit., punto resolutive núm. 3.

⁴¹ Caso *Tibi* vs. Ecuador, cit., punto resolutive núm. 13. En el contenido del mismo además se establece: “El diseño e implementación del programa de capacitación, deberá incluir la asignación de recursos específicos para conseguir sus fines y se realizará con la participación de la sociedad civil [...] El Estado deberá informar a esta Corte sobre la constitución y funcionamiento de este comité, en el plazo de seis meses”.

violaciones a la integridad personal como las verificadas en perjuicio de la víctima. No cabe duda que se trata de una disposición que lejos de tener la virtud de restablecer el derecho infringido, se propone como alerta y precaución de nuevas infracciones a la Convención; con todo, no pasa inadvertido el hecho de que la CorteIDH no ahonde en sus consideraciones sobre la naturaleza de la medida y su capacidad para ordenarla. Quizá indirectamente puede haber alguna justificación que se derive de la semejanza en las causas de las violaciones surtidas en *Suárez Rosero y Tibi*⁴² y, de ahí, el afán del tribunal por advertir problemas estructurales del Estado y soluciones concretas que los remedien, aunque esto no resulte ser más que una conjetura.

Entretanto, en el fallo de las *Hermanas Serrano Cruz* aparecen más claras y expresas las motivaciones que soportan la decisión emitida, en el sentido de ordenar la puesta en marcha de una Comisión Nacional de Búsqueda de Desaparecidos bajo parámetros estrictos definidos por el mismo tribunal, entre los cuales se cuenta uno referido a su composición:

El Tribunal estima necesario que en la composición de la comisión nacional de búsqueda se incluya a las instituciones estatales que han mostrado interés en la solución de este problema y a otras que correspondiere por las funciones que desempeñan, así como que se de participación a la sociedad civil a través de organizaciones no gubernamentales que se han dedicado a dicha búsqueda o que están especializadas en el trabajo con jóvenes desaparecidos.⁴³

⁴² En ambos casos se pone de presente el contexto perjudicial para la protección de los derechos a la integridad y libertad personales de los reclusos en las cárceles ecuatorianas. Así mismo, los dos casos hacen ostensibles las deficiencias del sistema penal del Estado para asegurar los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial.

⁴³ Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, cit., párr. 188.

Con esta prescripción, el tribunal aboga por la integración de distintos agentes en pro de la eficacia de la comisión, lamentando el hecho de que el actuar pasado del Estado no hubiera sido suficientemente diligente como para dar cuenta del paradero de los numerosos desaparecidos, especialmente niños, durante la época del conflicto interno salvadoreño. Unido a esta medida y apoyado en su interés por promocionar mecanismos eficaces para la búsqueda de niños desaparecidos, el tribunal ordena también al Estado la creación de una página web y de un sistema de información genética.

Desde la perspectiva de las condiciones de las *garantías de no repetición*, puede afirmarse que en el caso de las *Hermanas Serrano Cruz* se decretan dos medidas tienen por fin evitar que se planteen casos análogos en el futuro: el funcionamiento eficaz de la Comisión Nacional de Búsqueda de Desaparecidos y la creación de un sistema idóneo de información genética. Estos dos mecanismos pueden calificarse como GNR y no propiamente como reparaciones, puesto que su objeto apunta a la erradicación de una deficiencia en el actuar negligente del Estado que supera las barreras del caso concreto y se erige como alternativa para muchos otros casos en los cuales la justicia nacional sigue negando el derecho que tienen las víctimas y sus familiares a que se investiguen los ilícitos de desaparición, de acuerdo con lo establecido por el alto tribunal. En todo caso y a pesar de lo loable que pueda parecer la intención del tribunal, una vez más resulta más que precario el sustento jurídico al que se apela para decretar dichas medidas haciendo uso de una ampliación del artículo 63.1. Justamente sobre este aspecto el voto disidente del juez MONTIEL ARGÜELO contiene una fuerte crítica:

No quiero que pase esta oportunidad sin dejar constancia de que no comparto la progresiva ampliación de la interpretación de la referida disposición [63.1], la cual, a mi juicio, solo autoriza a la Corte a dictar medidas que conduzcan a la reparación a favor de las víctimas cuyos derechos han sido violados y de otras personas que han sufrido daños como consecuencias de la violación. Esa tendencia a la progresiva ampliación de la interpretación de la Convención se acentúa

en la presente sentencia en una forma acelerada y a mi juicio debería ser rectificada. No se trata de prevenir hipotéticas violaciones futuras en otros casos. Esa es una labor de promoción de los derechos humanos, encomiable desde todo punto de vista pero que la disposición citada de la Convención no autoriza a la Corte a ejercer en la sentencia que dicte sobre violación de los derechos humanos en un caso concreto. Para ello hay otras oportunidades y otros órganos y organismos.⁴⁴

Los casos analizados y el contenido de sus resoluciones resultan tan llamativos por su modalidad y grado de concreción que sería legítimo preguntarse cuál es la razón por la que la Corte se inclina por un tipo de exigencias que restringe de modo tan notable los márgenes de actuación del Estado. ¿No se arriesga a que sus resoluciones sean calificadas de arbitrarias y a tal punto controversiales que resulten desacatadas? O por el contrario, ¿podría pensarse que justamente el grado de delimitación de la orden facilita su ejecución? Y si esto fuera así, en todo caso, ¿cuál es el fundamento jurídico de su actuar?

Sobre estas cuestiones de indudable relevancia la CorteIDH no se pronuncia en sus sentencias ni da suficientes luces para su consideración. En los capítulos siguientes se propondrá un conjunto de respuestas basado en los principios *pro homine*, de subsidiaridad y eficacia de los mecanismos de protección de derechos humanos, así como el contenido del propio Pacto regional y la naturaleza y funciones asignadas al tribunal interamericano. En todo caso, no puede perderse de vista que medidas de contenido *complejo* como las estudiadas, calificadas así en virtud de que la conducta requerida exige el compromiso de diversos actores estatales, indudablemente implican un reto adicional para los Estados.

⁴⁴ Voto disidente del Juez Alejandro Montiel Argüelo en el caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, cit., párr. 14.

2.7. A MODO DE COLOFÓN: LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO INTERNO PROMOVIDAS CON LA NUEVA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

Los casos expuestos en este apartado dan cuenta de las primeras y más significativas providencias en las cuales el tribunal interamericano se decide a dar un paso adelante en la interpretación del concepto de reparaciones. El alcance que se ha dado al artículo 63.1 de la Convención ha ampliado la variedad de reparaciones a tal punto que, más allá de las clásicas compensaciones económicas, se decretan conductas específicas al Estado condenado, algunas de éstas como medios para hacer cesar las violaciones declaradas, otras tantas con un efecto a futuro, general y colectivo más propio de las *garantías de no repetición* que de las reparaciones *stricto sensu*. Desafortunadamente, el texto de las sentencias no acredita un especial esfuerzo por parte de la CorteIDH en el sentido de distinguir ambos tipos de medidas en razón de su naturaleza y fundamento.

Las disposiciones de la Corte a las que se ha hecho referencia son las primeras puntadas del tejido —cada vez más complejo, con bondades y riesgos— de la nueva doctrina interamericana en materia de *garantías de no repetición*. Aun cuando hasta este momento sólo puede valorarse un período relativamente corto de actuación de la CorteIDH, lo cierto es que ya puede afirmarse que las GNR forman parte del conjunto de transformaciones institucionales de relieve que se han promovido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La misma polémica que este fenómeno despierta da fe de su existencia. Parafraseando al Tribunal Constitucional alemán, se trata de un efecto irradiador del Derecho internacional que protege los derechos humanos en el ámbito local a través de las sentencias de los órganos supranacionales⁴⁵. Desde esta perspectiva, las GNR se configuran como

⁴⁵ El tribunal constitucional Alemán ha creado la llamada doctrina del *Drittwirkung* de acuerdo con la cual los derechos fundamentales tienen eficacia frente a particulares y no sólo en las relaciones entre el Estado y los individuos.

evidencia de los “efectos reflejos” o irradiadores del orden internacional de los derechos humanos en el orden jurídico nacional en virtud del objeto que persiguen estas resoluciones, fenómeno que contrasta con la tradicional eficacia *inter partes* propia de cualquier sentencia judicial definitiva.

3. CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR LA CORTE INTERAMERICANA COMO *GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN* DE VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS

En los últimos catorce años la Corte Interamericana ha ordenado en sus fallos condenatorios alrededor de ciento sesenta medidas que suponen la revisión de estructuras, instituciones, legislación, políticas y prácticas de los Estados americanos que presuntamente no se corresponden con los estándares internacionales en materia de derechos humanos. Se trata de una cifra significativa por su magnitud, conclusión que se confirma si se examinan su contenido y alcance.

Esa extensión de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, ha sido caracterizada como un efecto irradiación. Algunos apuntes sobre esta doctrina pueden verse el siguiente estudio: T. DE DOMINGO, “El problema de la drittwirkung de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho”, *Derechos y Libertades* 7, no. 11 (2002) 251-89. Siguiendo esta misma lógica, en la presente tesis se aceptan dos modalidades adicionales para comprender el efecto irradiación de los derechos humanos: la ampliación del contenido de los derechos humanos en el plano interno a partir de los tratados internacionales y los “efectos reflejos de las sentencias internacionales”. Esta última alternativa tiene una relevancia particular en el presente estudio, puesto que con ella se explica la posibilidad de ampliar los tradicionales efectos *inter partes* de las sentencias a una suerte de efectos colectivos derivados de algunos fallos internacionales especiales. Esta cuestión de la naturaleza y efectos de las sentencias internacionales en materia de derechos humanos será desarrollada más ampliamente en el capítulo 3 (§4.3.2) y, en particular sobre los efectos reflejos, capítulo 4 (§2.1).

El análisis que se expondrá a continuación persigue fundamentalmente dos objetivos; en primer lugar, la verificación de una de las hipótesis centrales de esta tesis, cual es la identidad singular y elementos esenciales del concepto de *garantías de no repetición*, así como su autonomía respecto de las reparaciones, sobre la base del test de identificación que se propuso al iniciar este capítulo. En segundo lugar, con una mirada de conjunto de las medidas analizadas se buscará probar la regularidad de la práctica del tribunal regional, sus variables más usuales y algunas de sus implicaciones.

Para arribar a estos fines relativos a la identidad y práctica de la CorteIDH en materia de *garantías de no repetición*, se propone la descripción y análisis de medidas impuestas a los Estados con la finalidad precaver nuevos ilícitos internacionales, más allá de la imprecisa nomenclatura empleada por el tribunal que generalmente las encuadra como reparaciones. Desde una perspectiva metodológica, el examen que se propone es de doble vía: en primer lugar, al aplicar los criterios considerados como esenciales a la figura de las *garantías de no repetición* se demuestra la idoneidad del *test de identificación* formulado antes; en segundo lugar, logrado el análisis y clasificación de estas medidas, se corrobora la existencia autónoma y regularidad de las GNR.

De cara a la comprobación de esta hipótesis referida a la naturaleza e identidad de las *garantías de no repetición*, se plantea como base para la metodología del análisis cualitativo, y de acuerdo con el test de identificación, la figura de un plano cartesiano definido por dos coordenadas principales: por una parte, el contenido de la exigencia requerida al Estado por la CorteIDH y, por otro, la modalidad operativa a la que apunta la misma. De este modo, siguiendo la nomenclatura utilizada también en el cuadro adjunto a esta tesis, todas las medidas aludidas pueden enmarcarse en alguna de las siguientes categorías prescriptivas, a la luz de su contenido: (i) derogar o eliminar; (ii) crear o adoptar; (iii) modificar; (iv) educar. Por otra parte, cada una de las medidas tiene como destinataria al menos a una de las modalidades

clásicas de ejercicio del poder público, es decir, su ejecución —con mayor o menor discrecionalidad para los agentes públicos de acuerdo con los términos de la resolución— implica la conducta de alguna de las ramas tradicionales del poder del Estado: (i) ejecutiva; (ii) legislativa; (iii) judicial.

El análisis de la jurisprudencia de la Corte a la luz de la naturaleza de las GNR (sintetizada en el test de identificación); es decir, un diálogo entre el plano descriptivo y el prescriptivo, permitirá establecer en este y en los capítulos siguientes: a) en qué casos la Corte se apartó de los límites de las GNR; b) en qué casos la Corte empleó esa figura de modo adecuado. Se verá, asimismo, que: a) las órdenes que caben dentro del grupo de *garantías de no repetición* alertan y tienden a la eliminación de deficiencias estructurales o fallas endémicas del Estado que están favoreciendo las violaciones a derechos humanos puesto que su contenido sobrepasa las reparaciones de un caso concreto; y b) en segundo lugar, y derivado de lo anterior, se comprobará que las *garantías de no repetición* aun bajo la nomenclatura de “reparaciones” comportan efectos frente a terceros indeterminados en el proceso judicial internacional y, en consecuencia, difícilmente pueden catalogarse como reparaciones al no estar orientadas al beneficio de las víctimas sino de una colectividad que no ha sido parte del litigio. De lo descriptivo se pasará entonces a lo prescriptivo, y desde allí se regresará al primer plano, con vistas a dar cuenta del modo más preciso posible de la naturaleza, la legitimidad y los límites de las GNR, objeto de los siguientes capítulos.

3.1. DEROGACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS

Las transformaciones del ordenamiento jurídico interno con el fin de adaptarlo a los estándares internacionales desarrollados en la propia jurisprudencia interamericana han constituido la mayor parte de las GNR dictadas por la CorteIDH. Esto se ha plasmado de modo concreto de

diversas maneras: órdenes consistentes, algunas veces, en modificar el orden jurídico, otras, en crear nuevas normas al interior del Estado o, finalmente, en unas contadas oportunidades, en derogar una norma o institución legal.

En todas estas situaciones el objetivo último es la adecuación del sistema jurídico nacional a parámetros internacionales según lo dispuesto por el tribunal y de conformidad con el artículo 2 CADH. Sin embargo, con el ánimo de analizar la evolución, particularidades e implicaciones de la jurisprudencia interamericana vale la pena respetar la fidelidad del lenguaje utilizado por la Corte y, en este sentido, clasificar las medidas ordenadas según la resolución haya exigido en los términos exactos una derogación, creación o modificación de una norma, práctica o institución jurídica. Expuesto de otro modo, puede decirse que en sentido amplio una buena parte de los mandatos del tribunal orientados a promover modificaciones legales suponen la derogación de ciertas normas y su sustitución por otras nuevas. No obstante, es preciso distinguir conforme el uso del lenguaje empleado por los jueces internacionales aquellas situaciones en las que se apela directamente a una derogación, de otras en las que se requiere —con una expresión más amplia— la modificación del orden interno. Si bien unas y otras finalmente reclaman una conducta activa por parte del Estado, se presume que las implicaciones en el nivel local pueden ser distintas dependiendo de la clase de orden emitida. Como se verá, aunque el resultado final quizá termine siendo aparentemente el mismo, lo cierto es que la reacción y probablemente el procedimiento a seguir por parte de los órganos ejecutivo y legislativo del Estado será distinta cuando recibe un dictamen de un organismo internacional decretando una derogación legal, a diferencia de cuando se requiere una adecuación del orden interno en términos amplios.

Si bien no es el propósito de este trabajo hacer un seguimiento a los efectos políticos que se generan a partir de las decisiones del tribunal interamericano —aunque sea sin dudas una perspectiva interesante—,

en este punto vale la pena advertir dos cuestiones que pueden llegar a ser significativas para análisis en posteriores investigaciones. Un primer asunto se refiere al nivel de impacto político que los diversos usos lingüísticos del tribunal pueden acarrear; así, aunque el objetivo de sus resoluciones sea siempre revertir el uso de normas y prácticas locales, el modo en el que la disposición es expresada (es decir, el enunciado normativo en el que se expresa la disposición normativa) puede generar mayor o menor aceptación. En segundo lugar y en conexión con lo anterior, el grado de cumplimiento de las sentencias probablemente esté asociado con el nivel de discrecionalidad que la Corte reconozca al Estado demandado con vistas al cumplimiento de su resolución.

Más allá de estas consideraciones, de acuerdo con los objetivos del presente estudio se propone a continuación el análisis que sigue en el cual se recogen los únicos casos, que no alcanzan la decena, en los cuales la CorteIDH ha decretado directamente al Estado la derogación de una norma o figura legal.

3.1.1. *Supresión de la censura previa*

No son muchos los casos en los que la Corte Interamericana ha tenido oportunidad de interpretar y aplicar el artículo 13 de la Convención Americana relativo a la libertad de expresión. Sin embargo, fue justamente el primer caso sobre esta materia el que sirvió de contexto al tribunal para condenar la censura previa, como condición de garantía del derecho fundamental a la libertad de expresión. En *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*, mejor conocido como “*la última tentación de Cristo*”, el tribunal interamericano ordenó al Estado suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película en cuestión⁴⁶. Sin

⁴⁶ La disposición en comento establece literalmente: “el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de *suprimir la censura previa* para permitir la exhibición de la película “*La Última Tentación de Cristo*”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la

embargo, el efecto no se confinó al caso concreto, sino que se extendió a una prohibición generalizada de la censura previa cinematográfica en el Estado chileno con un mensaje extensible a la comunidad regional.

Más allá de la rectitud de las motivaciones ideológicas que pudieron haber motivado la providencia, debe tenerse en cuenta lo siguiente: al tiempo que se tramitaba la causa internacional, los poderes ejecutivo y legislativo debatían localmente esta misma cuestión con argumentos razonables a favor y en contra de la eliminación de aquella figura, y fue justamente la sentencia del órgano internacional la que zanjó la deliberación interna. Es de notar, pues, que el peso de la condena tuvo también un valor simbólico muy importante y surtió sus efectos, tal como pretendían los demandantes.

Si se mira con atención, la medida adoptada por la CorteIDH se caracterizó por su múltiple funcionalidad. Así, de una parte, se trata de una fórmula para hacer cesar el hecho ilícito internacional, de modo que retirando la ley del sistema jurídico nacional se elimina también la causa última que soporta la negativa de exhibición de la película. En este sentido, se reparó la afectación al derecho a la libertad de expresión ocasionado con tal negativa y, adicionalmente, se ofreció una garantía para que hechos similares no se repitan, no sólo en perjuicio de los peticionarios, sino de toda la sociedad.

3.1.2. Las leyes de amnistía como obstáculos para la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves a los derechos humanos

El caso *Castillo Páez* (en que es demandado Perú) es la primera oportunidad en la que el tribunal interamericano ordena a un Estado—dentro de los puntos resolutivos de la sentencia de reparaciones—que adopte las disposiciones de Derecho interno necesarias para

presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto” (cursiva fuera de texto). Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, cit., punto resolutivo núm. 4.

cumplir con la obligación de investigar, identificar y sancionar a los responsables de los agravios perpetrados contra la víctima reconocida en un litigio internacional. La CorteIDH utiliza aquí un lenguaje tímido —por llamarlo de algún modo— al punto que apenas leyendo las consideraciones expuestas a lo largo del fallo puede deducirse claramente que la intención del tribunal fue indicar al Estado la inconveniencia de la ley de amnistía y su necesidad de derogación⁴⁷. En estricto sentido, la sentencia no posee todas las características de aquellas en las cuales el tribunal abierta y deliberadamente ordena la derogatoria de una norma nacional; sin embargo, este precedente sirvió de referencia y soporte para el paradigmático caso *Barrios Altos*, en el que la CorteIDH declara con efectos generales la incompatibilidad de las normas de autoamnistía con la Convención Americana y correlativamente sostiene que éstas “carecen de efectos jurídicos”, en los siguientes términos:

Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

⁴⁷ En el punto resolutivo núm. 2 de la condena de reparaciones el tribunal ordena: “Que el Estado del Perú debe investigar los hechos del presente caso, identificar y sancionar a sus responsables y *adoptar las disposiciones necesarias en su derecho interno para asegurar el cumplimiento de esta obligación*” (cursiva fuera de texto). Ahora bien, en el párr. 105 de la misma sentencia la Corte retoma las consideraciones planteadas en la sentencia de fondo y reitera que “entre las «dificultades del orden interno [que] impid[en] identificar a los individuos responsables por los delitos de esta naturaleza», se encuentra esa Ley de amnistía expedida por el Perú (*supra* 68.C.e.), debido a que esa ley obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a los familiares de la víctima conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente”. Caso Castillo Páez vs. Perú, cit.

Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.⁴⁸

La contundencia de la posición adoptada por la Corte en el caso *Barrios Altos* —reiterada años más tarde en *Almonacid Arellano*⁴⁹— levantó una fuerte polémica. No queda claro, entre otras cosas, si la Corte Interamericana decreta que el Estado internamente ajuste su ordenamiento jurídico con un acto de derogación/anulación de la ley de amnistía o si intenta lograr por sí misma tal derogación. El cuestionamiento es razonable si se mira desde la perspectiva que proporcionada por los términos expresados en el texto de la sentencia: “Declarar que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son

⁴⁸ Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrs. 43-44.

⁴⁹ El punto resolutivo núm. 6 del fallo establece: “El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los *responsables de otras violaciones similares* acontecidas en Chile, conforme a lo señalado en el párrafo 145 de esta Sentencia” (cursiva fuera de texto). Del análisis del texto resulta interesante como el mismo el tribunal enmarca su mandato dentro del concepto de *garantías de no repetición* al reconocer expresamente el efecto frente a terceros que se colige de la corrección de la falla institucional representada en la ley de amnistía. Fundamentada en la doctrina expuesta por primera vez en *Barrios Altos*, la Corte reitera la prohibición de las leyes de amnistía insistiendo que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. cit., párr. 41.

incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos”⁵⁰. El tenor literal sugiere que el tribunal regional se presenta a sí mismo con el poder de anular y/o derogar leyes internas; como esto resulta inconcebible (por ser contrario a la asignación de competencia recibida por la Corte de manos de los Estados), más vale reconocer que el espíritu del fallo apunta sólo a ordenar al Estado que elimine la norma del sistema jurídico declarando su invalidez absoluta.

Pocos meses después del caso *Almonacid Arellano*, la CorteIDH reiteró su doctrina sobre la prohibición de las autoamnistías con ocasión del caso *La Cantuta vs. Perú*. Sin embargo, debido a que en este proceso el Estado peruano probó que aun cuando su legislación sobre amnistías había sido aplicada a las víctimas, ésta había sido posteriormente derogada conforme la sentencia del caso *Barrios Altos*. La Corte, por eso, se limita a declarar la violación del artículo 2 mientras la legislación estuvo vigente, pero no tuvo que recurrir a dictaminar ninguna GNR, como queda claro de la resolución emitida por el tribunal:

El Estado incumplió su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno a fin de adecuar la normativa interna a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establecida en el artículo 2 de la misma, en relación con los artículos 4, 5, 7, 8.1, 25 y 1.1 del mismo tratado, durante el período en que las “leyes” de amnistía No. 26.479 de 14 de junio de 1995 y No. 26.492 de 28 de junio de 1995 fueron aplicadas en el presente caso. Con posterioridad a ese período y en la actualidad, no ha sido demostrado que el Estado haya incumplido con dicha obligación contenida en el artículo 2 de la Convención, por haber adoptado medidas pertinentes para suprimir los efectos que en algún momento pudieron generar las “leyes” de amnistía, las cuales no han podido generar efectos, no los

⁵⁰ Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Fondo, cit., punto resolutivo núm. 4.

tienen en el presente ni podrán generarlos en el futuro, en los términos de los párrafos 81 a 98 y 165 a 189 de la presente Sentencia.⁵¹

Curiosamente la tendencia que traía el tribunal en los casos expuestos presenta una inconsistencia en uno de los dos casos más recientes: *Gomez Lund vs. Brasil*⁵². El factor diferencial de esta sentencia

⁵¹ Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, punto resolutive núm. 8.

⁵² Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219. Este ha sido un caso muy polémico en el continente, fundamentalmente porque los argumentos del Estado de manera muy sólida expresaron las particularidades de la ley brasileña y la interpretación que de ella había hecho el Supremo Tribunal Federal para declarar su constitucionalidad, diferenciándolos de los precedentes peruano y chileno; más sin embargo, la Corte acudió a una especie de ampliación de su primigenia regla sobre la prohibición de las autoamnistías, dando cobertura a otros supuestos sobre la base de brindar protección a los derechos de las víctimas de graves violaciones a los DDHH. Uno de los argumentos centrales del Estado expresaba: “[una] característica distintiva de la amnistía brasileña [es] su *bilateralidad y reciprocidad*, puesto que la misma no comprendió solamente a los agentes del Estado, sino que, desde el principio, *su propósito fue abarcar a ambos lados del conflicto político-ideológico*. Señaló también que la restricción establecida en el párrafo segundo del artículo primero de la referida ley, que exceptuaba la aplicación de sus beneficios respecto de ciertas conductas, no fue aplicada por la jurisprudencia brasileña, argumentando que se crearía un tratamiento desproporcionado de la amnistía puesto que esta era general e irrestricta. Para comprender el fondo de la Ley de Amnistía es necesario tener presente que ésta se inserta en un *amplio y paulatino proceso de apertura política y de redemocratización del país*” (párr. 133, cursivas fuera de texto). Frente a los alegatos del Estado, la CorteIDH dijo reiterar su doctrina, aunque como se mencionó, en realidad hizo una lectura más amplia de los precedentes. Las palabras del tribunal fueron: “En cuanto a lo alegado por las partes respecto de si se trató de una amnistía, una autoamnistía o un «acuerdo político», la Corte observa, como se desprende del criterio reiterado en el presente caso (supra párr. 171), que la incompatibilidad respecto de la Convención incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe sólo a las denominadas «autoamnistías». Asimismo, como ha sido señalado anteriormente, el tribunal más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la Ley de Amnistía, atiende a su *ratio legis*: dejar impunes graves violaciones al derecho internacional cometidas por el régimen militar. La

obra en el hecho de que no se decretó en la parte resolutive del fallo una GNR dirigida a la modificación legislativa o de la práctica judicial respecto de la Ley de amnistía —incluso haciendo caso omiso a las solicitudes de la Comisión y los representantes— a pesar de sendas consideraciones sobre la incompatibilidad de la mencionada Ley con la Convención y la consecuente declaración de la violación del artículo 2 CADH. ¿Por qué razón la CorteIDH omitió ordenar expresamente la derogación de la ley o la necesidad de su adecuación a los parámetros convencionales como lo venía haciendo? De la lectura de la sentencia no puede inferirse una respuesta a esta pregunta; circunstancia que resulta todavía más llamativa si se contrasta este fallo con el más reciente caso sobre el tema: *Gelman vs. Uruguay*⁵³.

En este último fallo en materia de amnistías, tan solo unos meses después de *Gomez Lund*, la CorteIDH regresó a su anterior práctica de acuerdo con la cual una vez declarada la incompatibilidad de la ley (en este caso Ley de Caducidad de la acción punitiva del Estado) se ordena en la parte resolutive una GNR, la cual en todo caso preserva un amplio margen de discreción para las autoridades nacionales. El texto de la orden reza:

El Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia

incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención” (párr. 175).

⁵³ Caso *Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos [...] ⁵⁴

Los casos reseñados en los cuales la CorteIDH conminó directamente al Estado para que elimine los efectos jurídicos de una ley de amnistía, se unen a otros en los que el tribunal ordenó modificaciones legales con el fin de remover obstáculos legales a la investigación y sanción de responsables de violaciones graves a derechos humanos. Este grupo de casos, en definitiva, fijó un estándar ya hoy consolidado en el sistema regional de acuerdo con el cual las leyes de amnistía son contrarias a las obligaciones generales contenidas en la Convención Americana. Sin embargo, la cuestión no está plenamente resuelta y sigue generando interés, puesto que de una lectura de la jurisprudencia interamericana lo que no resulta tan claro es la titularidad del derecho que se protege con la prohibición general de las leyes de amnistía. ¿Son la investigación y sanción de los responsables un derecho en cabeza de las víctimas? ¿Es la sociedad en su conjunto la titular de este derecho? ¿La obligación de investigar y sancionar es más bien fruto y expresión del *ius punendi* en cabeza del Estado?

Hay argumentos en los tres sentidos; en todo caso, cualquiera que sea la respuesta a estos interrogantes no podrá desconocerse el principio, ya muy afianzado en la región, de prohibición general de todo tipo de disposiciones legales con las cuales se impida la investigación, juzgamiento, sanción y reparación de graves violaciones a DDHH⁵⁵. Y es justamente este principio el que ha servido tanto de fundamento como de finalidad de las medidas establecidas por la Corte Interamericana en

⁵⁴ *Ibid.*, punto resolutivo núm. 11.

⁵⁵ Al margen de este argumento, puede plantearse una pequeña glosa en el sentido de señalar que este es uno de esos desarrollos jurisprudenciales que ofrece mayor preocupación de cara a buscar salidas a conflictos internos, como el colombiano, a través de procesos de justicia transicional. Algunas notas al final del capítulo 4 agregan luces sobre esta problemática.

los casos *Castillo Páez*, *Barrios Altos*, *Almonacid Arellano*, *La Cantuta* y *Gelman* al ordenar a los respectivos Estados la supresión de los efectos jurídicos de las normas que establecen amnistías generales. Sin lugar a dudas, estas resoluciones no sólo favorecen a las víctimas del caso internacional; al tratarse de la derogatoria o anulación de una ley, se enmarcan dentro de aquellas medidas que alertan sobre una falla estructural del sistema nacional y se encaminan a prevenir nuevas violaciones a la Convención Americana por el mismo motivo.

3.1.3. *Eliminación de obstáculos legales para garantizar un adecuado acceso a la justicia*

Como se ha indicado anteriormente, muy seguramente el mandato de la Corte regional con la intención de que un Estado modifique su orden interno con miras a adaptarlo a los imperativos convencionales, exige por sí mismo el proceso de derogación de normas vigentes así como creación de otras nuevas, sin necesidad de que el mismo tribunal deba indicarlo expresamente. De cualquier manera, los casos *Yatama* y *Usón Ramírez* ilustran cómo la Corte se toma el trabajo de indicar con precisión que las modificaciones legales que estaba ordenando en la providencia requerían la derogación de normas contrarias que en el caso concreto habían imposibilitado un adecuado acceso a la justicia de las víctimas.

Particularmente, en el caso *Yatama vs. Nicaragua*⁵⁶ —al examinar las provisiones legales y actuaciones administrativas del Estado nicaragüense en el contexto de participación política de comunidades indígenas y el reclamo de la organización Yatama ante la negativa del ente nacional encargado de habilitar su participación en comicios nacionales— el tribunal concluyó que la conducta del Estado no cumplió con los lineamientos contenidos en los artículos 8 y 25 de la CADH en el

⁵⁶ Caso *Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

sentido de verificar las garantías judiciales mínimas incluso en procesos administrativos y proveer un recurso sencillo, rápido y efectivo para las víctimas. En estas circunstancias, se ordenó al Estado como modalidad de reparación que adoptara en un plazo razonable, las medidas legislativas necesarias para establecer un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo con el objeto de controlar las decisiones del Consejo Supremo Electoral que afecten derechos humanos, tales como los derechos políticos y se *derogaran todas aquellas normas que imposibilitaran el acceso a este recurso*⁵⁷.

Por su parte, el tribunal interamericano en el caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*⁵⁸, con el fin de refrendar el estándar internacional que establece que la jurisdicción militar es restringida y únicamente tiene competencia para el juzgamiento de militares en ejercicio y por delitos de función, ordenó expresamente al Estado venezolano que *derogue todas las normas internas incompatibles con dicho principio* y, en consecuencia, se modifique el código de justicia militar y se establezcan legalmente los límites de esta jurisdicción⁵⁹.

Los dos casos tendieron a remover obstáculos legales que imposibilitaron en perjuicio de las víctimas el derecho de acceso a la justicia en el plano local, entendido éste desde el contenido prescrito en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana y de acuerdo con el alcance que la propia CorteIDH ha definido en su jurisprudencia, fundamentalmente a través de estándares.

Dos de esos estándares quedan expresos en los fallos referidos. Del primer caso se desprende que las garantías judiciales del artículo 8.1 deben ser respetadas tanto por los jueces como por cualquier otra autoridad pública, no judicial, que dicte resoluciones que puedan afectar los derechos de los particulares. La medida adoptada en este caso tiende

⁵⁷ Cfr., *ibid.*, punto resolutiveo núm. 9.

⁵⁸ Caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.

⁵⁹ Cfr., *ibid.*, punto resolutiveo núm. 8.

a la modificación de una situación defectuosa que beneficia ya no sólo a la víctima, sino a todas las organizaciones indígenas, a toda persona en ejercicio de su derecho de participación política e incluso resulta trasladable a otros supuestos. En el segundo, más allá de la víctima, no sólo se protege de la jurisdicción militar a los militares retirados o fuera del ámbito de sus funciones, sino también a cualquier civil. En este sentido ha quedado probado que las resoluciones adoptadas tienen la función de precaver situaciones futuras similares que favorecen a toda una colectividad. Y aunque evidentemente son muchas más las medidas definidas por los jueces interamericanos con el mismo propósito de remoción de obstáculos legales para la garantía del derecho de acceso a la justicia, se referencian sólo estos dos fallos en razón de la literalidad de la orden emitida por el tribunal requiriendo una *derogatoria de tipo legal*.

3.1.4. Remoción de leyes y condiciones incompatibles con el derecho a la integridad personal

El caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago* es un ejemplo ilustrativo de toda la variedad de contenidos impresos en las “medidas de reparación” ordenadas por la Corte Interamericana⁶⁰. Se ponen de manifiesto en él cuál es la comprensión que tiene la propia Corte de su competencia respecto de la derogación de normas internas, por un lado, y la combinación de resoluciones tendientes a modificar, crear y derogar normativas y prácticas del orden nacional con diversos destinatarios, por otro.

El caso *Caesar* es emblemático en el sistema interamericano porque resulta ser la primera vez en la que el tribunal tiene la oportunidad de declarar la incompatibilidad de las leyes que permiten imposición de penas corporales con la Convención Americana. De acuerdo con el fallo,

⁶⁰ Caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C No. 123.

la Ley de Penas Corporales de Trinidad y Tobago que otorgaba a la autoridad judicial la opción de ordenar, además del encarcelamiento, la imposición de penas corporales de flagelación constituía una violación del derecho a la integridad personal toda vez que este tipo de castigos entrañan formas de tortura y tratos crueles e inhumanos. Consecuentemente, el tribunal establece que el Estado debe *derogar* la citada ley⁶¹. Sin embargo, consciente del impedimento constitucional que representa la “cláusula de exclusión” que había privado la posibilidad en el nivel interno de impugnar tal Ley, se ordena también la *modificación* de la norma constitucional por ser contraria al artículo 25 CADH y con el fin de habilitar la impugnación de la norma⁶².

Adicionalmente, dado el contexto general del caso, la Corte ordena *adoptar* las medidas necesarias para que las condiciones de detención en las cárceles de Trinidad y Tobago se adecúen a las normas internacionales de derechos humanos⁶³, pues quedaron probadas las deficientes condiciones carcelarias generales en relación con salud, higiene, servicios de salud, hacinamiento, entre otros, circunstancias todas incompatibles con las exigencias del artículo 5.2 de la Convención.

A la luz de estas resoluciones, puede sostenerse que las medidas definidas por la CorteIDH con el objeto de *reparar* a la víctima, amplían su círculo de influencia en cuanto advierten al Estado sobre fallas estructurales en su sistema, de modo que su corrección virtualmente supondría la garantía del derecho a la integridad personal de un número indeterminado de personas que podrían llegar a ser condenadas a pena de prisión o castigo conforme la ley de penas corporales. La decisión del tribunal también muestra que el destinatario último de las órdenes

⁶¹ Cfr., *ibid.*, punto resolutivo núm. 3 en el que se establece: “El Estado debe adoptar, dentro de un plazo razonable, las medidas legislativas o de otra índole necesarias para *derogar la Ley de Penas Corporales* (para Delincuentes Mayores de 18 años) [...]” (cursiva fuera de texto).

⁶² Cfr., *ibid.*, punto resolutivo núm. 4.

⁶³ Cfr., *ibid.*, punto resolutivo núm. 5.

emitidas no siempre será el legislador, pues de hecho, en este caso, las mejoras requeridas en las condiciones carcelarias suponen la acción de otras autoridades públicas con el fin de dar cumplimiento a los estándares que en esta materia la CorteIDH ha ido adoptando a la luz de las prescripciones del artículo 5 CADH y los desarrollos tanto del sistema regional como universal para interpretar el alcance de aquellas obligaciones.

Este fallo, dada la pluralidad de órdenes decretadas, sirve además de “puente” para señalar las otras muchas sentencias en las que el tribunal interamericano al declarar la responsabilidad internacional del Estado le ha mandado adoptar nuevas leyes, instituciones, políticas y prácticas ajustadas a sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, como se seguirá exponiendo.

3.2. CREACIÓN Y ADOPCIÓN DE NORMAS, MECANISMOS, POLÍTICAS Y PRÁCTICAS AL INTERIOR DEL ESTADO

En el conjunto de la jurisprudencia interamericana pueden identificarse cincuenta y seis resoluciones adoptadas por la CorteIDH en contra de Estados del continente cuyo contenido se orienta directamente a la creación o adopción de normas, mecanismos, políticas y/o prácticas en el nivel nacional con el fin de salvaguardar los derechos reconocidos en el Pacto regional a favor de las víctimas del caso concreto, ampliando sus efectos incluso en beneficio de un grupo social más extenso. Esta cincuentena de medidas a las que se hace alusión, a su vez, puede ser sub-clasificada según su fin: (i) crear nuevas leyes, (ii) crear mecanismos o instituciones, (iii) crear o adoptar políticas y/o prácticas a cargo de agentes públicos.

3.2.1. Tipificación de delitos y creación de nuevas leyes

La homologación por parte de la CorteIDH del acuerdo logrado entre el Perú y las víctimas del legendario caso *Barrios Altos* fue la primera ocasión que tendría el tribunal de incluir dentro de la parte resolutive de su sentencia una orden dirigida al Estado que le exigía la tipificación del delito de ejecuciones extrajudiciales. Si bien este dictamen tuvo su primer origen en la propia voluntad del Estado, no es menos cierto que al haber sido incorporado como parte del fallo internacional alentó al tribunal en esta línea, convirtiéndose en un antecedente de peso para las resoluciones de los casos *Trujillo Oroza*⁶⁴ y *Gómez Lund*⁶⁵ en los que de modo expreso la CorteIDH ordenó a Bolivia y Brasil, respectivamente, la tipificación del delito de desaparición

⁶⁴ Caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, punto resolutive núm. 2. El caso en cuestión indudablemente representa uno de los hitos más significativos de la jurisprudencia interamericana en materia de desapariciones forzadas sentando bases importantes sobre los estándares regionales que perdurarán en esta cuestión. No obstante, llama la atención la falta de coherencia entre la sentencia de fondo y la de reparaciones. Mientras en la primera no se declara la violación del artículo 2 CADH, en la segunda se sustenta la orden de la adopción legislativa en el artículo mencionado, que para ese momento ya no podría haber sido declarado trasgredido.

⁶⁵ Caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, cit., punto resolutive núm. 15. La falencia señalada en el pie de página anterior resulta remediada en los fundamentos del presente caso, en el cual la CorteIDH conecta claramente la medida ordenada con el alcance que tiene el contenido del artículo 2 CADH: “de acuerdo con la obligación emanada del artículo 2 de la Convención Americana, Brasil debe adoptar las medidas que sean necesarias para tipificar el delito de desaparición forzada de personas de conformidad con los estándares interamericanos. Esta obligación vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto. En tal sentido, como esta Corte ha señalado anteriormente, el Estado no debe limitarse a impulsar el proyecto de ley correspondiente, sino que también debe asegurar su pronta sanción y entrada en vigor, de acuerdo con los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico interno. Mientras cumple con esta medida, el Estado deberá adoptar todas aquellas acciones que garanticen el efectivo enjuiciamiento y, en su caso, sanción de los hechos constitutivos de desaparición forzada a través de los mecanismos existentes en el derecho interno” (párr. 287).

forzada de personas, como un medio imprescindible para proteger los derechos a la vida e integridad personal de los artículos 4 y 5 CADH, en relación con la garantía general del 1.1 CADH que exige la adecuada investigación, juicio y sanción de los responsables por violaciones a los derechos convencionales, vinculando en la última sentencia también el artículo 2 CADH. Con una intención similar, recientemente la Corte ordena a República Dominicana en el caso *González Medina*⁶⁶—referido a investigaciones de desapariciones forzadas— que acoja en normas y garantice la adecuada aplicación de estos derechos por parte de los funcionarios públicos, de conformidad con las exigencias del artículo 2 CADH.

El caso *Contreras y otros*⁶⁷ resulta muy llamativo dentro del marco que se analiza puesto que la CorteIDH omitió ordenar al Estado (en la parte resolutoria) la adopción del tipo penal de desaparición forzada de personas aunque los hechos eran análogos a los de los casos ya mencionados y las consideraciones formuladas por el tribunal muy similares. La inquietud se acrecienta si se sigue el texto de las consideraciones sobre las reparaciones en el que se lee:

[E]l Tribunal exhorta al Estado a continuar con el trámite legislativo y a adoptar, en un plazo razonable y de acuerdo con la obligación emanada del artículo 2 de la Convención Americana, las medidas que sean necesarias para tipificar el delito de desaparición forzada de personas de conformidad con los estándares interamericanos. Esta obligación vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto. En tal sentido, como esta Corte ha señalado anteriormente, el Estado no debe limitarse a impulsar el proyecto de ley correspondiente, sino que también debe asegurar su pronta sanción y entrada en vigor, de acuerdo con los procedimientos establecidos en

⁶⁶ Caso *González Medina y familiares vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012 Serie C No. 240, punto resolutivo núm. 9.

⁶⁷ Caso *Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232.

el ordenamiento jurídico interno. Mientras cumple con esta medida, el Estado deberá adoptar todas aquellas acciones que garanticen el efectivo enjuiciamiento y, en su caso, sanción de los hechos constitutivos de desaparición forzada a través de los mecanismos existentes en el derecho interno.⁶⁸

Entonces, cabe preguntarse si una omisión de este tipo en el año 2011 —con los precedentes que se tienen— obedece a un error técnico en la elaboración de la sentencia o a una decisión consciente producto de la “auto-restricción” del tribunal que pone de manifiesto un más alto grado de confianza en los Estados sobre la base de sentencias “meramente exhortativas”. Cualquier respuesta que se dé sólo puede ser el resultado de meras conjeturas, puesto que esta sentencia no cuenta siquiera con algún voto individual que pueda dar luces del debate al interior del tribunal. Vale la pena dejar constancia de la cuestión porque, quizá, puede resultar en una pieza ilustrativa que apoye la idea de una Corte actual más prudente o menos invasiva, según como se vea.

Regresando a la vertiente de ejemplos en el campo penal, se cuentan además los fallos *Chaparro Álvarez*⁶⁹, en el que se exigió al Ecuador que introdujera una medida legislativa y administrativa por medio de la cual se eliminaran de oficio los antecedentes penales de las personas absueltas o sobreseídas definitivamente en el entendido de que “el proceso no puede suponer un perjuicio ni carga adicional para una persona inocente”⁷⁰, y el fallo *Forneron e hija*⁷¹, en el cual se requirió a la Argentina introducir un delito que sancione la venta de niños, como condición para su mejor protección en el ordenamiento local, a la luz de los artículos 2 y 19 CADH.

⁶⁸ *Ibid.*, párr. 219.

⁶⁹ Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, punto resolutive núm. 12.

⁷⁰ *Ibid.*, párr. 270.

⁷¹ Caso Forneron e hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, punto resolutive núm. 4.

Junto a lo anterior, los casos guatemaltecos *Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes* fueron la oportunidad para que la CorteIDH pusiera de presente la exigencia del artículo 4.6 CADH en cuanto prevé que “toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena”⁷². En consecuencia, se le ordenó al Estado adoptar un procedimiento para garantizar el trámite de dichas solicitudes, regulación que debía determinar con precisión la autoridad facultada para conceder tales prerrogativas, los supuestos de procedencia y el trámite respectivo.

En otro orden, merecen destacarse también las medidas adoptadas por el tribunal con el fin de que el Estado cree un procedimiento para obtener declaración de ausencia y presunción de muerte por desaparición forzada⁷³; que se establezca un recurso judicial para controlar decisiones de una autoridad administrativa como el Consejo Nacional Electoral⁷⁴; la regulación de un procedimiento con sujeción a estrictas condiciones para adquirir la nacionalidad, tanto como el recurso efectivo que pueda resolver los casos de denegación⁷⁵; la creación de un procedimiento administrativo para la tramitación y resolución de solicitudes de información en poder del Estado⁷⁶; así como la aprobación de un código de ética judicial⁷⁷.

⁷² Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, punto resolutiveo núm. 10; Caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, punto resolutiveo núm. 7.

⁷³ Caso *Molina Theissen vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas, cit., punto resolutiveo núm. 7.

⁷⁴ Caso *Yatama vs. Nicaragua*, cit., punto resolutiveo núm. 9.

⁷⁵ Caso de las Niñas *Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, punto resolutiveo núm. 8.

⁷⁶ Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, punto resolutiveo núm. 7.

⁷⁷ Caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y

Finalmente, merece mención especial la sentencia del *Pueblo de los Saramaka*⁷⁸, tanto por las medidas decretadas como por el impacto que éstas han tenido en el derecho interno de otros países del continente, que al igual que Surinam, se enfrentan al difícil ejercicio de llevar a cabo un balance entre los proyectos de inversión y desarrollo a gran escala, por un lado, y la protección de los derechos de comunidades ancestrales, por otro. Si bien las GNR hacen referencia exclusivamente al pueblo de los Saramakas y por esta razón desde un punto de vista estricto no hay efectos colectivos que trasciendan el caso, la interpretación que ha hecho el tribunal regional de los artículos 21, 25, 1.1 y 2 de la CADH en el contexto de un *corpus iuris* internacional más extenso sobre esta materia, ha sido ampliamente entendida con alcances colectivos en favor de otros pueblos ancestrales del continente.⁷⁹

En efecto, la decisión del caso *Saramaka* es precursora en la jurisprudencia internacional en favor del reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas, entre otras razones, porque en ella se establece el deber de consulta previa a cargo del Estado como un derecho comunitario a favor de aquellos, en todas esas situaciones en las que un proyecto público pueda llegar a afectar a una población de tales características. Este llamado derecho de consulta previa, en el entender de la CorteIDH, no sólo le exige al Estado prever el mecanismo eficaz para llevarla a cabo, sino que además compromete a las autoridades públicas a realizar estudios técnicos cualificados de impacto social y

Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, punto resolutivo núm. 9; también caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, punto resolutivo núm. 9.

⁷⁸ Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

⁷⁹ Un análisis en este sentido puede verse en el siguiente estudio: L. BRUNNER, "The Rise of Peoples' Rights in the Americas: The Saramaka People Decision of the Inter-American Court of Human Rights", *Chinese Journal of International Law* 7, no. 3 (2008) 699-711.

ambiental de la obra, así como estrategias idóneas para minimizar las afectaciones a estos grupos vulnerables y garantizarles el disfrute compartido de los beneficios. El alcance de esta decisión llega incluso a plantear el dilema sobre la necesidad del consenso comunitario como condición para el emprendimiento de planes de desarrollo de gran envergadura. Los debates sobre esta cuestión siguen vigentes, debido a las implicaciones prácticas de las palabras proferidas por el tribunal:

El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka [...]

El Estado debe asegurar que se realicen estudios de impacto ambiental y social mediante entidades técnicamente capacitadas e independientes y, previo al otorgamiento de concesiones relacionadas con proyectos de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, e implementar medidas y mecanismos adecuados a fin de minimizar el perjuicio que puedan tener dichos proyectos en la capacidad de supervivencia social, económica y cultural del pueblo Saramaka [...]⁸⁰

Además de lo expuesto, esta sentencia tiene singular interés para efectos del presente estudio, puesto que plantea la necesaria articulación entre los órganos del Estado para llevar a cabo el proceso de adecuación del ordenamiento interno conforme las prescripciones internacionales. Como puede deducirse de las órdenes emanadas del tribunal, su cabal cumplimiento no se agota con la introducción o reconocimiento de una figura jurídica de carácter legal —como sería el

⁸⁰ *Ibid.*, puntos resolutivos núm. 8 y 9.

derecho de consulta previa—, sino que necesariamente requiere el diseño de una política pública en materia de inversiones y planes de desarrollo a gran escala compatible con el respeto de los DDHH en sus derroteros actuales, así como la implementación de acciones concordantes que combinan distintos niveles de autoridad interna.

Por lo anterior, este caso —además de contener una GNR dirigida a la adopción de normatividad— es un buen ejemplo de introducción tanto de GNR orientadas a establecer mecanismos para la protección efectiva de DDHH, como de GNR relativas al diseño de políticas públicas y adopción de prácticas por parte de agentes del Estado, las dos subclasificaciones que se presentarán a continuación.

3.2.2. Adopción de mecanismos que facilitan el respeto y garantía de los derechos humanos

Las personas que se encuentran bajo custodia del Estado en centros de detención y cárceles han merecido una atención significativa por parte del tribunal interamericano, quien se ha preocupado desde los primeros casos peruanos por alertar sobre las condiciones mínimas que el Estado debe garantizar a ese grupo humano para que el tratamiento que se les provea sea compatible con su dignidad intrínseca. Incluso en aquellas situaciones en las que la seguridad nacional y el orden público han sido los principales argumentos para justificar medidas excepcionales de derecho penal, la CorteIDH de manera consistente ha establecido los estándares convencionales más importantes derivados de los artículos 5 y 7 CADH, que protegen la integridad y libertad personales, bienes jurídicos especialmente en juego bajo circunstancias de detención. Para asegurar la efectividad de tales estándares el tribunal se ha encargado de exigir a los Estados numerosas GNR tanto en el nivel de adopción como en el de modificación de condiciones carcelarias, como se mostrará en su momento.

En ese contexto, a partir del año 2001, la CorteIDH adoptó como GNR medidas tendientes a establecer mecanismos para controlar la

legalidad de las detenciones y prevenir el abuso de la fuerza en perjuicio de los detenidos. Es así como en los casos de la “*Panel blanca*” y *Juan Humberto Sánchez* se requirió a Guatemala y Honduras, respectivamente⁸¹, la creación de un registro público de detenidos; en el 2004 se le exigió al Ecuador, con la sentencia *Tibi*⁸², la creación de un Comité interinstitucional encargado de definir y ejecutar programas de capacitación en DDHH y tratamiento de reclusos; en el fallo *Gutiérrez Soler*⁸³, del 2005, se le ordenó a Colombia el fortalecimiento de un

⁸¹ Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C No. 76, punto resolutivo núm. 4; Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, punto resolutivo núm. 12.

⁸² Caso *Tibi* vs. Ecuador, cit., punto resolutivo núm. 13.

⁸³ Caso *Gutiérrez Soler* vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, punto resolutivo núm. 6. Un dato interesante de este caso que merece precisarse es el sustento jurídico que la CorteIDH le da a su resolución. Al incorporar directamente el párrafo 112 de la sentencia a la parte resolutive, el alcance de la medida ordenada queda sujeto a las directrices allí señaladas expresamente, esto es: “Los referidos mecanismos de control deben incluir, *inter alia*: a) la realización de exámenes médicos que respeten las normas establecidas por la práctica médica a toda persona detenida o presa. Concretamente, se llevarán a cabo en privado bajo control de los médicos y nunca en presencia de agentes de seguridad u otros funcionarios del gobierno. Dichos exámenes se efectuarán con la menor dilación posible después del ingreso del detenido en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, aquél recibirá atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario; b) la evaluación psicológica regular de los funcionarios encargados de la custodia de las personas privadas de la libertad, con el propósito de asegurar que dichas personas presentan un adecuado estado de salud mental; y c) acceso frecuente a dichos centros para los funcionarios de organismos apropiados de control o de protección de derechos humanos”. Estos criterios no son una creación del tribunal, como él mismo lo expresa al indicar que la adopción de esas medidas deberá realizarse bajo la guía de las siguientes referencias: “O.N.U., Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, principios 24 y 29; y O.N.U., Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas

mecanismo de control que cuente con exámenes médicos regulares con la finalidad de prevenir y atender los casos de torturas y malos tratos en centros de detención; en el 2006 con la sentencia *Montero Aranguren* se le ordenó a Venezuela la creación de un “procedimiento o mecanismo eficaz, ante un organismo competente, imparcial e independiente, para la verificación e investigación de las quejas que sobre violaciones de los derechos humanos presenten las personas privadas de libertad”⁸⁴; y finalmente en el caso *Dacosta Cadogan*⁸⁵, de 2009, se introdujo una

cruels, inhumanos o degradantes, Adoptados por la Asamblea General en su resolución 55/89 Anexo, de 4 de diciembre de 2000, principio 6”.

⁸⁴ Caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, punto resolutive núm. 9, en el que se ordena al Estado adecuar el ordenamiento interno conforme con lo prescrito en el párrafo 144 de la sentencia.

⁸⁵ Caso *Dacosta Cadogan vs. Barbados*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Septiembre de 2009. Serie C No. 204, punto resolutive núm. 10, de acuerdo con el cual se establece que: “El Estado debe asegurar que todas las personas acusadas de un delito, cuya sanción sea la pena de muerte obligatoria, sean debidamente informadas, al inicio del procedimiento penal en su contra, de su derecho a obtener una evaluación psiquiátrica por parte de un psiquiatra empleado por el Estado”. Y aunque esta disposición resulta consecuente con la revisión que por primera vez hace la Corte de las pruebas psiquiátricas como parte de la garantía judicial en un proceso penal, particularmente, en el de este caso donde la consecuencia sería la pena de muerte, resultan muy curiosos y cuestionables los términos empleados en la resolución. Lo anterior por cuanto la orden emitida establece el derecho a evaluación psiquiátrica del procesado sólo en aquellos casos en donde el delito por el que se procesa tenga prevista la *pena de muerte obligatoria*, lo cual es muy paradójico porque justamente, la presente decisión confirma que la pena de muerte obligatoria es anti-convencional. Por tanto, ¿está la Corte reconociendo un derecho condicionado que se va a extinguir una vez el Estado cumpla la primera medida que se le ordenó, de la cual se deriva el deber de modificar el ordenamiento interno para eliminar las leyes y prácticas que conlleven imposición de pena de muerte obligatoria? ¿O hay un error en la redacción de la medida y lo que el tribunal en verdad ordena es el reconocimiento del derecho del acusado de una valoración psiquiátrica en aquellos casos en los cuales la pena de muerte puede ser una consecuencia del delito cometido?

medida sin precedentes, al requerirse a Barbados implementar la evaluación psiquiátrica obligatoria a las personas acusadas de delitos cuya sanción podía consistir en la pena capital.

Al anterior grupo se unen los mecanismos que el tribunal ha impulsado en favor de otro sector particularmente vulnerable: las personas que han sufrido desaparición forzada y sus familiares. Como es indiscutible que la sola legislación no resulta suficiente para resolver las investigaciones por desaparición forzada, las sentencias de los casos *Molina Theissen*⁸⁶, *Hermanas Serrano Cruz*⁸⁷ y *Anzualdo Castro*⁸⁸ exigieron la adopción de un sistema de información genética que facilitara la identificación de los desaparecidos y permitiera establecer sus lazos de filiación. Esta instrucción tiene una relevancia particular en el segundo fallo por cuanto en él se expone una práctica sistemática en contra de niños y niñas en contextos de conflicto armado interno, razón que justificó que en esa sentencia se requiriera la creación de una Comisión Nacional para la búsqueda de jóvenes desaparecidos⁸⁹.

El fallo de las *Hermanas Serrano Cruz* además es la primera oportunidad en la que el tribunal ordena como estrategia de búsqueda de desaparecidos la creación de páginas web. Aunque el alcance de esta instrucción sea exclusivo para las víctimas —siguiendo el tenor de la resolución—, ciertamente resulta ser un antecedente de la orden que con efectos generales se emite en los fallos *Campo Algodonero* y *Masacre*

⁸⁶ Caso *Molina Theissen vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas, cit., punto resolutivo núm. 8.

⁸⁷ Caso de las *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. cit., punto resolutivo núm. 17, en el que se remite a las medidas de los párrafos 192 y 193 relativas a la creación del sistema de información genética.

⁸⁸ Caso *Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, punto resolutivo núm. 7.

⁸⁹ Caso de las *Hermanas Serrano Cruz*, cit., punto resolutivo núm. 16, en cuanto remite a los párrafos 183 a 188 de la sentencia que prevén el funcionamiento de dicho organismo especializado.

*de las Dos Erres*⁹⁰. En todos estos casos la medida persigue facilitar la búsqueda de niños y jóvenes sustraídos y desaparecidos ilegalmente, bien sea a manos de agentes públicos o de particulares.⁹¹

⁹⁰ Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, punto resolutive núm. 20; Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, punto resolutive núm. 17, en el que a decir verdad se unen dos modalidades: la página web atada a una base de datos, mecanismo al que se hará referencia enseguida.

⁹¹ Un aspecto común a estos dos últimos fallos y que resulta muy llamativo es el nivel de detalle de la CorteIDH acerca de las condiciones de cumplimiento de una y otra resolución. Así por ejemplo, la decisión en *Masacre de las Dos Erres* remite a los términos de los párrafos 271 a 274 en los que se puntualiza que en la página web: “mediante la implementación de una base de datos, se difunda los nombres y apellidos, posibles características físicas y todos los datos con los que se cuente de dichos menores, así como, previo consentimiento informado, la de sus familiares. El objetivo de dicha página web será brindar orientación y acompañamiento a instituciones o asociaciones nacionales dedicados a la búsqueda de menores sustraídos y retenidos ilegalmente durante el conflicto interno, así como a particulares que se dirigen a ella buscando a dichos niños o con la sospecha de ser un menor sustraído y retenido ilegalmente durante el conflicto interno, y para facilitar el reencuentro con sus familiares”. Seguidamente, la Corte precisa “en dicha página web se deben establecer direcciones y teléfonos de contacto de instituciones estatales, así como de organizaciones de la sociedad civil como, por ejemplo, FAMDEGUA, con el propósito de que los menores sustraídos y retenidos ilegalmente durante el conflicto interno puedan ubicar a sus familiares, o a las instituciones estatales o no estatales pertinentes. Asimismo, la Corte considera indispensable que el Estado adopte las medidas necesarias para coordinar, desde la referida página web, además de los enlaces nacionales mencionadas anteriormente, enlaces internacionales con otras páginas web de otros Estados, de instituciones o asociaciones nacionales y de organismos internacionales dedicados a la búsqueda de menores sustraídos y retenidos ilegalmente en conflictos internos, con el fin de propiciar, participar y colaborar con la formación y desarrollo de una red internacional de búsqueda”. El tribunal también ordena al Estado que “adopte las medidas y asigne los recursos humanos, económicos, logísticos, y de otra índole necesarios para que esta página web funcione de manera adecuada y cumpla con el propósito descrito” y le da un año de plazo para cumplir con esta medida.

La importancia del caso de las *Hermanas Serrano Cruz* fue reivindicada por la misma CorteIDH en la sentencia *Contreras y otros* de nuevo contra El Salvador, puesto que en esta última se negaron las pretensiones de la Comisión y los representantes de las víctimas que buscaban la reiteración de las medidas adoptadas por el tribunal en la línea del sistema de información genética y una regulación especial para la Comisión Nacional de búsqueda de desaparecidos. El argumento de los jueces para negar dichas solicitudes se centra en recordar que las mismas órdenes estaban sujetas a supervisión de cumplimiento en la primera sentencia y que, por tanto, bastaba con aquellas prescripciones en razón de sus efectos colectivos⁹².

A los sistemas de información genética, comisiones de búsqueda y páginas electrónicas se suman las bases de datos como una estrategia que facilita los trabajos de investigación efectiva de las violaciones a DDHH. Una vez más, considerando el estatus de protección especial que merecen los niños y niñas, la CorteIDH ordenó a Honduras en el fallo *Servellón García* la creación de una base de datos unificada —a modo de registro de criminalidad— que debía ser compuesta entre todas las instituciones involucradas en la investigación, identificación y sanción

⁹² Esta posición del tribunal es muy llamativa puesto que contrasta con sus propios antecedentes, de acuerdo con los cuales se llega a reiterar en más de una oportunidad la misma instrucción al Estado que no ha demostrado en casos posteriores haber remediado la falla estructural advertida en con anterioridad. En esta línea pueden verse, a modo de ejemplo, los casos *Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), *Comunidad Indígena Sawhoyamaya* (2006) y *Comunidad Indígena Xákmok Kásek* (2010) en los que se ordena al Estado del Paraguay la adopción de un sistema eficaz para la reclamación de tierras ancestrales o tradicionales de los pueblos indígenas con el cual se resguarde su derecho a la propiedad comunal. Así, *Contreras y otros* se perfila una vez más como una sentencia que plantea dudas sobre los motivos que justifican el cambio de curso de la acción del tribunal, como se advirtiera anteriormente al exponer los casos en que se ordena la tipificación del delito de desaparición forzada.

de responsables por las muertes violentas de niños y jóvenes en situación de riesgo⁹³.

En la misma línea, pero con mayor detalle en relación con las condiciones de cumplimiento (como se advirtió atrás con la decisión de la *Masacre de las Dos Erres*), el ya mencionado fallo de *Campo Algodonero* —ampliamente conocido puesto que en él se denuncia la práctica sistemática de desaparición y muerte de mujeres en Ciudad de Juárez— le ordenó a México la creación y actualización permanente de una base de datos de víctimas⁹⁴. Como complemento de esta medida, según se anotó unos párrafos antes, la CorteIDH agregó la exigencia de una página electrónica de carácter permanente en la que se reporte la información personal necesaria de todas las mujeres, jóvenes y niñas que desaparecieron en Chihuahua desde 1993 y que continúan desaparecidas. Al decir del tribunal la unión de los dos mecanismos debería contribuir a obtener mayor información sobre las víctimas con el fin de facilitar los trabajos de investigación y procesamiento de responsables.

En otro orden de ideas y como es sabido, las comunidades indígenas también han recibido especial atención por parte del tribunal

⁹³ Caso *Servellón García y otros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, punto resolutivo núm. 14.

⁹⁴ Caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, cit., punto resolutivo núm. 21. De modo similar a lo que se advirtiera sobre el fallo de la *Masacre de las Dos Erres*, resulta llamativo el grado de detalle que ofrecen las resoluciones del tribunal en esta otra sentencia, por ejemplo, en cuanto sobre la base de datos específica que debe contener: " i) la información personal disponible de mujeres y niñas desaparecidas a nivel nacional; ii) la información personal que sea necesaria, principalmente genética y muestras celulares, de los familiares de las personas desaparecidas que consientan –o que así lo ordene un juez- para que el Estado almacene dicha información personal únicamente con objeto de localizar a la persona desaparecida, y iii) la información genética y muestras celulares provenientes de los cuerpos de cualquier mujer o niña no identificada que fuera privada de la vida en el estado de Chihuahua".

regional. A su favor se ha ordenado en varias oportunidades la implementación de un mecanismo eficaz para la delimitación, demarcación y titulación de tierras ancestrales, como exigencia del derecho de propiedad contenido en el artículo 21 CADH. Las decisiones de los casos *Mayagna*⁹⁵, *Moiwana*⁹⁶, *Yakye Axa*⁹⁷, *Sawhoyamaxa*⁹⁸, y *Xákmok Kásek*⁹⁹, demuestran tal interés mediante el dictado de *garantías de no repetición*.

Finalmente, los hechos desafortunados de la *Masacre de la Rochela* en los que se pusieron de relieve las condiciones de violencia e inseguridad del territorio colombiano, condujeron a que la CorteIDH ordenara al Estado la adopción de un sistema de seguridad y protección personal para operadores judiciales, extensivo a testigos, víctimas y familiares vinculados a procesos de investigación y juzgamiento de graves violaciones a DDHH.

Seguramente todos los mecanismos hasta aquí descritos son producto de las mejores intenciones del tribunal por favorecer la eficacia de los mandatos convencionales, particularmente respecto de algunos grupos caracterizados como vulnerables. De todos modos, buena parte de estas medidas para garantizar su efectividad deben insertarse dentro de políticas públicas de mayor alcance y ser apropiadas verdaderamente en la práctica de las autoridades estatales.

⁹⁵ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, cit., punto resolutive núm. 3.

⁹⁶ Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, punto resolutive núm. 3.

⁹⁷ Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, punto resolutive núm. 10.

⁹⁸ Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, punto resolutive núm. 12.

⁹⁹ Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, punto resolutive núm. 25.

Por eso, quizá, se justifica que el tribunal también se haya decidido a ordenar medidas en tal dirección, como se describirá inmediatamente.

3.2.3. Adopción de políticas públicas y prácticas estatales

Si bien la CorteIDH ha expresado que los Estados tienen amplia libertad en la elección de sus sistemas penales, esto no ha sido óbice para que les indicara criterios vinculantes a la hora de planear y ejecutar su política criminal. El análisis de estos últimos permite advertir la dificultad de separar las órdenes dirigidas a derogar, adoptar y modificar legislación penal y prácticas de autoridades públicas de otras resoluciones más enfocadas en la adopción de lineamientos para el diseño de políticas generales, puesto que existe una estrecha sinergia entre unas y otras, de tal modo que la eficacia de todas ellas dependerá en buena parte de la acción coordinada de los distintos actores involucrados.

Teniendo esto en cuenta, las referencias de este epígrafe se circunscriben a aquellas medidas que el tribunal interamericano ha orientado expresamente a la creación y fortalecimiento de programas, políticas generales y campañas, sin perjuicio de que en el contexto completo del caso y del país en cuestión, éstas sean complementarias de otras medidas referentes a transformaciones legislativas, administrativas o judiciales — referenciadas en este estudio en los apartados correspondientes—.

En este orden de ideas, es posible señalar cuatro frentes que han merecido la atención especial del tribunal al momento de evaluar las deficiencias de los marcos institucionales en materia penal y penitenciaria: falta de acondicionamiento de las cárceles de conformidad con los estándares internacionales; ausencia de mecanismos para la prevención de violaciones a DDHH; débil capacidad investigativa; y baja conciencia social en favor de los DDHH.

Las condiciones carcelarias han sido objeto de numerosas consideraciones en la jurisprudencia interamericana, al punto que hoy se cuenta con un grupo compacto de estándares en esta materia que cubren diversos aspectos como los sistemas de vigilancia y control, ubicación diferenciada (procesados y condenados; adultos y menores; mujeres y hombres; inmigrantes), condiciones básicas de salubridad, alimentación, educación y recreación, entre otros. Un buen número de este tipo de medidas si bien está directamente relacionado con la adopción de la política criminal del Estado, ha sido clasificado en el acápite sobre modificaciones en políticas y prácticas, atendiendo a la literalidad de las resoluciones emitidas. En todo caso, las sentencias *Instituto de Reducción del Menor*¹⁰⁰, *Montero Aranguren*¹⁰¹, *Yvon Neptune*¹⁰², *Velez Loor*¹⁰³ y *Pacheco Teruel*¹⁰⁴, evidencian la importancia que el tribunal regional concede a estas directrices institucionales

¹⁰⁰ Caso "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay, cit., punto resolutivo núm. 11.

¹⁰¹ Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela, cit., puntos resolutivos núm. 9 y 10.

¹⁰² Caso Yvon Neptune vs. Haití, cit., punto resolutivo núm. 9.

¹⁰³ Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, punto resolutivo núm. 15.

¹⁰⁴ Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras, cit., puntos resolutivos núm. 3, 4 y 5. Si bien este es un caso de homologación de acuerdo de solución amistosa logrado por las partes, la CorteIDH hace suyos los puntos del acuerdo al incorporarlos en la parte resolutive de la sentencia quedando, por tanto, sujetos a la supervisión internacional de cumplimiento. Llama la atención que el tribunal no se limita a avalar lo acordado por las partes, sino que además pone un énfasis especial en los criterios y estándares internacionales que deben guiar la acción del Estado respecto de las principales medidas a que se ha comprometido: la modificación del artículo 332 del Código Penal en relación con el delito de asociación ilícita aplicable a los jóvenes presuntamente pertenecientes a las "maras"; así como la revisión y aprobación de la normatividad relativa al mejoramiento del sistema carcelario: Ley del Sistema Penitenciario Nacional, Reglamento Especial para el Funcionamiento del Sistema Penitenciario Nacional y Manual para la Administración de Centros Penitenciarios.

referidas tanto a garantías carcelarias mínimas como a mecanismos de prevención.

El caso del *Instituto de Reeducción del Menor* es un hito en la jurisprudencia interamericana por cuanto las dramáticas condiciones que padecieron los doscientos treinta y nueve jóvenes internos, muchos de los cuales resultaron heridos o murieron con ocasión del incendio del centro de reclusión, pusieron en evidencia la falta de una política de Estado en materia de niños en conflicto con la ley. En consecuencia, el tribunal le ordenó al Paraguay la adopción de una política de corto, mediano y largo plazo que subsanara la falencia advertida, bajo condiciones específicas como la determinación de “estrategias, acciones apropiadas y la asignación de los recursos [...] indispensables para que los niños privados de libertad se encuentren separados de los adultos; para que los niños procesados estén separados de los condenados; así como para la creación de programas de educación, médicos y psicológicos integrales para todos los niños privados de libertad”¹⁰⁵.

El fallo *Montero Aranguren* ofrece especial interés porque se ordenó a Venezuela la adopción de un sistema de vigilancia penitenciaria eminentemente civil y, además, se le exigió al Estado asegurar condiciones mínimas acordes con la dignidad humana de los detenidos, entre las que se cuentan: “a) un espacio lo suficientemente amplio para pasar la noche; b) celdas ventiladas y con acceso a luz natural; c) acceso a sanitarios y duchas limpias y con suficiente privacidad; d) alimentación y atención en salud adecuadas, oportunas y suficientes, y e) acceso a medidas educativas, laborales y de cualquier otra índole esenciales para la reforma y readaptación social de los internos”¹⁰⁶. Por su parte, la sentencia *Yvon Neptune* alerta sobre la necesidad de una estrategia preventiva para evitar la escalada de

¹⁰⁵ Caso "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay, cit., punto resolutivo 11, b).

¹⁰⁶ Caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, cit., párr. 146, incorporado en el punto resolutivo núm. 10.

violencia en centros penitenciarios para lo cual se conminó al Estado a presentar un programa de planificación y acción con un cronograma de actividades que diera cuenta de la estrategia asumida.

Por otro lado, el fallo *Vélez Loor* agregó una variante importante en favor de los inmigrantes. En la sentencia, la CorteIDH puntualizó al carácter excepcional de las medidas restrictivas de la libertad en situaciones de inmigración irregular y estableció como parámetro obligatorio el acondicionamiento de centros de detención especiales para acoger aquellos casos excepcionales, los cuales deben contar con “información visible en varios idiomas acerca de la condición legal de los detenidos, fichas con nombres y teléfonos de los consulados, asesores legales y organizaciones a los que estas personas pudiesen recurrir para pedir apoyo si así lo estiman pertinente”¹⁰⁷.

Respecto de las probadas debilidades de los Estados en materia de investigación de violaciones a DDHH el tribunal ha llamado insistentemente la atención sobre la necesidad de fortalecer los sistemas de justicia nacional así como implementar protocolos de investigación con técnicas científicas pertinentes. Los fallos *Carpio Nicole*, *Anzualdo Castro*, *Masacre de las Dos Erres*, *Campo Algodonero*, *Fernández Ortega*, *Rosendo Cantú*, *Gelman* y *Contreras* y otros han instado a los respectivos Estados a adoptar medidas para el fortalecimiento de su capacidad investigativa.

Desde el 2004 la Corte ha ido dando pautas para guiar la acción de los cuerpos investigativos del Estado. Con el fallo *Carpio Nicolle* se introduce como parte de la medida dispuesta el Manual de las Naciones Unidas sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias¹⁰⁸; más tarde, los casos *Campo*

¹⁰⁷ Caso *Vélez Loor* vs. Panamá, cit., párr. 272, incorporado en el punto resolutivo núm. 15.

¹⁰⁸ Caso *Carpio Nicolle* y otros vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre 2004. Serie C No. 117, punto resolutivo núm. 3.

*Algodonero*¹⁰⁹, *Fernández Ortega*¹¹⁰, y *Rosendo Cantú*¹¹¹ incluyen en sus resoluciones las siguientes referencias: el Protocolo de Estambul, el Manual para la prevención e investigación efectiva de ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias de Naciones Unidas, directrices de la Organización Mundial de la Salud para la investigación de violaciones sexuales, así como estándares internacionales de búsqueda de personas desaparecidas, con base en una perspectiva de género¹¹².

En la misma línea de mejorar los procesos investigativos y como otra modalidad que contribuye al fortalecimiento de la justicia nacional, el fallo *Ticona Estrada* alentó a Bolivia con el proyecto del Consejo Interinstitucional para el Esclarecimiento de Desapariciones Forzadas, pero para favorecer su eficacia el tribunal internacional le ordenó presentar una propuesta concreta con un programa de acción y planificación de los recursos humanos y materiales necesarios para el

¹⁰⁹ Este es un caso en el que de modo excepcional por su extensión y detalle se plantea el contexto de las políticas públicas emprendidas por las autoridades del Estado en sus distintos niveles jerárquicos en relación con la prevención y atención de casos de violencia contra las mujeres. Sin embargo, la CorteIDH recrimina a las distintas partes intervinientes en el proceso (tanto Comisión como Representantes y Estado) por la insuficiencia de sus argumentos de análisis para que el tribunal pudiera pronunciarse sobre la efectividad de tales políticas.

¹¹⁰ Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, punto resolutivo núm. 18.

¹¹¹ Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, punto resolutivo núm. 16.

¹¹² Esta tendencia a interpretar las obligaciones convencionales con indicadores extra-regionales genera dudas: ¿es legítimo que la CorteIDH ante las notables falencias de los Estados en sus tareas elementales de investigación, acuda a referentes no vinculantes para fijar derroteros que les resultan jurídicamente exigibles a través de sentencia judicial?

funcionamiento del nuevo organismo¹¹³. En este mismo orden de ideas, en los casos *Gelman y Contreras y otros* el tribunal exigió adoptar medidas para garantizar el acceso técnico y sistematizado a información en poder del Estado sobre las graves violaciones a DDHH del pasado, de modo que este paso consolidara una estrategia para permitir el avance serio de las investigaciones de los crímenes de lesa humanidad, en su condición de delitos imprescriptibles¹¹⁴.

Finalmente, la CorteIDH ha propuesto a los Estados la elaboración de campañas de sensibilización social en DDHH, a modo de programas educativos con fines preventivos. Si bien ese tipo de GNR específicamente orientadas a la capacitación y educación serán mencionadas brevemente al final del capítulo, se anticipan los casos *Servellón García y Kawas Fernández* en virtud del lenguaje utilizado por la CorteIDH en el que específicamente se ordena la realización de “campañas sociales”. En el primero se precisó que:

El Estado deberá realizar, en un plazo razonable, una campaña con la finalidad de sensibilizar a la sociedad hondureña respecto de la importancia de la protección a los niños y jóvenes, informarla sobre los deberes específicos para su protección que corresponden a la familia, a la sociedad y al Estado y hacer ver a la población que los niños y jóvenes en situación de riesgo social no están identificados con la delincuencia. Asimismo, el Estado deberá emitir, en el plazo de un año, un sello postal alusivo a la protección debida por el Estado y la sociedad a los niños y jóvenes en situación de riesgo, para evitar que estos se tornen víctimas de violencia¹¹⁵.

¹¹³ Caso *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, punto resolutiveo núm. 15.

¹¹⁴ Caso *Gelman vs. Uruguay*, cit., punto resolutiveo núm. 16; Caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, cit., punto resolutiveo núm. 10.

¹¹⁵ Caso *Servellón García y otros vs. Honduras*, cit., punto resolutiveo núm. 13.

Por su parte, el segundo caso estableció que:

El Estado debe ejecutar, en un plazo de dos años, una campaña nacional de concientización y sensibilización sobre la importancia de la labor que realizan los defensores del medio ambiente en Honduras y de sus aportes en la defensa de los derechos humanos¹¹⁶.

A decir verdad, en ambas situaciones se puede entender que la campaña debía ser parte de una política más amplia que respondiera a las expectativas del tribunal en función de los criterios determinados en las consideraciones de la sentencia. Por lo tanto, las *garantías de no repetición* ordenadas se orientaron a la adopción de políticas nacionales.

Prácticamente todas las resoluciones analizadas en este acápite sobre *creación y adopción de normas, mecanismos, políticas y prácticas al interior del Estado* — excepto por las inconsistencias señaladas en el caso *Trujillo Oroza*— han sido adoptadas por los jueces interamericanos justificando su posición sobre la base normativa que brinda el artículo 2 CADH en conexión con los derechos particulares del caso debatido. En consecuencia, el fundamento convencional de las GNR ordenadas en verdad se centra en el deber de adecuación el derecho interno, más que en el deber de reparar a las víctimas, aunque pueda ser que en ciertas situaciones lo primero de alguna manera contribuya a la satisfacción de éstas.

Del análisis también se puede deducir que todas esas resoluciones han sido ordenadas sobre el hallazgo que hace el tribunal de las lagunas o falencias de la normatividad interna en desmedro de la garantía que el Estado ha debido prestar a los derechos del Pacto que resultaron violados. Por lo tanto, y en consideración de los efectos generales que potencialmente tales dictámenes producen, todas ellas son susceptibles de encuadrarse como *garantías de no repetición* dentro de la modalidad de creación, puesto que en estricto sentido, al tenor de las palabras del

¹¹⁶ Caso *Kawas Fernández vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196, punto resolutivo núm. 14.

tribunal interamericano, los anteriores casos son los únicos que dan cuenta de un señalamiento tan preciso en el sentido de introducir una figura legal específica, un mecanismo o una política, por cuanto, como se verá enseguida, el contexto de los demás casos ha merecido que el tribunal se enfoque más bien en señalar los estándares internacionales conforme con los cuáles la normativa interna debe modificarse.

3.3. MODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNO A PARTIR DE DIRECTRICES INTERNACIONALES

La jurisprudencia interamericana da cuenta de al menos sesenta y dos medidas decretadas por el alto tribunal cuya prescripción literal indica la necesidad de modificar normas, políticas o prácticas incompatibles con el Pacto regional. En definitiva, como se advirtió desde un principio, todas las *garantías de no repetición* tienden a la transformación del Derecho interno para ajustarle con los parámetros internacionales que obligan a los Estados de la región en materia de DDHH. En ese sentido, es verdad que todas las medidas hasta ahora descritas apuntan al mismo objetivo. Sin embargo, el objeto del presente acápite se circunscribe a las resoluciones que expresamente contienen la indicación de realizar modificaciones en el ámbito interno.

En este orden de ideas, a continuación se exponen aquellas áreas sobre las que el tribunal ha hecho hincapié para indicar ajustes que debían emprenderse en el nivel nacional con el fin de dar cumplimiento a los compromisos internacionales derivados de la Convención Americana. Para efectos dar un cierto orden a las numerosas resoluciones en este campo, se propone una revisión general de tres grandes temáticas: *constitucional, penal y administrativa*, como campos amplios en los que podrían encuadrarse este tipo de GNR.

Por el impacto jurídico que causan, aunque sean pocas, las resoluciones del tribunal orientadas a generar cambios constitucionales

gozan de particular importancia. Así, en primer lugar, se analizarán los tres precedentes en este campo con sus implicaciones.

En segundo lugar se revisarán las resoluciones que se enmarcan en el ámbito penal. Tal como se ha evidenciado a lo largo de todo el capítulo, la materia penal ha sido objeto del mayor número de consideraciones por parte de la CorteIDH. En este campo, la jurisprudencia ha tenido ocasión de definir derroteros para la acción de los Estados en diversos frentes, entre los cuales resultan significativos: la política criminal de prevención y control de la delincuencia y el terrorismo en concordancia con las exigencias del debido proceso legal y la protección judicial de acusados, procesados y condenados; la justicia penal militar; adecuaciones al sistema penal para asegurar una correcta investigación, procesamiento y sanción de las violaciones a DDHH; y la política carcelaria.

En tercer lugar y para cerrar el apartado, se examinarán las medidas relacionadas con el funcionamiento del Estado y la administración según su finalidad más específica: adecuación de los marcos para el uso legítimo de la fuerza —en otras palabras, derroteros sobre la función de seguridad del Estado—; modificaciones generales al sistema de administración de justicia; y modificaciones de normas y prácticas relativas a la función electoral.

3.3.1. *Modificaciones constitucionales*

Como se había anticipado páginas atrás, el caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago* resulta ser la punta de lanza del tribunal interamericano para ordenar medidas de alcance general que conllevan modificaciones en el orden constitucional¹¹⁷. Junto a este fallo, las dos sentencias contra Barbados en los casos *Boyce y otros* y *Dacosta Cadogan* componen el

¹¹⁷ Véase atrás punto §3.1.4. referido a la remoción de leyes y condiciones incompatibles con el derecho a la integridad personal. Cfr. Caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, cit., punto resolutivo núm. 4.

acerbo jurisprudencial interamericano sobre el que podría sustentarse la tesis del carácter supranacional del régimen interamericano de protección de DDHH¹¹⁸.

El impacto jurídico de las tres medidas resolutivas es el mismo: una corte internacional que decreta la modificación de la norma suprema del Estado buscando su adecuación a prescripciones convencionales. Los fallos coinciden en señalar como anticonvencionales las “cláusulas de exclusión” de rango constitucional, debido a que imposibilitaban la revisión sobre la compatibilidad de fondo de las leyes con los derechos humanos de nivel tanto constitucional como convencional. Así, considerando el impedimento jurídico que representaban tales cláusulas para la adecuación del sistema legal nacional a los estándares internacionales de DDHH, el tribunal ordenó la modificación constitucional. Indudablemente se trata de jurisprudencia polémica, no tanto por el detalle de los casos como por algunas implicaciones jurídicas que representan, entre las que resalta la pregunta: ¿aparece un nuevo constituyente secundario no reglado por la propia constitución?

En el caso *Caesar* la Corte declara que la Ley de penas corporales de Trinidad y Tobago, en la medida que contempla la flagelación como forma de sanción, constituye una forma de tortura. En ese sentido, la norma resulta contraria al artículo 5 CADH que consagra el derecho a la integridad personal y, en consecuencia, se ordena su derogación¹¹⁹. Sin embargo, la eficacia de la declaración y posterior condena se enfrenta a problemas mayores. La dificultad del caso gravita en dos cuestiones: de una parte, Trinidad y Tobago había denunciado la Convención Americana en el año de 1998 por lo que no había querido siquiera comparecer en el juicio internacional y, de otra, la propia constitución

¹¹⁸ Caso *Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169; Caso *Dacosta Cadogan vs. Barbados*, cit.

¹¹⁹ Caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, cit., punto resolutivo núm. 3.

nacional impedía la impugnación de tal ley. Frente al primer obstáculo, el tribunal respondió:

Es necesario reafirmar que, de conformidad con el artículo 2 de la Convención, la obligación de adaptar la legislación interna es, por su propia naturaleza, una de resultado y, consecuentemente, la denuncia de la Convención por parte del Estado no puede extinguir las obligaciones internacionales por éste asumidas mientras el tratado se encontraba en vigencia. Dichas obligaciones tienen un carácter autónomo y automático, y no dependen de ninguna declaración de los órganos de supervisión de la Convención respecto de una legislación interna específica.¹²⁰

Frente al segundo impedimento, la CorteIDH estableció por primera vez la fórmula de la GNR consistente en realizar una enmienda constitucional que deja desprovista de efectos jurídicos la “cláusula de exclusión” que imposibilita que la Ley de Penas sea impugnada, tal como lo preveía la Sección 6 de la constitución nacional. Esta provisión constitucional, a juicio de la Corte, es violatoria del artículo 25 CADH por cuanto impide a las personas el acceso a un recurso efectivo ante un tribunal competente para la protección de violaciones a DDHH, cuando dichas trasgresiones se originan en regulaciones normativas anteriores al año 1976, fecha de entrada en vigencia de la constitución del Estado¹²¹.

Y aunque hasta el momento no obra prueba de cumplimiento de las referidas órdenes por parte del Estado —presuntamente excusado en la primera dificultad aludida—¹²², lo que resulta innegable es que este caso sienta un precedente muy significativo para el SIDH, que no sin críticas, en todo caso bien podría calificarse como una manifestación

¹²⁰ *Ibid.*, párr. 93.

¹²¹ *Ibid.*, párr. 133, en concordancia con el punto resolutivo núm. 4.

¹²² Cfr. Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 noviembre de 2007; no constan resoluciones semejantes posteriores.

contundente de la imperatividad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El precedente del fallo *Caesar* se consolida con los casos caribeños *Boyce y Dacosta Cadogan* en los que coincide el mismo punto resolutivo tendiente a la modificación constitucional, en el sentido de eliminar el efecto del artículo 26 de la Constitución de Barbados con respecto a la inimpugnabilidad de las “leyes existentes”¹²³. Como se desprende de tal mandato, la incompatibilidad de la norma constitucional con el Pacto regional estriba en el mismo problema del caso *Caesar*: una “cláusula de exclusión” que se revierte en un obstáculo jurídico para la garantía del derecho a la protección judicial del artículo 25 CADH, en desmedro de otros derechos humanos. Para el primer caso el derecho a la integridad personal debido a la imposición legal de la pena corporal de flagelación, mientras que en el supuesto de los casos contra Barbados el derecho a la vida resulta ser el bien jurídico afectado, debido a la imposición de la pena de muerte obligatoria.

Las coincidencias entre los tres casos permitirían plantear como una hipótesis de respuesta a las dudas y polémicas que este tipo de GNR suscitan, que la inderogabilidad característica de los derechos a la vida e integridad personal podría justificar la imperatividad de las órdenes judiciales interamericanas. En el fondo del asunto, se reviven las preguntas por la legitimidad y los límites de la práctica de las GNR en el SIDH, objeto central de este estudio, cuyo abordaje se hará en los siguientes capítulos.

3.3.2. *Adecuaciones en las políticas, normas y prácticas penales*

La política de control y persecución del terrorismo en Perú mereció los primeros pronunciamientos del tribunal interamericano tendientes

¹²³ Caso *Boyce y otros vs. Barbados*, cit., punto resolutivo núm. 8 y caso *Dacosta Cadogan vs. Barbados*, cit., punto resolutivo núm. 9.

a corregir las normas de base que generaban una incompatibilidad con los derechos convencionales de debido proceso legal, recurso judicial efectivo y libertad personal de aquellos acusados por los delitos de terrorismo y traición a la patria durante la oleada terrorista de los años noventa.

Las sentencias *Loayza Tamayo*, *Castillo Petruzzi* y, años más tarde —aunque ciertamente más condicionado— el caso *Lori Berenson*, establecen con claridad que por la naturaleza y condiciones de los procesos militares a través de los cuales se juzgaban civiles, se violaban los principios fundamentales del debido proceso legal —entre otros, el principio de juez natural—, afectando el goce de otros derechos humanos como la libertad personal. Ante tal hallazgo, la Corte instó al Estado peruano a reformular su legislación, concediéndole un cierto poder discrecional, según puede leerse de la orden, generalmente en términos de “el Estado debe adoptar las medidas apropiadas para reformar las normas que han sido declaradas violatorias de la Convención Americana” o expresiones semejantes, comunes en aquellas primeras sentencias de GNR. Todas ellas, sin duda, perseguían la prevención de nuevas situaciones análogas, más sin embargo, reconocen al Estado una especie de margen deliberativo para adoptar los parámetros jurisprudenciales señalados en la sentencia.¹²⁴

¹²⁴ Caso *Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y Costas, punto resolutiveo núm. 5; caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, punto resolutiveo núm. 14; caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*, punto resolutiveo núm. 1. Sobre este último caso es preciso advertir que no resulta tan claro en qué sentido la CorteIDH recomendó la modificación de la legislación nacional puesto que su reflexión establece que al momento de los hechos los decretos de terrorismo estaban vigentes y fueron aplicados, más sin embargo, tales normas fueron reformadas posteriormente, al punto que el tribunal reconoció y valoró los esfuerzos que hizo el Perú entre los años 2001 y 2003 para reformar su legislación. En este sentido, el párr. 234 explica: “Asimismo, la Corte tiene conocimiento de que algunas disposiciones del Decreto Ley No. 25.475 han sido reformadas, y de que el Decreto Ley No. 25.659 fue declarado inconstitucional por la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 3 enero de 2003 [...]. Asimismo, el Poder Ejecutivo expidió los Decretos Legislativos No. 921 de 17 de enero de

El fallo “*Niños de la Calle*” que llama la atención sobre la política guatemalteca para prevenir y controlar la delincuencia juvenil es particularmente significativo en el sentido que se anota. De hecho, el tribunal justifica expresamente los términos de su resolución genérica¹²⁵, e indica que aunque urge la necesidad de adecuar el derecho interno conforme con el artículo 19 CADH para prevenir nuevas violaciones en el futuro:

[L]a Corte no está en posición de afirmar cuáles deben ser dichas medidas y si, en particular deben consistir, como lo solicitan los representantes de los familiares de las víctimas y la Comisión, en derogar el Código de la Niñez de 1979 o en poner en vigencia el Código de la Niñez y la Juventud aprobado por el Congreso de la República de Guatemala en 1996 y el Plan de Acción a Favor de Niños, Niñas y Jóvenes de la Calle de 1997.¹²⁶

En términos semejantes y siguiendo en la línea de tratamiento de menores, puede verse el caso *Bulacio*, en el que se advierte a la República Argentina sobre las deficiencias de su sistema de garantías para la detención y aplicación de medidas privativas de la libertad.¹²⁷

2003, No. 922 de 11 de febrero de 2003 y Nos. 923 a 927 de 19 de febrero de 2003, los cuales recogieron, entre otras disposiciones, los criterios jurisprudenciales señalados por la sentencia mencionada [...]. Al respecto, la Corte valora y destaca la labor que ha realizado el Estado a través de sus recientes reformas legislativas, ya que éstas significan un importante avance en la materia”.

¹²⁵ Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Reparaciones y Costas, cit., punto resolutive núm. 5, en el que se expresa: “que el Estado de Guatemala debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias con el fin de adecuar la normativa guatemalteca al artículo 19 de la Convención”.

¹²⁶ *Ibid.*, párr. 98.

¹²⁷ Caso *Bulacio* vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, punto resolutive núm. 5. En los párrafos a que hace referencia expresa la resolución se desarrollan una serie de

Con un claro contraste en relación con la especificidad y alcances de la resolución emitida contra el Estado, el ya referenciado caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago* se propone una vez más como un punto de quiebre en la jurisprudencia interamericana, al ser el primer caso en el que la técnica utilizada por el tribunal indica con exactitud el alcance de las modificaciones ordenadas. Así, en el punto resolutivo del fallo en el que se indica que “el Estado debe abstenerse de aplicar la Ley de Delitos contra la Persona de 1925 y, dentro de un plazo razonable, *debe modificarla adecuándola a las normas internacionales de protección de los derechos humanos*”¹²⁸, el tribunal hace una remisión directa al párrafo 212 en el que se fijan los criterios de adecuación de la normativa interna de manera clara y condensada en el siguiente sentido:

[E]l Estado de Trinidad y Tobago debe abstenerse de aplicar la ley mencionada y, dentro de un plazo razonable, debe modificarla, adecuándola a la Convención Americana y otras normas internacionales de derechos humanos, conforme a lo dispuesto por el artículo 2 de ésta, de manera que se garantice el respeto y el goce de los derechos a la vida, a la integridad personal, al debido proceso legal y a las garantías judiciales, consagrados en ese mismo instrumento internacional. *Entre las respectivas modificaciones de la legislación debe quedar incluida la referente a la introducción de diversas categorías (tipos penales) de homicidio intencional, que correspondan a la diversa gravedad de los hechos, tomando en cuenta las circunstancias del delito y del justiciable, y se debe establecer una gradación de los niveles de*

garantías o requisitos materiales y formales que deben ser observados por el Estado al aplicar una medida o sanción privativa de libertad; por ejemplo, en relación con la notificación a familiares, atención médica, registro de detenidos, separación entre menores y adultos en centros de detención, entre otros.

¹²⁸ Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas, cit., punto resolutivo núm. 8 (cursivas fuera de texto).

*severidad de la pena que guarde relación con la gravedad de los hechos y con la culpabilidad del imputado.*¹²⁹

Unido al anterior fallo y en esta misma línea caracterizada por mayor precisión en el alcance de la medida ordenada y la correlativa menor discrecionalidad para el Estado en la formulación de sus normas y políticas criminales, se ubican también los casos *Fermín Ramírez, Raxcacó Reyes, Boyce y Dacosta Cadogan*. El común denominador de los cinco casos radica en la imposición de la pena de muerte en perjuicio de los peticionarios, lo que probablemente justifica los esfuerzos argumentativos desplegados por el tribunal para conciliar la necesidad de los Estados de luchar contra la delincuencia con las garantías del proceso penal.

Así, las declaradas víctimas de los cinco casos coinciden en el hecho de haber sido acusadas, procesadas y sancionadas por los delitos más graves a la luz del ordenamiento interno: en los tres casos caribeños las condenas internas resultan por homicidio intencional, como también en *Fermín Ramírez* quien además se enfrenta inicialmente a los cargos de violación de menor de edad y *Raxcacó Reyes* a quien se condena por el delito de secuestro. No cabe duda que las conductas delictivas cometidas en el nivel interno resultan ser de la mayor gravedad, justamente, en virtud de los bienes jurídicos atropellados en perjuicio de terceros, lo que deriva en que el ejercicio del *ius punendi* del Estado está legitimado y la necesidad de una política criminal rigurosa se da por sentada.

En estricto sentido, el objeto de la controversia se centra en la compatibilidad de la tipificación penal pertinente y las garantías judiciales ofrecidas a los inculcados en los procesos internos, de conformidad con las exigencias de los derechos contenidos en los artículos 4, 8, 9 y 25 CADH, según cada caso. Los resultados de tal ejercicio de compatibilidad llevaron a la CorteIDH a concluir que no sólo

¹²⁹ *Ibid.*, párr. 112 (cursivas fuera de texto).

en las situaciones particulares estudiadas, sino en general, los sistemas penales objeto de análisis padecían de problemas estructurales serios, por lo que urgía su modificación.

De las medidas resolutorias en los casos *Hilaire y otros*, *Boyce y Dacosta Cadogan*, se desprende la necesidad de que la normativa penal nacional introduzca diversas categorías de homicidio, así como la posibilidad judicial para gradar la pena, so pena de reiterar violaciones al derecho a la vida por la imposición arbitraria de la pena de muerte obligatoria¹³⁰. La inteligencia del razonamiento se reitera en *Raxcacó* pero en relación con el delito de plagio o secuestro, frente al cual el ordenamiento guatemalteco también preveía la pena de muerte¹³¹. Finalmente, en el fallo *Fermín Ramírez* la CorteIDH concluyó —después de un minucioso análisis del tipo penal que consagra el delito de asesinato por el que fue procesado y sancionado el accionante internacional— que si bien la normativa consagra la posibilidad de gradar la pena entre “25 a 50 años de prisión o la pena de muerte”, el criterio de valoración esgrimido como “peligrosidad” de acuerdo con el cual el juzgador interno establece la sanción, es un criterio subjetivo que contraría el principio de legalidad consagrado en el artículo 9 CADH. En consecuencia, se ordena al Estado modificar su legislación, suprimiendo cualquier referencia a “la peligrosidad del agente” como factor para evaluar la imposición de la pena capital¹³².

Este test de convencionalidad aplicado a los sistemas penales latinoamericanos también ha incluido el rasero de otras garantías judiciales como la doble instancia, el derecho de defensa y el principio de juez competente. Las sentencias de los casos *Herrera Ulloa* y *Barreto Leyva* permiten concluir que la doble instancia es una consecuencia

¹³⁰ Cfr. *Ibid.*, punto resolutorio núm. 8; caso *Boyce y otros vs. Barbados*, cit., punto resolutorio núm. 7; caso *Dacosta Cadogan vs. Barbados*, cit., punto resolutorio núm. 9.

¹³¹ Caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, cit., punto resolutorio núm. 5.

¹³² Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, cit., punto resolutorio núm. 8.

necesaria del derecho a recurrir un fallo y, por tanto, esta posibilidad debe estar prevista en la legislación nacional incluso en aquellos procesos penales de personas con fuero especial¹³³. De hecho, la CorteIDH reafirmó en *Yvone Neptune* que los procedimientos para el juzgamiento de altos funcionarios del Estado no escapan a las exigencias del debido proceso legal, garantías todavía más rigurosas en escenarios de privación de libertad¹³⁴. Y justamente para garantizar la libertad personal, en *Chaparro Álvarez* el tribunal confirmó que quien está llamado a decidir sobre los recursos que los detenidos presenten siempre debe ser una autoridad judicial, por lo que se ordena al Ecuador la adecuación del derecho interno en este sentido, así como la modificación de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas con el fin de eliminar los cobros por el depósito y manejo de los bienes que son aprehendidos en consonancia con dicha Ley a las personas que no han sido condenadas por sentencia firme¹³⁵.

Además de la conexión evidente entre las garantías del debido proceso legal y la protección judicial efectiva con los derechos a la vida, integridad y libertad personales, la Corte también tuvo oportunidad de precisar la importancia de la tipología penal para preservar el derecho a la libertad de expresión. Los casos *Kimel* y *Palamara Iribarne* obligan a Argentina y a Chile a realizar modificaciones legales tendientes a definir tipos penales claros y precisos que no contengan ambigüedades en su

¹³³ Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, punto resolutivo núm. 5; Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, punto resolutivo núm. 13.

¹³⁴ Caso Yvon Neptune vs. Haití, cit., punto resolutivo núm. 7.

¹³⁵ Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, cit., punto resolutivo núm. 11, en el que se remite expresamente a estos criterios expuestos en la parte motiva: "El Estado debe adecuar su legislación, dentro de un plazo razonable, a los parámetros de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos de los párrafos 266 a 269 de esta Sentencia".

texto para evitar arbitrariedades en su aplicación que pudieran llegar a restringir arbitrariamente la libertad en comento¹³⁶. En concreto, la CorteIDH declara la ilegalidad de los tipos penales abiertos y las sanciones excesivas que finalmente operan como desalientos para el ejercicio de la libertad de expresión en las sociedades democráticas.

Pero adicionalmente, el caso *Palamara* es un hito en la jurisprudencia interamericana por cuanto con él inicia una cadena sucesiva de GNR tendientes a lograr modificaciones en el nivel nacional relativas a la justicia penal militar. Si bien es cierto que previo a esta sentencia la CorteIDH ya se había enfrentado al ejercicio de establecer estándares regionales que regularan y limitaran el alcance y competencia de la justicia penal militar, sólo hasta el 2005 con *Palamara Iribarne*, el tribunal establece como parte de sus condenas GNR específicas en esta materia¹³⁷. A este primer paso se suman las sentencias *Montero Aranguren*¹³⁸, *Zambrano Vélez*¹³⁹, *Usón Ramírez*¹⁴⁰, y un conjunto de sonados fallos mexicanos: *Radilla Pacheco*¹⁴¹, *Fernández Ortega y otros*¹⁴², *Rosendo Cantú y otra*¹⁴³, junto con *Cabrera García y*

¹³⁶ Caso *Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, punto resolutiveo núm. 11; Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, punto resolutiveo núm. 13.

¹³⁷ *Ibid.*, puntos resolutiveos núm. 14 y 15.

¹³⁸ Caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, cit., punto resolutiveo núm. 9.

¹³⁹ Caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, punto resolutiveo núm. 9.

¹⁴⁰ Caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, cit., puntos resolutiveos núm. 8 y 9.

¹⁴¹ Caso *Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, punto resolutiveo núm. 10.

¹⁴² Caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, cit., puntos resolutiveos núm. 13 y 14.

¹⁴³ Caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, cit., puntos resolutiveos núm. 12 y 13.

*Montiel Flores*¹⁴⁴. Las medidas tipo GNR ordenadas en todas estas providencias convergen en el hecho de insistir en modificaciones legislativas que consagren el carácter excepcional de esta jurisdicción y los límites a la competencia material y personal de los tribunales militares. Consecuentes con tales ajustes, en ninguna circunstancia un civil podría estar sometido a tal jurisdicción, la cual sólo resulta legítima para el conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo y, tampoco será este el fuero competente para investigar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, quienes aun siendo militares en servicio, deberán ser juzgados por la justicia ordinaria.

En línea con lo expuesto, las GNR de los cuatro casos mexicanos reiteran la urgencia de llevar a cabo la modificación del delito de función o con ocasión del servicio consagrado por el artículo 57 del Código de Justicia Militar de ese país, por cuanto establece un fuero personal ligado a la condición de militar del justiciable y no a la naturaleza del delito.

Adicionalmente, las medidas adoptadas en *Radilla Pacheco* impulsan modificaciones legales en relación con el tipo penal de desaparición forzada de personas¹⁴⁵, con la misma orientación que ya había sido exigido a Perú con los casos *Gómez Palomino*¹⁴⁶ y *Anzualdo Castro*¹⁴⁷; a Paraguay con el fallo *Goiburú y otros*¹⁴⁸; a Panamá con

¹⁴⁴ Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, punto resolutiveo núm. 15.

¹⁴⁵ Caso *Radilla Pacheco vs. México*, cit., punto resolutiveo núm. 11.

¹⁴⁶ Caso *Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, punto resolutiveo núm. 12.

¹⁴⁷ Caso *Anzualdo Castro vs. Perú*, cit., punto resolutiveo núm. 8. Esta resolución resulta curiosa puesto que no se corresponde con los hallazgos del tribunal en el caso concreto, debido a que de acuerdo a lo probado en el juicio no se demostró "relación específica alguna entre la falta de efectividad, diligencia y exhaustividad en las investigaciones y la inadecuación del tipo

*Heliodoro Portugal*¹⁴⁹, y a Venezuela en *Blanco Romero y otros*¹⁵⁰. Esta nueva jurisprudencia ilustra sobre las directrices establecidas por el alto tribunal con el fin de orientar las adecuaciones a los sistemas penales de cara a asegurar una correcta investigación, procesamiento y sanción de las violaciones a DDHH. En este frente, los ajustes al tipo penal de desaparición forzada han sido los más reiterados. En particular, el juez interamericano ha llamado la atención sobre los estándares internacionales mínimos que esta tipología penal debe considerar y así lo señaló expresamente en las medidas resolutorias de los casos referidos: partiendo de la caracterización de este delito como autónomo, continuado y pluriofensivo, con tal gravedad que ha merecido el reconocimiento de prohibición de *ius cogens*¹⁵¹, requiere que su consagración legal cubra de la manera más amplia a los sujetos activos, contemple de modo comprensivo los elementos esenciales

penal de desaparición forzada a los parámetros convencionales[...] Así, la Corte no advierte, ni los representantes lo sustentan concretamente, que en el caso *sub judice* esa indebida tipificación haya sido un elemento específico de obstaculización en el desarrollo efectivo de las investigaciones o procesos abiertos por la desaparición forzada del señor Anzualdo Castro” (párr. 166). Curiosamente, a pesar de esa conclusión la Corte adiciona dos consideraciones, hasta un cierto punto contradictorias con lo expuesto. Por un lado, asegura que “[i]ndependientemente de lo anterior, mientras esa norma penal no sea correctamente adecuada, el Estado continúa incumpliendo los artículos 2 de la Convención Americana y III de la CIDFP” (párr. 167) y, por otro, afirma que “[e]l marco normativo existente en la época posterior a la desaparición del señor Anzualdo Castro no ha favorecido la efectiva investigación de los hechos” (párr. 168).

¹⁴⁸ Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, punto resolutorio núm. 12.

¹⁴⁹ Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, punto resolutorio núm. 16.

¹⁵⁰ Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, punto resolutorio núm. 10.

¹⁵¹ Caso Radilla Pacheco vs. México, cit., párr. 139.

del delito y que la carga de la prueba no suponga una obstrucción para la investigación del ilícito y el acceso a la justicia de las víctimas.

Dentro de este campo relativo a las modificaciones institucionales con el fin de garantizar una adecuada investigación, procesamiento y sanción de las violaciones a DDHH, además de la desaparición forzada, también la CorteIDH ha definido órdenes tendientes a ajustar el delito de tortura en el Paraguay¹⁵²; ha instado a Perú en el fallo del *Penal Castro Castro* para la adopción de medios que aseguren la conservación y acceso a información y documentación relacionada con investigaciones policiales relativa a graves violaciones a DDHH¹⁵³; y de manera reiterada ha urgido a México a adecuar sus protocolos de investigación criminal con ocasión de los casos *Gonzáles y otras "Campo algodónero"*, *Fernández Ortega y otros*, así como *Rosendo Cantú y otra*¹⁵⁴.

Finalmente, para culminar la panorámica del terreno penal, no pueden obviarse las GNR referidas a las adecuaciones de los sistemas penitenciarios y carcelarios, materia especialmente problemática en el continente. Y si bien es cierto que numerosos fallos han hecho alusión a tales debilidades, la adopción de medidas más o menos precisas orientadas a modificar las condiciones carcelarias del país sólo aparecerá en las resoluciones de los siguientes casos: *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*¹⁵⁵; *Lori Berenson Mejía vs. Perú*¹⁵⁶; *Caesar vs. Trinidad y Tobago*¹⁵⁷; *Fermín Ramírez vs.*

¹⁵² Cfr. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, cit., punto resolutiveo núm. 12, en el que se ordenan las adecuaciones legislativas debido a que, en opinión del tribunal, la tipificación introducida después de la ocurrencia de los hechos objeto de litigio resultó ser menos comprensiva que la normativa internacional aplicable tanto a los delitos de tortura como de desaparición forzada.

¹⁵³ Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, cit., punto resolutiveo núm. 9.

¹⁵⁴ Tal como había sido referido en este mismo capítulo, §3.2.3.

¹⁵⁵ Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago, cit., punto resolutiveo núm. 14.

¹⁵⁶ Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, cit., punto resolutiveo núm. 6.

*Guatemala*¹⁵⁸; *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*¹⁵⁹; *López Álvarez vs. Honduras*¹⁶⁰; *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*¹⁶¹; *Yvon Neptune vs. Haití*¹⁶². En este punto, los principales estándares internacionales relacionados con infraestructura y servicios, pueden recogerse en las mismas palabras del tribunal: “a) un espacio lo suficientemente amplio para pasar la noche; b) celdas ventiladas y con acceso a luz natural; c) acceso a sanitarios y duchas limpias y con suficiente privacidad; d) alimentación y atención en salud adecuadas, oportunas y suficientes, y e) acceso a medidas educativas, laborales y de cualquier otra índole esenciales para la reforma y readaptación social de los internos”¹⁶³.

3.3.3. *Modificaciones del orden administrativo y la seguridad del Estado*

Bajo esta denominación se pretenden agrupar las GNR dictaminadas por el tribunal regional con el ánimo de impulsar modificaciones relativas a las funciones del Estado en tres materias: seguridad, administración de justicia y sistema electoral.

Por su directa conexión con los derechos fundamentales a la vida, integridad y libertad personales, el ejercicio legítimo de la fuerza del Estado ha sido tratado con altísima relevancia en diversos fallos, los cuales leídos en conjunto pueden sentar las bases de un régimen básico de limitaciones a la función pública dirigida a brindar paz y seguridad a

¹⁵⁷ Caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, cit., punto resolutiveo núm. 5.

¹⁵⁸ Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, cit., punto resolutiveo núm. 12.

¹⁵⁹ Caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, cit., punto resolutiveo núm. 9.

¹⁶⁰ Caso *López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, punto resolutiveo núm. 9.

¹⁶¹ Caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, cit., punto resolutiveo núm. 10.

¹⁶² Caso *Yvon Neptune vs. Haití*, cit., punto resolutiveo núm. 9.

¹⁶³ Caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, cit., párr. 146, referido directamente por la medida resolutiveo núm. 10.

los ciudadanos. Sin embargo, de ese acerbo jurisprudencial, sólo tres casos contienen GNR: *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*¹⁶⁴, *Del Caracazo vs. Venezuela*¹⁶⁵ y *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*¹⁶⁶. Entre ellos, este último es el que señala con mayor precisión en la medida resolutive las adecuaciones exigidas, sustentando la decisión en medidas provisionales previas del propio tribunal, jurisprudencia europea y en referentes del sistema universal como son los “Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por parte de Oficiales Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento de los Delincuentes”¹⁶⁷.

Una vez la CorteIDH llegó al convencimiento de que ni la normativa venezolana ni los cuerpos armados y los organismos de seguridad estaban preparados para afrontar situaciones de perturbación del orden público con medios y métodos respetuosos de los derechos humanos, le ordenó al Estado:

[A]decuar, en un plazo razonable, su legislación interna a la Convención Americana, de tal suerte que a) incorpore adecuadamente los estándares internacionales sobre uso de la fuerza por los funcionarios encargados de aplicar la ley, dichos estándares deberán contener las especificaciones señaladas en el párrafo 75 de la presente Sentencia; b) ponga en funcionamiento un cuerpo de vigilancia penitenciaria eminentemente de carácter civil; c) garantice un procedimiento o mecanismo eficaz, ante un organismo competente, imparcial e independiente, para la verificación e investigación de las quejas que sobre violaciones de los derechos humanos presenten las

¹⁶⁴ Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, punto resolutive núm. 4.

¹⁶⁵ Caso *Del Caracazo vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, punto resolutive núm. 4.

¹⁶⁶ Caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, cit., punto resolutive núm. 9.

¹⁶⁷ *Ibid.*, párr. 69.

personas privadas de libertad, en particular sobre la legalidad del uso de la fuerza letal ejercida por agentes estatales; d) garantice que las investigaciones por hechos constitutivos de violaciones de derechos humanos sean adelantadas por fiscales y jueces ordinarios y no por fiscales y jueces militares.¹⁶⁸

De este modo, en el espíritu de la decisión se lee que el tribunal define límites infranqueables al ejercicio de la fuerza por parte del Estado para que éste goce de plena legitimidad, de acuerdo con las exigencias que una primacía de los DDHH impone a las autoridades públicas. Así, atendiendo a las intenciones que refleja esta jurisprudencia podría afirmarse que la excepcionalidad y los límites en el uso de la fuerza letal resultan aplicables incluso cuando se enfrentan graves amenazas a la seguridad y el orden, bien sea derivadas de delincuencia común, conflicto armado interno o terrorismo. Y aunque los tres escenarios sean bien diversos, parecen todos regirse por

¹⁶⁸ *Ibid.*, párr. 144, referido directamente por la medida resolutive núm. 9. Por su parte, el párrafo 75 al que se hace alusión prescribe con detalle que: “la legislación interna debe establecer pautas lo suficientemente claras para la utilización de fuerza letal y armas de fuego por parte de los agentes estatales. Siguiendo los “Principios sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley”, las normas y reglamentaciones sobre el empleo de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben contener directrices que: a) especifiquen las circunstancias en que tales funcionarios estarían autorizados a portar armas de fuego y prescriban los tipos de armas de fuego o municiones autorizados; b) aseguren que las armas de fuego se utilicen solamente en circunstancias apropiadas y de manera tal que disminuya el riesgo de daños innecesarios; c) prohíban el empleo de armas de fuego y municiones que puedan provocar lesiones no deseadas o signifiquen un riesgo injustificado; d) reglamenten el control, almacenamiento y distribución de armas de fuego, así como los procedimientos para asegurar que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respondan de las armas de fuego o municiones que se les hayan entregado; e) señalen los avisos de advertencia que deberán darse, siempre que proceda, cuando se vaya a hacer uso de un arma de fuego, y f) establezcan un sistema de presentación de informes siempre que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley recurran al empleo de armas de fuego en el desempeño de sus funciones”.

estándares mínimos similares, según puede inferirse de las vastas consideraciones del tribunal en los múltiples casos que atañen a esta materia, pese a las escasas GNR ordenadas.

En contraste con lo anterior, un buen número de ejemplos ilustra la segunda temática anunciada: la modificación de los sistemas internos de justicia. Reformar y fortalecer la administración de justicia es una conclusión práctica que se deriva de la inteligencia del propio principio de subsidiaridad y se explica también a partir del altísimo porcentaje de casos fallados en contra de los Estados latinoamericanos por violación de los artículos 8 y 25 CADH relativos a los derechos al debido proceso legal y al recurso judicial efectivo. Desde este punto de vista, buena parte de las sentencias condenatorias regionales son una lección para los sistemas nacionales de justicia que han demostrado ineficacia para procurar sus fines, ante lo cual la justicia internacional se ve en la necesidad de coadyuvar. A decir verdad, la mayor parte de los casos ya referenciados en materia penal obedecen a esta lógica, por lo que a continuación sólo se hará referencia al remanente de casos que fuera de la órbita descrita apuntan también al fortalecimiento de los sistemas nacionales de justicia.

Sobre esta materia de importancia indudable, la CorteIDH ha tenido oportunidad de pronunciarse estableciendo GNR tanto respecto de la adecuación de algunos recursos internos, como de procesos administrativos relacionados con el nombramiento de jueces como condición de transparencia en la prestación de esta función.

Sobre lo primero, dos casos ilustrativos. En la sentencia de la *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, sobre la base de serias deficiencias en relación con el uso del recurso de amparo, se ordena que se lleven a cabo reformas legales a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, y que se adopten todas las demás medidas pertinentes para asegurar el uso efectivo del recurso de amparo conforme los estándares internacionales, particularmente en el sentido de garantizar que sea un “recurso simple, rápido, adecuado y

efectivo para tutelar los derechos humanos e impedir que se convierta en un medio para dilatar y entorpecer el proceso judicial y en un factor para la impunidad”¹⁶⁹. Incluso, más allá del recurso específico, las notorias debilidades del sistema de administración de justicia guatemalteco merecen un llamado de atención adicional de los jueces:

[E]ste Tribunal considera necesario que el Estado organice e inicie de manera independiente o en fortalecimiento de los ya existentes, un *programa específico de capacitación y fortalecimiento para el mejoramiento integral del Sistema de Justicia en Guatemala, destinado a las autoridades encargadas de la dirección de los procesos judiciales de graves violaciones a los derechos humanos*, el cual incluya una estrategia de investigación de patrones de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos y tutela judicial efectiva, a fin de dirigir y encausar este tipo de procesos en tiempos razonables y considerando la investigación de todos los hechos y responsables, en *garantía del acceso a la justicia de las víctimas de este tipo de violaciones*, en un plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de esta Sentencia.¹⁷⁰

De otro lado, probadas las disfuncionalidades del recurso de *habeas corpus* en Venezuela, el fallo *Blanco Romero y otros* ordena la adecuación de la legislación interna con el fin de que el recurso en comento pueda ser ejercido de manera eficaz en situaciones de desaparición forzada, entendiendo este delito de un modo más comprehensivo que lo regulado por el Estado, como fuera expuesto unos párrafos atrás.¹⁷¹

¹⁶⁹ Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, cit., párr. 124. Véanse puntos resolutivos núm. 10 y 11.

¹⁷⁰ *Ibid.*, párr. 253 (cursivas fuera de texto).

¹⁷¹ Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela, cit., punto resolutive núm. 9, el cual remite al párr. 104 de la sentencia en el que se resalta la importancia del recurso judicial: “el Estado deberá tener en cuenta los alcances del *habeas corpus* a la luz de las normas internacionales en la materia y, en particular, la jurisprudencia de este Tribunal, en el sentido de que dicho recurso representa el medio idóneo para garantizar la libertad, controlar el respeto a la vida e

Frente al sistema de administración de justicia venezolano, el tribunal regional también ha llamado la atención sobre otros problemas estructurales ligados a las normas y prácticas relativas al nombramiento y remoción de jueces provisionales. De los fallos *Reverón Trujillo*, así como *Chocrón Chocrón*, se colige que los procedimientos de libre nombramiento y remoción establecidos para los jueces provisorios y temporales, que no son la excepción sino una figura generalizada en el país, amenazan el principio de independencia de la función judicial. Y aunque la CorteIDH reconoce que “no es competente para establecer específicamente cuál es el mejor diseño institucional para garantizar la independencia judicial”¹⁷², sí precisa que la ineficacia probada por más de 12 años del modelo de reestructuración judicial propuesto en el Estado, en concurrencia con la inexistencia de normas y prácticas claras sobre la vigencia plena de garantías judiciales en la remoción de este tipo de jueces, develan una falla en el sistema de administración de justicia que, finalmente en los casos concretos, acarrea la violación de los artículos 2, 8 y 25 CADH. En virtud de estas consideraciones, el tribunal ordena en ambos casos las reformas legislativas necesarias para darle plena vigencia a los derechos cuestionados y refuerza este mandato en *Chocrón Chocrón* exigiendo a los mismos jueces nacionales el ejercicio del control de convencionalidad que facilitaría la interpretación jurídica de la normativa interna conforme el principio de independencia judicial.¹⁷³

integridad de la persona, e impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención”.

¹⁷² Caso *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párr. 95.

¹⁷³ Caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*, cit., punto resolutivo núm. 10 y caso *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, cit., punto resolutivo núm. 8. Sobre el control de convencionalidad en esta última providencia, véanse los párrs. 164 - 172.

Finalmente, la sentencia *López Mendoza* contra el mismo Estado venezolano pone de manifiesto una nueva debilidad relativa a los procedimientos disciplinarios contra funcionarios públicos, en razón de que la normativa interna, específicamente la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, desconocía el principio de seguridad jurídica. De acuerdo con el análisis proporcionado por la CorteIDH basado en jurisprudencia del TEDH, la regulación legal sobre la determinación de las sanciones administrativas a funcionarios públicos carecía de los criterios básicos que el “test de previsibilidad” exige y, por otro lado, el funcionario habilitado para imponer ese tipo de sanciones no cumplía con las características de una autoridad judicial. Ante estas dos falencias, la CorteIDH determina que el Estado debe realizar las modificaciones legislativas tendientes a que “la norma delimite de manera clara el alcance de la discrecionalidad que puede ejercer la autoridad y se definan las circunstancias en las que puede ser ejercida con el fin de establecer las garantías adecuadas para evitar abusos”¹⁷⁴.

Además de las prescripciones sobre los procesos disciplinarios y sancionatorios dentro del marco de la administración pública, la importancia de este caso estriba en su conexión con los derechos políticos, pues resultó ser la ocasión para reafirmar el principio de juez natural para las situaciones de restricción del derecho a ser elegido como representante político. En efecto, la Corte recordó que el artículo 23.2 CADH establece con claridad que la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades relacionados con los derechos políticos, mas, sin embargo, cuando tales limitaciones surgen de sanciones, éstas deben ser impuestas por un juez competente, en

¹⁷⁴ Caso *López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 205, al que hace remisión mediata el punto resolutivo núm. 5 de la sentencia.

proceso penal. En este sentido se orientan también las reformas legales indicadas al Estado como GNR¹⁷⁵.

Este último planteamiento del fallo *López Mendoza* coincide con la tercera temática propuesta en este acápite para analizar GNR referidas a modificaciones del orden institucional y administrativo: la materia electoral. El caso *Yatama vs. Nicaragua* resulta ser la primera oportunidad para que el tribunal interamericano fije parámetros en este ámbito y ordene medidas de adecuación del derecho interno. Este fallo, que cuenta con el elemento adicional de protección a grupos especiales como son las comunidades indígenas y étnicas, subraya que las normas y prácticas internas referidas a los procedimientos y autoridades implicadas en la materia —en principio altamente discrecional para el Estado¹⁷⁶— no pueden constituir un obstáculo para el ejercicio de los derechos políticos —en particular, el derecho de representación de los diversos grupos sociales en la esfera pública¹⁷⁷—. Sobre esta base el

¹⁷⁵ *Ibid.*, párrs. 205 - 206.

¹⁷⁶ Este principio queda reconfirmado de manera muy elocuente en el caso *Castañeda Gutman* cuando afirma: “es posible la existencia de diversos sistemas electorales que sean compatibles con la Convención”. Caso *Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 173.

¹⁷⁷ En efecto, la calidad de estas comunidades ameritó algunos matices en la interpretación del artículo 23 CADH que puede leerse en los siguientes dos párrafos: “No existe disposición en la Convención Americana que permita sostener que los ciudadanos sólo pueden ejercer el derecho a postularse como candidatos a un cargo electivo a través de un partido político. No se desconoce la importancia que revisten los partidos políticos como formas de asociación esenciales para el desarrollo y fortalecimiento de la democracia[...], pero se reconoce que hay otras formas a través de las cuales se impulsan candidaturas para cargos de elección popular con miras a la realización de fines comunes, cuando ello es pertinente e incluso necesario para favorecer o asegurar la participación política de grupos específicos de la sociedad, tomando en cuenta sus tradiciones y ordenamientos especiales, cuya legitimidad ha sido reconocida e incluso se halla sujeta a la protección explícita del Estado[...].” (cursivas fuera de texto, párr. 215). “[L]a Corte estima que la limitación analizada en los párrafos precedentes constituye una restricción indebida al ejercicio de un derecho político, que implica un límite innecesario al derecho a ser elegido, tomando en

tribunal ordena que se adopten las medidas pertinentes para asegurar que “los miembros de las comunidades indígenas y étnicas puedan participar en los procesos electorales en forma efectiva y tomando en cuenta sus tradiciones, usos y costumbres”¹⁷⁸.

Como consecuencia de haberse probado en el proceso internacional que tanto la Ley Electoral nicaragüense como su aplicación en el caso concreto —entre otras cosas en relación con los plazos— desconocían algunas de las garantías judiciales del artículo 8 CADH y el derecho a contar con un recurso judicial efectivo consagrado en el artículo 25 CADH, el tribunal interamericano ordenó al Estado “reformular la Ley Electoral No. 331 de 2000 de manera que regule con claridad las consecuencias del incumplimiento de los requisitos de participación electoral, los procedimientos que debe observar el Consejo Supremo Electoral al determinar tal incumplimiento y las decisiones fundamentadas que al respecto debe adoptar dicho Consejo, así como los derechos de las personas cuya participación se vea afectada por una decisión del Estado”¹⁷⁹.

El precedente jurisprudencial del caso *Yatama*, si bien alegado por los representantes de las víctimas en *Castañeda Gutman vs. México*, no es tenido en cuenta por la CorteIDH en este juicio, precisamente por la variación de contextos¹⁸⁰, al punto que ni siquiera se consideró probada la violación del artículo 23 CADH. A pesar de esta conclusión, la Corte ordena GNR orientadas a modificaciones en la “legislación secundaria y las normas que reglamentan el juicio de protección de los derechos del ciudadano de acuerdo con lo previsto en la reforma constitucional de 13

cuenta las circunstancias del presente caso, a las que no son necesariamente asimilables todas las hipótesis de agrupaciones para fines políticos que pudieran presentarse en otras sociedades nacionales o sectores de una misma sociedad nacional” (cursivas fuera de texto, párr. 219). Caso *Yatama vs. Nicaragua*, cit.

¹⁷⁸ *Ibid.*, punto resolutive núm. 11.

¹⁷⁹ *Ibid.*, párr. 258, referido directamente por el punto resolutive núm. 10 de la sentencia.

¹⁸⁰ Caso *Castañeda Gutman vs. México*, cit., párrs. 170-173.

de noviembre de 2007, de manera que mediante dicho recurso se garantice a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido”¹⁸¹, como una medida que asegure la existencia de un recurso judicial efectivo a través del cual puedan resolverse quejas relativas al ejercicio del derecho político a ser elegido, a pesar de que, como se afirmó, este derecho no resultó transgredido en perjuicio del peticionario internacional.

La lección que queda de la posición del CorteIDH en el caso anterior resulta bien interesante. Una sentencia que en buena parte concede la razón a México —situación ya bastante excepcional en el SIDH—, y que además valora positivamente las reformas electorales acreditadas por el Estado directamente encaminadas a proporcionar el recurso judicial efectivo demandado por los representantes¹⁸², sin embargo, no pierde oportunidad de decretar una medida con efectos generales bajo el velo de una GNR. ¿Se justifica que incluso en estos casos el tribunal internacional incluya dentro de sus resoluciones *garantías de no repetición*? Los siguientes capítulos procurarán respuestas a éste y otros interrogantes relacionados con la necesidad y legitimidad de las GNR en el SIDH.

3.4. LOS PROGRAMAS EDUCATIVOS COMO ESTRATEGIA PARA LA PREVENCIÓN DE VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS

Alrededor de cincuenta sentencias de reparaciones han incluido dentro de sus puntos resolutivos la adopción de programas de educación en derechos humanos. La educación es la mejor manera de corregir errores y prevenirlos a futuro. Por eso, las directrices del

¹⁸¹ *Ibid.*, punto resolutivo núm. 6.

¹⁸² *Ibid.*, párr. 230.

tribunal regional a los Estados comprometiéndolos con campañas, planes de formación y programas de trabajo con sus propios funcionarios y la población en general, forman parte de cualquier estrategia integral para la promoción de una cultura de los DDHH. No se recogerán estas resoluciones en detalle, más allá de la singularización que se ha hecho en el cuadro de análisis anexo y algunos breves comentarios que se expondrán, puesto que, en general, estos mandatos de la CorteIDH son genéricos y no ofrecen mayores dificultades de implementación a los Estados, en la medida en que —ordinariamente— dejan sobre ellos su diseño específico, si bien advirtiendo la necesidad de difundir la jurisprudencia interamericana.

En su mayoría, estos mandatos están ligados directamente a una GNR de las ya referenciadas, entre las cuales sobresalen aquellas que advierten sobre fallas estructurales en las prácticas de miembros de la fuerza pública, bien sea en centros de detención, cárceles o estrategias de seguridad para el manejo de delincuencia, conflictos internos o —en general— situaciones que amenazan y alteran el orden público. Como garantía adicional, se ha ordenado ampliar el grupo anterior, para que también reciba formación especial todo el personal involucrado con aquellas personas que se encuentran bajo custodia del Estado en cárceles o centros de detención, así como centros de salud mental.

Así mismo, como se advirtió en los acápite anteriores, los funcionarios encargados de las investigaciones y la administración de justicia en el Estado han sido objeto de constantes reclamos del tribunal. En consecuencia, la CorteIDH ha emitido numerosas órdenes en busca de incrementar su nivel de formación en estándares internacionales para llevar a cabo sus labores, incluso algunas veces forzando la obligatoriedad de ciertos referentes, lo cual puede ser muy cuestionable, según se puso de presente antes¹⁸³.

¹⁸³ Véase atrás, §3.2.3. en relación con la adopción de políticas públicas y prácticas estatales, específicamente la referencia que se hace a los casos *Carpio*

Dentro de este marco, sólo se quiere llamar la atención sobre la resolución en el caso *“Campo Algodonero” vs. México*, para dejar constancia de una posible crítica. En el texto de la orden la CorteIDH indica que los programas de capacitación deberán tener en cuenta una “perspectiva de género”, lo cual a simple vista no debería ofrecer preocupación alguna si se tiene en cuenta el contexto detallado en la sentencia. Sin embargo, considerando el panorama ideológico actual y las tensiones que en este frente en particular no pueden desconocerse (relativo a la diversidad de conceptos sobre los derechos de las mujeres), la remisión que hace el tribunal a los lineamientos de las Naciones Unidas podría en algún momento resultar sospechosa o al menos inconveniente.¹⁸⁴

En razón de esta observación, las medidas educativas en principio calificadas como no problemáticas, podrían llegar a implicar un cierto riesgo de manipulación en favor de movimientos comúnmente denominados de “reingeniería social”, escenario en el cual este tipo de resoluciones quedarían cuestionadas por su falta de legitimidad.

4. RECAPITULACIÓN

Este capítulo tenía por objeto presentar una panorámica exhaustiva de la jurisprudencia interamericana que ha desarrollado la figura de las *garantías de no repetición* con el fin de demostrar dos hipótesis centrales: por un lado, algunas de las debilidades e inconsistencias en relación con su concepto, alcances y sustento jurídico y, por otro, la existencia de una práctica regular y cada vez más

Nicole, Campo Algodonero, Fernández Ortega y Rosendo Cantú en conexión con los lineamientos de las Naciones Unidas.

¹⁸⁴ Cfr. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, cit., párr. 542, referido directamente por el punto resolutivo núm. 22.

desarrollada en la CorteIDH tendiente a provocar cambios estructurales en los países de la región a partir de resoluciones tipo GNR.

De cara a los fines propuestos, se planteó una estructura de tres ejes: en primer lugar, se propuso una aproximación inicial al concepto de GNR, que hiciera las veces de *test* para identificar la jurisprudencia relevante en la materia. Y si bien este concepto será revisado y completado en el siguiente capítulo, se plantea como un primer paso indispensable para sostener el estudio jurisprudencial propuesto. La selección jurisprudencial que se obtiene comprende cerca de ciento setenta medidas resolutivas caracterizadas con los elementos propios de una *garantía de no repetición*. Este universo fue analizado en la segunda y tercera partes, como se recoge a continuación.

El segundo apartado expone una visión histórico-crítica fundada en etapas cronológicas que responden a la evolución del pensamiento de la CorteIDH para justificar su práctica. A partir de este análisis se concluye que la jurisprudencia interamericana ofrece una precaria justificación sobre la naturaleza de las medidas adoptadas como "*garantías de no repetición*", con el agravante de que tampoco se preocupa de sustentar la competencia del tribunal para ordenarlas, aun sabiendo que no se encuentran expresamente reconocidas en la Convención Americana. Igualmente se puede advertir una cierta contradicción en el escaso soporte doctrinal que se ofrece: por un lado, su obligatoriedad parece residir en la necesidad de prevenir nuevas violaciones a los DDHH, pero al mismo tiempo se entienden como formas de reparación, típicamente restablecedoras de situaciones pasadas. En definitiva, la solidez y rigurosidad que justifica la legitimidad de estas medidas en la práctica judicial internacional se encuentra en entredicho, debido a una jurisprudencia oscilante y el exiguo interés del tribunal por ofrecer razones sólidas que las respalden. Estos hallazgos confirman, por tanto, la primera hipótesis propuesta.

Seguidamente, en el tercer apartado se expone una mirada detenida sobre el desarrollo de la práctica de las GNR en la

jurisprudencia de la CorteIDH unida a una propuesta para su clasificación. El resultado que se presenta obedece a un análisis cualitativo sobre la base de un plano cartesiano definido por dos coordenadas principales: por una parte, el contenido de la exigencia requerida al Estado por la CorteIDH —derogar, crear o modificar— y, por otro, la modalidad operativa a la que apunta la misma —ejecutivo, legislativo o judicial—. La combinación de estos criterios, enriquecidos con los elementos de margen de discrecionalidad admitido para el cumplimiento de la orden y alcance de los efectos que se persiguen, completan una perspectiva de análisis suficiente para respaldar la segunda hipótesis planteada.

Así las cosas, en este capítulo han identificado y clasificado un conjunto de resoluciones condenatorias de la práctica del tribunal interamericano orientadas a generar transformaciones estructurales en los sistemas nacionales. Este fenómeno —a pesar de su notoriedad e importancia— ha sido escasamente revisado por la academia y pobremente justificado por la CorteIDH. De allí la motivación de la propuesta que ofrecen los siguientes dos capítulos.

CAPÍTULO 3
LA LEGITIMIDAD DE LAS *GARANTÍAS DE NO
REPETICIÓN*: UNA PROPUESTA PARA SU
FUNDAMENTACIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

La preocupación por fortalecer una protección efectiva de los derechos humanos (DDHH) ha guiado en nuestra época un proceso que podría denominarse de diálogo e interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno de los Estados. Sin embargo, ese camino ha sido algunas veces obstaculizado por una visión formalista del Derecho, que encasilla en compartimentos estancos, por un lado, al Derecho constitucional y, por otro, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), sin hacerse cargo de su interrelación y complementariedad¹. En Latinoamérica nos encontramos ante un

¹ Y aunque desde el final de la segunda posguerra, con el surgimiento del DIDH, aparecen atisbos que demuestran una cierta apertura de los ordenamientos internos a los desarrollos internacionales, no es sino hasta las últimas décadas —ya en el contexto de la globalización— que las relaciones entre el DIDH y el Derecho constitucional comienzan a captar la atención de algunos internacionalistas y constitucionalistas. Recordando a Alejandro SAIZ ARNAIZ, Mauricio DEL TORO apunta sobre esta cuestión: “El «proceso de vinculación del Estado contemporáneo al derecho internacional es una realidad incuestionable» que sitúa a la dignidad humana como epicentro y fundamento tanto del orden interno como del internacional y que encuentra su reflejo en el

escenario de tensiones aún no plenamente resueltas, pese a que se han dado avances nítidos en esa dirección².

El aparente antagonismo entre el Derecho interno y el Derecho internacional empieza a superarse justamente con la fuerza que han ido adoptando los DDHH en la época actual, en la que se acentúa un objetivo

constitucionalismo mediante la apertura de los ordenamientos nacionales al derecho internacional de los derechos humanos". (M.I.D. TORO HUERTA, "La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 112 (2005), p. 335). El telón de fondo de esta discusión sobre las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho constitucional es la globalización y su influencia en la transformación del concepto de Estado-nación y del sistema de fuentes. Algunas reflexiones interesantes sobre este contexto pueden verse en los siguientes autores: R. DOMINGO, *Qué es el Derecho global?*, The Global Law Collection, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2008; D. ORDOÑEZ SOLÍS, *El cosmopolitismo judicial en una sociedad global: globalización, derecho y jueces*, The Global Law Collection, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008; CARBONELL, VÁZQUEZ et al., *La globalización y el orden jurídico. Reflexiones contextuales*.

² En el ámbito Latinoamericano han aparecido algunas figuras tendientes a alcanzar una cierta unidad del ordenamiento jurídico facilitando la compatibilidad de los dos órdenes: el nacional y el internacional. Las *garantías de no repetición* apuntan en esa dirección, pero no son la única muestra. Otra evidencia de esta tendencia armonizadora es la figura del bloque de constitucionalidad, cuestión que ha merecido abundantes desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales. Algunos estudios que dan cuenta del proceso de implementación de esta figura —de origen francés— en el sistema jurídico colombiano, son: A. RAMELLI, "Sistema de fuentes del Derecho Internacional Público y bloque de constitucionalidad en Colombia", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, no. 11 (2004) 157-75. H.A. OLANO GARCÍA, "El bloque de constitucionalidad en Colombia", *Revista de Estudios Constitucionales*, no. 1 (2005) 231-42. J. CÓRDOBA TRIBIÑO, "Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Derecho Constitucional Colombiano", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, no. 2 (2007) 17. En Colombia, la doctrina del bloque de constitucionalidad ha sido la alternativa empleada por la Corte Constitucional desde el año 1995 —con la sentencia 225/95, que ha sido revisada, modificada y complementada por jurisprudencia subsiguiente— para intentar resolver las posibles tensiones y contradicciones entre el principio de supremacía constitucional y la prevalencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

central compartido en estos dos ámbitos: la concreción de exigencias mínimas relativas a la defensa de la dignidad humana³. Sobre este eje han girado buena parte de los desarrollos contemporáneos del Derecho constitucional y del DIDH, particularmente protagonizados por los tribunales judiciales de ambas esferas, que incluso han mostrado interés en entablar un diálogo⁴. El proceso de fortalecimiento de un estatuto de

³ Cfr. TORO HUERTA, "La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial", *passim*. M. IGLESIAS VILA, "Justicia global y derechos humanos: hacia una ética de las prioridades", en (ed.), *La globalización y el orden jurídico. Reflexiones contextuales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, 227-66. Aunque el concepto de dignidad humana sea hoy en día objeto de tanta controversia, al punto que incluso hay quienes lo entienden como un vocablo vacío, una justificación sólida de los derechos humanos que permita su exigibilidad universal sin temor a la imposición arbitraria de unos grupos, culturas, etc. sobre otros, reclama aquel concepto. Es así como el principio de la igual e inviolable dignidad de todos los seres humanos termina siendo —en el entorno de las sociedades democráticas— el criterio de control ético y jurídico de las decisiones del gobierno, los legisladores y los jueces, así como también de las relaciones de los individuos entre sí. (Cfr. SANTIAGO, *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*, pp. 73-90). De lo anterior se desprende, por ejemplo, que en virtud del reconocimiento de la primacía de la dignidad humana el Derecho se debe oponer a cualquier forma de "cosificación" de la persona humana como la esclavitud, la explotación laboral, sexual, la discriminación racial, etc. (Cfr. DOMINGO, *Qué es el Derecho global?*, p. 165). Sobre las raíces históricas y las manipulaciones del término dignidad humana puede verse: Á. APARISI y J.J. MEGÍAS QUIRÓS, "Fundamento y justificación de los derechos humanos", en J.J. MEGÍAS QUIRÓS (ed.), *Manual de Derechos Humanos*, The global law collection, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, 163-205. Otros estudios que intentan decantar la idea de dignidad humana desde una perspectiva metafísica para fundamentar la noción de derechos humanos: C.I. MASSINI, *Filosofía del Derecho. El Derecho, los Derechos Humanos y el Derecho Natural*. Vol. Tomo I, Lexis Nexis. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, pp. 138-141. I.M. HOYOS, *De la dignidad y de los derechos humanos: una introducción al pensar analógico*, Temis/ Universidad de La Sabana, Bogotá, 2005, *passim*.

⁴ Las relaciones de diálogo entre cortes nacionales y la Corte Interamericana son un fenómeno interesante, aunque por su extensión y exigencias se encuentra fuera de los propósitos de la presente investigación. En todo caso, no puede desconocerse la influencia recíproca entre tribunales que, finalmente, están llamados a reconocer la norma que más favorezca los derechos humanos, eje de ambos órdenes: el nacional y el internacional (Cfr.S.

GARCÍA RAMÍREZ, "Panorama de la jurisdicción interamericana de derechos humanos", en A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC GREGOR, and M. MORALES ANTONIAZZI (ed.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, Vol. II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010, 335-401, pp. 399-400). Actualmente se cuenta con recopilaciones bibliográficas que dan cuenta de esta cuestión; véase, por ejemplo, la colección *Diálogo Jurisprudencial* editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM que desde el año 2006 hasta el 2010 recoge material útil en este sentido. No obstante la aclaración hecha, debe reconocerse la tendencia de varios tribunales nacionales que en el curso de la última década han incluido las sentencias interamericanas como base de justificación para sus propias decisiones. Referencias ilustrativas de este fenómeno en materia de amnistías, obligación de investigar, recurso judicial efectivo e indígenas, pueden verse en: D. GARCIA-SAYAN, "Inter-American Court and Constitutionalism in Latin America", *Tex. L. Rev.* 89 (2010) 27.

Es imposible hacer una valoración general y categórica sobre esta práctica que en muchos casos ha promovido positivamente las relaciones de cooperación a las que se ha aludido *en favor de un mayor respeto y protección a la persona humana*, pero, muy desafortunadamente, en otras situaciones ha servido apenas para corroborar la capacidad de manipulación de que es capaz el operador judicial en función de justificar sus fallos. Ejemplos de lo primero son, entre otros: caso Ekmekdjian v. Sofovich y otros, sobre libertad de expresión, fallo 315:1492 de Julio de 1992, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina; caso Castillo Páez de la Sala Penal Nacional del Perú, exp: 111-04- 20 de marzo de 2006; caso sobre protección a desplazados, sentencia T-025/04 de la Corte Constitucional de Colombia; caso Verbitsky Horacio s/habeas corpus, sobre condiciones penitenciarias, sentencia del 3 de Mayo de 2005, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina; caso sobre condiciones de reclusión de menores, exhibición personal No. 210-06, sentencia de 25 de Abril de 2006, Corte Suprema de Justicia de Honduras; caso sobre inconstitucionalidad de los tribunales militares para el juzgamiento de civiles, caso 42-2007 TC, sentencia 10 de junio de 2008, Tribunal Constitucional de Ecuador; entre otros. Sobre lo segundo, las sentencias de 28 de Agosto de 2008 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México en relación con la práctica de aborto durante las primeras doce semanas de embarazo y, en el mismo sentido, la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-355/06 de 10 de mayo de 2006, evidencian la capacidad de manipulación criticada, por cuanto no existe ninguna provisión en la Convención Americana —ni tampoco lo ha entendido así la CorteIDH— de la que pueda desprenderse la licitud del aborto. Sobre esta última cuestión que se refiere a la arbitrariedad en las decisiones judiciales que interpretan derechos humanos, puede verse el estudio de G. MORA RESTREPO, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría*

los derechos humanos ha forzado un acercamiento entre los órganos internacionales y los locales, y ha provocado, en no pocos casos, relaciones de sinergia y cooperación. Este diálogo judicial “intersectorial” (entre el nivel nacional y el nivel internacional), es un paso positivo en aras de la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico⁵. Esta es justamente la línea por la que aboga el presente estudio; se busca aquí, entre otras cosas, exaltar las bondades de un proceso de convergencia del orden internacional y el interno en torno a la protección de los DDHH, explorando posibilidades jurídicas que faciliten ese camino.

Una de las instituciones o figuras jurídicas en las que esta preocupación se ha plasmado es la de las *garantías de no repetición* (GNR). En las páginas siguientes se pretende abordar los fundamentos jurídicos que justifican las GNR en la práctica judicial interamericana, para lo cual se requiere ahondar en su concepto (§2), sobre el que algo se ha avanzado ya en el capítulo precedente, de modo tal que de allí se pueda aclarar luego su naturaleza (§3) y, consecuentemente, dar cuenta de las razones últimas y próximas que las sustentan (§4).

de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.

⁵ A este objetivo al que se alude hacen también relación las palabras del profesor PETERSMANN: “*Human rights require all governments and intergovernmental organisations to review how the power-oriented structures of the Westphalian ‘international law among states’ must be restructured so as to respect citizens as legal subjects and protect and promote human rights more effectively*”. E.U. PETERSMANN, “Human Rights, international Economic Law and ‘Constitutional Justice’”, *Eur. J. Int’l L.* 19, no. 4 (2008) 769-98, p. 771.

2. EL CONCEPTO DE *GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN*: UNA PROPUESTA PARA EL SISTEMA INTERAMERICANO

En el capítulo anterior se formuló un *test* para la identificación de las *garantías de no repetición*, a modo de primera aproximación que permitiera diferenciarlas de las medidas de reparación. El test suponía un concepto que llegados a este punto corresponde exponer con detalle y someter a debate. Ese paso inicial ahora se completa con una propuesta que además de tener en cuenta la descripción de la práctica llevada a cabo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), incluye una perspectiva crítica o normativa que busca optimizar el uso de las GNR dentro de los contornos legítimos derivados de su naturaleza.

Como se advertía antes, la falta de precisión y, muchas veces, la excesiva flexibilidad en el uso del vocablo *garantías de no repetición* o expresiones semejantes, desdibujan su verdadero carácter y singularidad, e incrementan el riesgo de su manipulación. De allí el interés por llevar a cabo un esfuerzo de clarificación conceptual. A este propósito apunta el presente apartado.

Una buena parte de las sentencias de la CorteIDH de la última década contienen una clara invitación a los Estados para que se establezcan medidas precisas tendientes a evitar la repetición de ilícitos en perjuicio de los DDHH⁶. Como se ha probado, estas decisiones son generalmente respaldadas por resoluciones obligatorias que contienen fórmulas y medidas concretas que, en opinión del tribunal, favorecen tales fines. Atendiendo el despliegue que ha tenido esta práctica en la región puede asegurarse que es intención clara de los jueces

⁶ En el capítulo precedente se han expuesto ampliamente todas las medidas ordenadas por el tribunal interamericano en este sentido. Adicionalmente, en el cuadro anexo a este trabajo puede encontrarse un listado completo que ofrece la visión panorámica de la jurisprudencia de la CorteIDH en la materia, desde sus primeros casos contenciosos hasta mayo de 2012.

interamericanos maximizar la función preventiva del Derecho⁷. Lo anterior significa que la práctica judicial regional está demostrando interés por explorar las posibilidades que se tienen desde los estrados para configurar condiciones sociales generales más a tono con los requerimientos de la justicia en materia de DDHH y, no sólo para responder a las exigencias de la justicia en los casos individuales.

La idea de potenciar la capacidad del Derecho para promover los DDHH y no sólo para reaccionar ante su amenaza o vulneración es indudablemente valiosa y atractiva. Sin embargo, detrás de esta preocupación emerge nuevamente una cuestión ya planteada en los capítulos anteriores. En efecto, al seguir la lógica de la CorteIDH de calificar las *garantías de no repetición* como reparaciones, la apuesta por un derecho preventivo parece colisionar, en primer lugar, con un principio elemental del sistema que rige la responsabilidad internacional del Estado —de índole correctiva—: se es responsable por los hechos ilícitos y sólo se reparan los daños causados. Mientras que la reparación se orienta hacia el pasado, las *garantías de no repetición*, por definición, apuntan hacia el futuro. En consecuencia, queda en evidencia que la naturaleza de las *garantías de no repetición* difiere de aquella de las reparaciones, lo que impone revisar su identidad, para luego —eventualmente— sustentar su validez.

Así, partiendo de los puntos de referencia que ofrecen la jurisprudencia de la CorteIDH y los estudios de Derecho internacional público en materia de responsabilidad del Estado por hechos

⁷ Aunque generalmente los jueces de la CorteIDH no reconocen expresamente esta tarea, la idea sí ha sido recientemente recogida por el expresidente de la corporación, al aludir a cuatro vertientes jurisdiccionales del tribunal interamericano: las clásicas funciones consultiva y contenciosa a las cuales añade la preventiva y ejecutiva. Así, en términos generales, el juez incorpora aquella función preventiva al alcance de las reparaciones que, ciertamente como han sido concebidas por el tribunal, no sólo tienen un carácter correctivo sino también preventivo. Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, "Panorama de la jurisdicción interamericana de derechos humanos", pp. 354, 383.

internacionalmente ilícitos, en este estudio se propone una definición de *garantías de no repetición* que dé cuenta de su entidad autónoma y evite o resuelva algunas de sus posibles críticas. Los elementos de mayor relieve para la construcción de ese concepto, de acuerdo con el análisis efectuado en los capítulos anteriores, pueden sintetizarse en los siguientes:

(i) la finalidad que justifica las GNR es el ánimo de prevenir nuevas violaciones a los DDHH similares a las ocasionadas en el caso decidido por la CorteIDH;

(ii) la resolución que ordena una GNR aparece motivada como un modo de contrarrestar un problema de orden general y permanente en el nivel nacional;

(iii) el objeto de las GNR consiste en la realización de reformas específicas en el interior del Estado, las que pueden estar referidas a la derogación, creación o modificación de leyes, prácticas, instituciones o políticas públicas.

Surgen a partir de lo anterior dos inquietudes: (i) cuál es la legitimación del tribunal para emitir GNR, y (ii) cuál es el ámbito de cobertura o amplitud de contenido legítimos de la garantía propuesta. A estos dos interrogantes se intentará dar respuesta a lo largo de los capítulos tres y cuatro. Sin embargo, resulta forzoso anticipar sucintamente algunos aspectos de esa respuesta para ofrecer un concepto completo de GNR, como se ha prometido.

Lo dicho hasta aquí unido a algunas de las conclusiones que se seguirán de la exposición posterior permiten llegar a una definición de las GNR —cuya plena justificación, vale la pena recalcarlo, se tendrá sólo al final del trabajo—. Se trata de *las medidas específicas ordenadas por un tribunal internacional en un juicio de responsabilidad estatal y con respeto al margen nacional de apreciación, tendientes a eliminar una deficiencia estructural que amenaza o vulnera derechos humanos en el ámbito interno del Estado, cuyo contenido —con el fin de prevenir futuras violaciones— apunta a la transformación del sistema nacional a partir de*

la derogación, creación o modificación de leyes, prácticas, instituciones o políticas públicas.

Los distintos elementos que componen el concepto propuesto coinciden se relacionan con los criterios del test referenciado en el capítulo precedente, aunque no coinciden por completo. Brevemente y a manera de recuento se pueden señalar las siguientes notas: el *origen* próximo de las GNR reside en la voluntad de un tribunal judicial y como *finalidad* que las justifica aparece su potencialidad de advertir sobre deficiencias estructurales dentro del Estado que amenazan o violan DDHH con miras a procurar su superación. De este modo su *contenido* se define en términos de mandato que le exige al Estado derogar, crear o modificar leyes, prácticas, políticas o instituciones; acciones todas que requerirán la competencia de un determinado poder público interno sobre la base del cual se establece una especie de *modalidad* concreta que les caracteriza, esto es, una medida del orden legislativo, ejecutivo o judicial, de acuerdo con el tipo de conducta que se le reclame al Estado condenado. Así pues, los *efectos* que se esperan de las GNR tienen un alcance general y colectivo, que las diferencia esencialmente de las reparaciones. Además de todos estos criterios que circunscriben la entidad de las GNR, el concepto incluye la referencia al margen nacional de apreciación como límite último que delinea el ámbito de competencia del tribunal, según se explicará en el capítulo cuarto.

Alcanzado este concepto con sus notas esenciales, es posible ahora formular dos hipótesis fundamentales que se resumen a continuación como anticipación de los siguientes epígrafes; se apunta así al objeto central de este capítulo: desentrañar las cuestiones relacionadas con la naturaleza, los fundamentos y la legitimidad de las GNR.

(i) En primer lugar, el concepto *garantías de no repetición* merece atención especial en el DIDH por cuanto puede llegar a jugar un papel muy importante en la prevención de daños a los derechos humanos. Se trata, pues, de una herramienta judicial de naturaleza preventiva, más que reparadora. Sabiendo que en este ámbito las lesiones que se

configuran son de modo ordinario irreparables, los mecanismos de prevención son especialmente relevantes.

(ii) En segundo lugar, el fundamento y legitimidad de las GNR en el SIDH puede probarse a partir de la interpretación armónica de los principios esenciales del sistema regional, las obligaciones generales de la Convención Americana, así como la tarea pedagógica y tutelar que le corresponde a la CorteIDH.

Dicho esto, los apartados que siguen buscan ofrecer razones suficientes en defensa de esta figura, que en definitiva —con un buen uso— está llamada a cumplir un papel de relevancia para la promoción de los DDHH en el continente.

3. LA FUNCIÓN PREVENTIVA DEL DERECHO: EL ÁMBITO EN EL QUE SE JUSTIFICAN LAS *GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN*

3.1. FUNCIÓN PREVENTIVA Y DERECHO

Vale la pena detenerse un momento sobre la así llamada “función preventiva” del Derecho para ubicar en ese marco a las *garantías de no repetición*.

Hace algunos años Norberto BOBBIO llevó a cabo una interesante aproximación al fenómeno de la “función preventiva”. La propuesta global de este autor —si bien tiene también muchas limitaciones⁸— ofrece elementos que contribuyen —junto con otros, como se verá— a una adecuada justificación de las *garantías de no repetición* en el accionar de la CorteIDH.

⁸ Cfr., al respecto, M. SILVA ABBOTT, *La evolución de la ciencia jurídica en Norberto Bobbio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, *passim* (entre otros trabajos valiosos de este autor sobre el pensamiento de Bobbio).

Como se sabe, el profesor italiano alertó sobre algunas de las deficiencias del positivismo y, en particular, su ineficacia para construir un orden social que trascienda un esquema exclusivamente sancionatorio o correctivo⁹. Para este autor, en todo estudio de Teoría jurídica debe tenerse en cuenta por un lado, un análisis crítico de aquella concepción tradicional que reduce al Derecho al ámbito de lo represivo¹⁰ y, por otro, la comprensión de lo preventivo como manifestación de la función promocional del Derecho¹¹. Ambos aspectos

⁹ Bobbio expone la complejidad del término “positivismo jurídico” y se esfuerza por identificar las notas esenciales que le caracterizan y los diversos modos de comprenderlo. No es objeto de la presente investigación detenerse en ellas, aunque vale la pena aludirles de paso puesto que han resultado útiles para comprender las limitaciones del “formalismo positivista” en el intento de explicar la tarea preventiva del derecho. Un estudio sencillo y sistemático en este sentido puede verse en: N. BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, (traducido por E. GARZÓN VALDÉS), 6a. ed., Distribuciones Fontamara, México, 1991. Sobre la insuficiencia de las concepciones tradicionales del Derecho también puede verse: N. BOBBIO, *Contribución a la teoría del derecho*, (traducido por A. RUIZ MIGUEL), Derecho, Debate, Madrid, 1990.

¹⁰ Este aspecto se sintetiza en las siguientes palabras del autor: “... quien mire las tareas del Estado contemporáneo y las compare con las de los Estados de otros tiempos, sobre todo la tarea de controlar y dirigir el desarrollo económico, no puede dejar de darse cuenta que el Estado desarrolla a través del Derecho también una función de estímulo, de promoción, de provocación de la conducta de individuos y de grupos que es la antítesis clara de la función solamente protectora o solamente represiva.” (BOBBIO, *Contribución a la teoría del derecho*, p. 268). Aunque en el texto se haga una referencia expresa al desarrollo económico, es preciso comentar que la teoría funcionalista no se encuentra limitada a este ámbito; por el contrario, una revisión completa de esta doctrina pone de manifiesto una noción general de ordenamiento jurídico, no sesgada a la naturaleza de ciertos asuntos que tienen recibo en la dinámica jurídica.

¹¹ Para BOBBIO, esta función represiva a la que se alude es propia de una concepción tradicional (positivista), de acuerdo con la cual el derecho actúa con posterioridad a los comportamientos “de ahí que sus funciones características sean la represión de los comportamientos desviantes (derecho penal) y la resolución de los conflictos de intereses (derecho civil)” (R. VIGO, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 144). La propuesta bobbiana que gira en torno a los fines del Derecho, busca que se reconozca la función promocional, desde la cual “se hace cada vez más

—vistos como dos caras de una misma moneda— refuerzan una de las ideas que inspiran esta investigación: resaltar las posibilidades que el Derecho ofrece para la organización y el desenvolvimiento de una sociedad que anhela la justicia, a partir de la prevención de daños a los bienes humanos fundamentales.¹²

En este orden de ideas, el Derecho, por un lado, “despliega la función de *protección* respecto a los actos lícitos mediante la *represión* de los actos ilícitos”¹³, y por otro, ejerce mediante la función promocional una especie de control anticipado de las conductas

frecuente el uso de las técnicas de alentamiento, junto a, o en sustitución de, las tradicionales de desalentamiento” (BOBBIO, *Contribución a la teoría del derecho*, p. 372).

¹² Para efectos de este estudio, vale la pena aclarar que la íntima relación entre derecho y justicia no los hace términos equivalentes o convertibles: la justicia no es el mismo derecho. Por el contrario, se apela a un concepto de justicia común, como lo prueba HERVADA, que no obedece a una corriente filosófica particular —en estricto sentido— sino más bien a un hecho o realidad social que explica la justicia como virtud en función del derecho: como hábito (virtud) de dar a cada cual lo suyo, su derecho. Así las cosas, y en línea con el mismo autor, la actividad del jurista, propiamente la del juez, consiste en *decir* lo que le corresponde a cada quien (el derecho) de acuerdo con un título (natural o positivo) que lo hace acreedor de ese bien, esa carga o esa función y según una medida de igualdad. Ese *decir el derecho*, propio de la actividad del juez, es declarar *lo justo* en cada caso concreto. Así, la justicia no es un objeto (no es la cosa que se reconoce y se da), ni una teoría, sino una acción habituada (virtud) de *dar* a cada quien lo que le corresponde. En consecuencia, el derecho (lo justo) es el objeto de la justicia y, por tanto, de esta relación estrecha puede deducirse que una sociedad que se preocupa por el respeto del derecho (lo que le corresponde a cada cual según un título y una medida) estará más cerca de ser una sociedad *justa*. La justicia, así vista, tiene una doble faceta: es virtud y es exigencia en cuanto aspiración social. En este marco se entiende, pues, que para el logro de tan ambicioso objetivo —que es un deseo imperativo de toda comunidad—, el papel del juez resulta trascendental. Sobre el concepto de derecho y de justicia, sus exigencias y manifestaciones en el oficio del jurista puede verse: J. HERVADA XIBERTA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, EUNSA, Pamplona, 2000. Una versión expositiva, resumida y clara de estos conceptos en la perspectiva del realismo jurídico clásico: J. HERVADA XIBERTA, *Escritos de derecho natural*, 2a ed., EUNSA, Pamplona, 1993.

¹³ BOBBIO, *Contribución a la teoría del derecho*, p. 372.

sociales, a fin de promover aquellas deseables de acuerdo con los valores que aspira realizar esa comunidad. Bobbio, que reconoce esto, no es capaz de extraer de allí todas las consecuencias que existen y su propuesta se queda, en este como en otros puntos, a mitad de camino¹⁴.

Todo esto permite advertir, entre otras cosas, que una visión teleológica es necesaria para el funcionamiento del sistema jurídico¹⁵. Así, redescubrir las posibilidades del Derecho pensado en términos de fines, abre un horizonte riquísimo desde donde se hace posible pensar que la prevención de hechos ilícitos es un asunto tan importante como su castigo¹⁶. Haciendo eco al juez CANÇADO TRINDADE:

El Derecho Internacional procura anticiparse a la regulación de los hechos sociales, de modo tal que se eviten el desorden y el caos, así como los daños irreparables. En los recientes desarrollos, particularmente en relación con la protección del medio ambiente y los

¹⁴ Sobre esta crítica puede verse el análisis del profesor argentino Rodolfo VIGO, quien apunta de manera muy certera algunas de las debilidades más prominentes de la teoría funcionalista de BOBBIO: VIGO, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, pp. 133-154.

¹⁵ Por otra parte, esta misma premisa, aunque no sea completa, ya es suficiente para alentar una mirada más realista del Derecho en cuanto reconoce su intersección con lo ético, lo político, lo sociológico, lo económico, entre otros campos. Este es un asunto de la mayor relevancia para comprender que las decisiones judiciales en muchas ocasiones conllevan un impacto en estos distintos niveles y no por ello dejan de ser jurídicas. Por elemental que parezca esta conclusión, se alude a ella como respuesta anticipada a una de las críticas que pueden hacerse a las *garantías de no repetición*, en cuanto su implementación ordinariamente supone la puesta en marcha de procesos relativos a varios de estos campos por su conexión con los fines del ordenamiento jurídico.

¹⁶ Cfr., sobre todo esto, P. ZAMBRANO, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009, *passim*.

derechos humanos, la dimensión preventiva del Derecho se hace manifiesta.¹⁷

Desde esta perspectiva se facilita enormemente la justificación de las *garantías de no repetición* como herramientas o instrumentos direccionados a uno de los fines del Derecho: la prevención de conductas “no deseables” socialmente, por ser contrarias a la justicia.

3.2. LA FUNCIÓN PREVENTIVA DEL DERECHO EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

La CorteIDH ha interpretado que la función preventiva del Derecho se encuentra presente en la CADH en dos lugares: por una parte, en el contenido del deber de garantía de los DDHH prescrito en el artículo 1.1 CADH y, por otra, en una interpretación amplia del artículo 63.1, así como de las medidas provisionales del 63.2 CADH¹⁸.

Con relación al deber de prevención que atañe a todos los Estados parte de la Convención, desde su primera sentencia de fondo el tribunal ha entendido que la obligación positiva de garantizar los DDHH establecida en el artículo 1.1 exige al Estado cuatro conductas: (i) prevenir razonablemente violaciones a estos derechos, (ii) investigarlas

¹⁷ A.A. CAÑADO TRINDADE, *International law for humankind: towards a new jus gentium*, Martinus Nijhoff, Leiden - Boston, 2010, p. 40 (traducción libre).

¹⁸ Del mismo texto del artículo 63.2 CADH se infiere el poder que se le ha otorgado a CorteIDH para prevenir daños irremediables a partir del uso de las medidas provisionales. La norma reza así: “En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes”. Se quiere dejar constancia de esta cuestión, sin embargo, no será objeto de revisión en este estudio por cuanto no tiene relación directa con las *garantías de no repetición*.

en caso de ocurrencia, (iii) sancionar a los responsables de tales actos, y (iv) procurar una justa reparación de las víctimas.¹⁹

Sobre este primer deber de prevención a cargo del Estado, la CorteIDH ha expresado en su jurisprudencia constante:

El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado.²⁰

Tratándose justamente de una obligación de medios, en caso de querer eximirse de responsabilidad internacional el Estado deberá demostrar su debida diligencia haciendo constar las medidas concretas asumidas dirigidas a prevenir los ilícitos de los que se le acusa. Desde esta perspectiva, está claro que el alto tribunal considera que el Derecho prescrito en la Convención Americana tiene una función preventiva, particularmente importante en el escenario de protección a los DDHH, en el sentido de imponer a los Estados la obligación positiva de precaver razonablemente las violaciones a estos bienes básicos, incluso garantizando su eficacia frente a particulares, so pena quebrantar una norma jurídica internacional²¹.

¹⁹ Cfr. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrs. 166, 174.

²⁰ *Ibid.*, párr. 175.

²¹ El tribunal no se ha detenido sobre el fundamento último (remoto) de este deber de prevención. En todo caso, es interesante traer a colación la reflexión de uno de sus jueces en las primeras sentencias en las que se debate

Al mismo tiempo que la CorteIDH ha reiterado la importancia de esta obligación de prevención, ha reconocido también que no es ilimitada. Así, el tribunal ha declarado que los Estados no se encuentran sujetos a responsabilidad internacional en aquellas situaciones en las que se ha presentado una violación a los DDHH a manos de particulares, a menos que se pruebe falta de diligencia ante un riesgo que ha debido conocer y ante el cual razonablemente tendría que haber actuado. En estas palabras lo expresó la Corte en los casos “*Pueblo Bello*” y “*Campo Algodonero*”:

[P]ara la Corte es claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, el carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus

si, sobre la base de la prevención, podrían ordenarse al Estado modificaciones legislativas como forma de reparación integral: “una corriente de pensamiento históricamente más reciente, identifica la base o fuente de la propia responsabilidad internacional del Estado en el elemento objetivo del riesgo (absolute liability/responsabilité absolue). Es esta la tesis que me parece capaz de fundamentar conceptualmente el deber de prevención o de debida diligencia por parte de los Estados, para evitar violaciones de los derechos humanos tanto por actos como por omisiones a ellos imputables. [...] En mi entender, la responsabilidad internacional del Estado se compromete a partir del momento en que deja él de cumplir una obligación internacional, independientemente de la verificación de falta o culpa de su parte, y de la ocurrencia de un daño adicional. Más que una presunta actitud o falla psicológica de los agentes del poder público, lo que realmente es determinante es la conducta objetiva del Estado (la debida diligencia para evitar violaciones de los derechos humanos). Se puede, así, ciertamente llegar a la configuración de la responsabilidad objetiva o “absoluta” del Estado a partir de la violación de sus obligaciones internacionales convencionales en materia de protección de los derechos humanos. Sobre dicha responsabilidad objetiva reposa el deber de prevención”. Voto disidente del juez A. A. Cançado Trindade. Caso El Amparo vs. Venezuela. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Resolución de la Corte de 16 de abril de 1997. Serie C No. 46, párrs. 16, 21.

relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía.²²

Al delimitar el alcance de ese efecto horizontal de los derechos humanos, el tribunal ha llegado a concretar algunas de las exigencias que hace la Convención Americana a los Estados en materia de prevención de violaciones en este campo. Esto ha sucedido reforzando la importancia del deber general de garantía y, además, el elemento preventivo como factor determinante para el cumplimiento de las obligaciones que emanan de las provisiones convencionales que consagran derechos humanos específicos. Así por ejemplo, el tribunal ha acentuado el deber de prevención en los casos de protección al derecho a la vida y a la integridad personal, pero fijando sus contornos²³. De

²² Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 123. En el mismo sentido, caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 280.

²³ Sobre las condiciones y límites al deber de prevenir violaciones a derechos humanos por actividad de particulares, los casos *Ximenes Lopes* y “*Campo Algodonero*” aportan nuevos elementos a tener en cuenta. Así, en el primero, el tribunal aseveró: “Los Estados tienen el deber de supervisar y garantizar que en toda institución psiquiátrica, pública o privada, sea preservado el derecho de los pacientes de recibir un tratamiento digno, humano y profesional, y de ser protegidos contra la explotación, el abuso y la degradación”. Es así como “[l]a Corte ya señaló que de la obligación general de garantía de los derechos a la vida y a la integridad física, nacen deberes especiales de protección y prevención, los cuales, en el presente caso, se traducen en deberes de cuidar y de regular”. (Caso *Ximenes Lopes* vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párrs. 108, 137). En el segundo caso, entre otras consideraciones en relación

hecho, al analizar la responsabilidad internacional del Estado a la luz de las obligaciones generales, el tribunal ha afirmado que lo decisivo es dilucidar “si una determinada violación [...] ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido *en defecto de toda prevención o impunemente*”²⁴.

Pero esta no es la única vertiente del deber de prevención en el marco de la Convención Americana. También ha insistido la Corte que las reparaciones pueden tener un carácter preventivo y se ha decidido, en consecuencia, a ordenarlas. Se trata de dos obligaciones distintas: la de garantizar y la de reparar, aunque ambas puedan acarrear acciones de tipo preventivo. La diferencia entre ellas la puntualizó la CorteIDH del siguiente modo, por primera vez, en el caso *Garrido y Baigorria*:

Se trata aquí de obligaciones de igual importancia. La obligación de garantía y efectividad es autónoma y distinta de la de reparación. La razón de esta diferencia se manifiesta en lo siguiente: la reparación prevista en el artículo 63.1, tiende a borrar las consecuencias que el

con el deber de prevenir, la Corte argumentó que: “los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará”. (Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, cit., párr. 258)

²⁴ Esta es jurisprudencia constante del tribunal como puede apreciarse en diversos casos, entre ellos: caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo, cit., párr. 173; caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, cit., párr. 236 (cursiva fuera de texto).

acto ilícito pudo provocar en la persona afectada o en sus familiares o allegados. Dado que se trata de una medida dirigida a reparar una situación personal, el afectado puede renunciar a ella [...]. En cambio, aún cuando el particular damnificado perdona al autor de la violación de sus derechos humanos, el Estado está obligado a sancionarlo, salvo la hipótesis de un delito perseguible a instancia de un particular. La obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los culpables no tiende a borrar las consecuencias del acto ilícito en la persona afectada, sino que persigue que cada Estado Parte asegure en su orden jurídico los derechos y libertades consagrados en la Convención.²⁵

A pesar de la elocuencia del párrafo citado, conviene hacer dos anotaciones. En primer lugar, llama la atención que con el tiempo la jurisprudencia haya desdibujado la claridad del lindero que diferencia la finalidad de la reparación con otro tipo de medidas de garantía. De hecho, este es justamente uno de los ejes rectores de las críticas que se han señalado y sobre la que se insistirá en relación con la práctica de las *garantías de no repetición* en la jurisprudencia interamericana: la naturaleza autónoma de las GNR y, consecuentemente, el error que supone asimilarlas a modalidades de reparación. El texto transcrito refuerza la crítica manifestada. Si las reparaciones se justifican como medios para “borrar las consecuencias que el acto ilícito pudo provocar en la persona afectada o en sus familiares o allegados”, es evidente que su mirada es retrospectiva, mientras que las GNR tienen una indiscutible vocación preventiva. Por tanto, confundir la naturaleza de ambas figuras es un error conceptual con repercusiones prácticas, algunas de las cuales se señalarán más adelante.

En segundo lugar, cabe señalar que para el momento de aquel fallo, la CorteIDH aún no contaba con el historial de “sentencias complejas”

²⁵ Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 72.

que hoy se conocen²⁶, por lo que sus consideraciones parecen todavía precarias en relación con el carácter preventivo de las reparaciones. Ahora bien, a pesar de que existen votos individuales desde los primeros años de la década de los noventa tendientes a impulsar tales decisiones²⁷, no consta en las decisiones de la corporación una justificación sólida de su competencia para ordenar medidas de reparación específicas con fines preventivos²⁸.

Resulta interesante analizar en perspectiva comparativa con los tiempos actuales, las decisiones de los casos "*Panel Blanca*" y "*Niños de la Calle*" (2001). De allí se infiere que el tribunal omitió deliberadamente cualquier consideración respecto de su competencia en el campo de este tipo de medidas, y prefirió poner el acento en el deber de adecuación del Derecho interno a cargo del Estado. Esto último implica un reconocimiento de la mejor posición de aquel para determinar los medios que lo lleven al cumplimiento de la obligación contenida en el artículo 2 CADH²⁹.

²⁶ La expresión "sentencias complejas", como ya se dijo, ha sido utilizada en estudios anteriores para referirse a fallos de la CorteIDH especialmente cargados de diversidad de modalidades de reparación (con vistas a una satisfacción integral de las víctimas), por oposición a los del tribunal europeo generalmente limitados al pago de una indemnización. Cfr. LONDOÑO LÁZARO, "Las cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos en perspectiva comparada", pp. 107, 111.

²⁷ Los votos disidentes del juez CANÇADO TRINDADE en los casos de *El Amparo vs. Venezuela y Caballero Delgado y Santana vs. Colombia* dan cuenta de ello. A partir de aquellas decisiones, este será uno de los aspectos por los que con mayor insistencia abogó este juez en sus votos individuales.

²⁸ Excepcionalmente la CorteIDH se ha hecho cargo de justificar someramente sus facultades en este punto, como lo expresa en la sentencia de fondo y reparaciones en el caso *Tristán Donoso*, párrafo que se transcribirá unas páginas adelante.

²⁹ En ambos casos queda claro que la CorteIDH dejó al arbitrio del Estado la selección de aquellas medidas más eficaces para que su ordenamiento interno se adecue a las exigencias de la Convención. En este sentido expresó: "esta Corte considera que Guatemala debe implementar en su derecho interno, de acuerdo al artículo 2 de la Convención, las medidas legislativas,

Se puede advertir que paulatinamente la CorteIDH fue vinculando la obligación positiva del Estado de garantizar los DDHH —en particular, el deber de investigar para contrarrestar la impunidad—, con modalidades de reparación que poco a poco se perfilaban como *garantías de no repetición*. Tres momentos de la sentencia de reparaciones del caso *Bámaca Velásquez* ilustran lo anterior:

En lo que se refiere a la violación del derecho a la vida y otros derechos (libertad e integridad personales, garantías judiciales y protección judicial), por no ser posible la *restitutio in integrum* y dada la naturaleza del bien afectado, la reparación se realiza, *inter alia*, según la práctica jurisprudencial internacional mediante una justa indemnización o compensación pecuniaria, a la cual debe sumarse las medidas positivas del Estado para conseguir que hechos lesivos como los del presente caso no se repitan (párr. 40).

administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias con el objeto de adecuar la normativa guatemalteca a las previsiones convencionales en cuanto a los derechos a la libertad personal, las garantías judiciales y la protección judicial, *para evitar que ocurran en el futuro casos como el presente*" (cursiva fuera de texto). Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C No. 76, párr. 203.

Asimismo, el tribunal dio respuesta a las pretensiones de la Comisión y los representantes de las víctimas en otro caso: "esta Corte considera que Guatemala debe implementar en su derecho interno, de acuerdo al citado artículo 2 de la Convención, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias con el objeto de adecuar la normativa guatemalteca al artículo 19 de la Convención, *para prevenir que se den en el futuro hechos como los examinados*. Pese a lo dicho, *la Corte no está en posición de afirmar cuáles deben ser dichas medidas* y si, en particular deben consistir, como lo solicitan los representantes de los familiares de las víctimas y la Comisión, en derogar el Código de la Niñez de 1979 o en poner en vigencia el Código de la Niñez y la Juventud aprobado por el Congreso de la República de Guatemala en 1996 y el Plan de Acción a Favor de Niños, Niñas y Jóvenes de la Calle de 1997" (cursiva fuera de texto). Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 102.

[E]s obligación del Estado, según el deber general establecido en el artículo 1.1 de la Convención, asegurar que estas graves violaciones no se vuelvan a repetir. En consecuencia, debe hacer todas las gestiones necesarias para lograr este fin. Las medidas preventivas y de no repetición empiezan con la revelación y reconocimiento de las atrocidades del pasado, como lo ordenara esta Corte en la sentencia de fondo. La sociedad tiene el derecho a conocer la verdad en cuanto a tales crímenes con el propósito de que tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro [...] Por consiguiente, la Corte reitera que el Estado tiene la obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones de la Convención Americana en el presente caso, así como de divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables (párrs. 77-78).

[C]omo una medida de satisfacción, la Corte considera que el Estado debe implementar, en caso de no existir en la actualidad, un programa nacional de exhumaciones [...] (párr. 83).³⁰

Nótese que la referencia a un programa nacional de exhumaciones tiene más carácter exhortativo que prescriptivo, por cuanto en la parte resolutive de esta sentencia no se hace referencia expresa a tal “obligación”; sin embargo, en cuestión de poco tiempo, el lenguaje cambia y comienza a aparecer el carácter vinculante de tales “invitaciones”. Las resoluciones de la CorteIDH en los casos *Trujillo Oroza*, por una parte, y *Hilarie, Constantine Benjamin y otros*, por otra, evidencian la mutación:

Que el Estado debe tipificar el delito de desaparición forzada de personas en su ordenamiento jurídico interno, en los términos del párrafo 98 de la presente Sentencia.³¹

³⁰ Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91.

³¹ Caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, punto resolutive 2. El párrafo 98 al que se hace alusión establece: “este Tribunal estima procedente la solicitud de que se

Que el Estado debe abstenerse de aplicar la Ley de Delitos contra la Persona de 1925 y, dentro de un plazo razonable, debe modificarla adecuándola a las normas internacionales de protección de los derechos humanos, en los términos expuestos en el párrafo 212 de la presente Sentencia.³²

ordene al Estado tipificar el delito de desaparición forzada de personas en su ordenamiento jurídico interno y *considera que esta reparación sólo se debe tener por cumplida cuando el proyecto se convierta en ley de la República y ésta entre en vigor, lo cual deberá efectuarse en un plazo razonable* a partir de la notificación de la presente Sentencia” (cursiva fuera de texto). Nótese las implicaciones de la resolución de la CorteIDH en este caso: (i) El tribunal internacional ordena la creación de una ley nacional. (ii) El tribunal internacional entiende que la tipificación del delito de desaparición forzada es una modalidad de reparación, sin embargo, al tratarse de la promulgación de una ley los efectos que se esperan son generales y a futuro. Difícilmente esta medida podrá llegar a producir también algún beneficio a los familiares de la víctima concreta del caso, a menos que bajo alguna remota excepción al principio de irretroactividad de la ley penal, pudiera tramitarse la causa en el nivel interno bajo la nueva tipificación. (iii) Como obligación (de reparación) impuesta por una sentencia judicial, el Estado se encuentra obligado al cumplimiento de la misma dentro de un plazo razonable, so pena de incumplir nuevamente con otra obligación internacional: el deber de ejecutar los fallos del tribunal regional, consignado en el artículo 68.1 CADH.

³² Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, punto resolutive 8. El párrafo 212 aludido establece: “el Estado de Trinidad y Tobago debe abstenerse de aplicar la ley mencionada y, dentro de un plazo razonable, debe modificarla, adecuándola a la Convención Americana y otras normas internacionales de derechos humanos, conforme a lo dispuesto por el artículo 2 de ésta, de manera que se garantice el respeto y el goce de los derechos a la vida, a la integridad personal, al debido proceso legal y a las garantías judiciales, consagrados en ese mismo instrumento internacional. *Entre las respectivas modificaciones de la legislación debe quedar incluida la referente a la introducción de diversas categorías (tipos penales) de homicidio intencional, que correspondan a la diversa gravedad de los hechos, tomando en cuenta las circunstancias del delito y del justiciable, y se debe establecer una gradación de los niveles de severidad de la pena que guarde relación con la gravedad de los hechos y con la culpabilidad del imputado*”. Algunas implicaciones de esta resolución merecen atención: (i) La decisión de la Corte es de carácter dual: por un lado, abstenerse de aplicar una Ley respecto de toda la sociedad y no sólo las determinadas víctimas y, por otro lado, introducir

¿Por qué podría justificarse este cambio de acento en la jurisprudencia interamericana? La Corte misma responde con insistencia: con el fin de asegurar que estas graves violaciones no se repitan, es decir, con el fin de prevenir nuevos ilícitos, aunque no se ahonde mucho en el fundamento por el cual está en poder del tribunal emitir ese tipo de órdenes. Al parecer, la CorteIDH estima suficiente sustento la interpretación amplia del artículo 63.1 CADH en materia de reparaciones y, eventualmente aunque no lo expresa siempre de manera consistente, la base que ofrecen las obligaciones generales de garantizar los DDHH y adecuar el Derecho interno (artículos 1.1. y 2 CADH).³³

Así, como fuera anticipado en el capítulo anterior, la Corte Interamericana en numerosos fallos ha hecho expresa su intención de decretar medidas de reparación que, además de compensar el daño sufrido por las víctimas, tiendan a disuadir o precaver nuevas

modificaciones específicas a la ley penal. (ii) Ambas exigencias tienen alcance colectivo y a futuro y, en efecto, resultan ser medidas preventivas de nuevas arbitrariedades del Estado en el procesamiento de criminales. (iii) Al ser ordenadas como medidas de reparación, el Estado queda sujeto al cumplimiento de las mismas, so pena de incumplir nuevamente con otra obligación internacional: el deber de ejecutar los fallos del tribunal regional, consignado en el artículo 68.1 CADH. Como puede observarse, la decisión puede ser particularmente problemática desde el punto de vista interno, si se tiene en cuenta que las modificaciones a la Ley penal no quedan a discreción del legislador nacional, sino que la CorteIDH ya ha establecido los derroteros de la nueva legislación.

³³ Aunque no es usual que la Corte haga explícitas este tipo de consideraciones, en alguna oportunidad ha señalado: “Conforme al artículo 63.1 de la Convención, esta Corte tiene amplias facultades para ordenar las medidas de reparación que estime necesarias. En su competencia contenciosa la Corte puede ordenar a los Estados, entre otras medidas de satisfacción y no repetición, la adecuación del derecho interno a la Convención Americana de manera de modificar o eliminar aquellas disposiciones que restrinjan injustificadamente dichos derechos. Ello de conformidad con la obligación internacional de los Estados de respetar los derechos y adoptar disposiciones de derecho interno a que se refieren los artículos 1.1 y 2 de la Convención”. Caso *Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 176.

violaciones a la Convención Americana. Esas expresiones son un criterio inicial y valioso en el proceso de identificación y análisis de las *garantías de no repetición*, puesto que delimitan un contexto general dentro del cual se puede dar cuenta de ellas: el carácter preventivo que les caracteriza. Sin embargo, como se estableció en ese capítulo, no todas las medidas adoptadas por el alto tribunal sobre la base de su capacidad preventiva son, en estricto sentido, una *garantía de no repetición*, fundamentalmente por cuanto no señalan una deficiencia estructural ni están dirigidas específicamente a la transformación del sistema nacional.

Expuesto de otro modo, el discurso sobre la prevención de violaciones a DDHH elaborado por la CorteIDH como justificación de ciertas modalidades de reparación “atípicas” en un tribunal internacional, abarca muchas otras medidas distintas a las *garantías de no repetición*. Lo anterior significa que no todas las formas de reparación ordenadas por la CorteIDH haciendo alusión a su carácter preventivo están dirigidas a obtener transformaciones institucionales concretas a partir de decisiones judiciales internacionales. Por tanto, no todas las reparaciones con “ánimo preventivo” ordenadas por el tribunal ofrecen las dificultades que acarrea una prescripción jurídica perentoria que conmina al Estado a llevar a cabo reformas específicas en el orden interno, como es el caso de las GNR.³⁴

³⁴ Aquellas resoluciones de la CorteIDH que prescriben adelantar las investigaciones de los crímenes ocurridos o encontrar los restos mortales de una víctima como formas de combatir la impunidad y con ello, evitar la repetición de tales ilícitos, ilustran el argumento que se expone. Aunque el adelantamiento de investigaciones en verdad resulta una medida de reparación (por satisfacción) para las víctimas o sus familiares, se suele vincular este deber de investigar con la prevención de nuevas violaciones. Y no se equivoca la CorteIDH al pensar que la impunidad es un aliciente de sucesivas violaciones; sin embargo, desde la perspectiva de este estudio, una prescripción *genérica* del tribunal que ordena la investigación y sanción de responsables no se constituye en una *garantía de no repetición*, por más que pueda llegar a prevenir daños a futuras víctimas, puesto que tal prescripción general no comporta una

La variedad de medidas preventivas de que ha hecho uso la Corte Interamericana es muy amplia, como puede colegirse a lo largo de todo este trabajo. Empero, conviene advertir que el tribunal ha rechazado teóricamente la idea de adoptar otro tipo de medidas “disuasivas” que bien podría pensarse tienen un efecto preventivo como es el caso de los “*punitive damages*” —entendidos como en el contexto anglosajón donde tiene origen, a modo de sumas de dinero ejemplarizantes—, en consideración a la naturaleza sancionatoria que les caracteriza³⁵. Lo

transformación institucional que ataque el problema estructural que favorece aquellos crímenes. Así lo ha expresado el tribunal para justificar la medida de reparación relativa a la investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables: “Esta medida no solo beneficia a los familiares de las víctimas sino también a la sociedad como un todo, de manera que al conocer la verdad en cuanto a tales crímenes *tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro*” (cursiva fuera de texto). Entre otros, caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 259.

Por contraste, el tribunal también ha reconocido en la falta de capacitación de agentes estatales sobre estándares internacionales en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario, una debilidad institucional que favorece las violaciones a la Convención Americana. En estos casos, acertadamente la CorteIDH se ha decidido a exigir a los Estados programas de formación a funcionarios públicos con el fin de precaver reiteración de violaciones. A los efectos de este trabajo, este tipo de resoluciones del tribunal sí han sido reseñadas en el cuadro de *garantías de no repetición* en la jurisprudencia interamericana (ver apéndice) como un modo de reconocer que, efectivamente, en la educación se apunta a una verdadera transformación institucional aunque sus efectos se puedan apreciar a más largo plazo. Véase, por ejemplo, la siguiente decisión: “el Estado debe implementar, en los cursos de formación y capacitación de los funcionarios de las Fuerzas Armadas y de la DISIP, un programa sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos, en particular la prohibición de la desaparición forzada, la tortura y el uso desproporcionado de la fuerza, tomando en cuenta la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, como *una manera de prevenir que sucedan nuevamente hechos como los de este caso*” (cursiva fuera de texto). Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párr. 106.

³⁵ Los daños punitivos solicitados a la CorteIDH en su primera sentencia de reparaciones fueron rechazados tajantemente al afirmar: “La expresión

"justa indemnización" que utiliza el artículo 63.1 de la Convención, por referirse a una parte de la reparación y dirigirse a la "parte lesionada", es compensatoria y no sancionatoria. Aunque algunos tribunales internos, en particular los angloamericanos, fijan indemnizaciones cuyos valores tienen propósitos ejemplarizantes o disuasivos, este principio no es aplicable en el estado actual del Derecho internacional". Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 38.

Esta jurisprudencia se ha mantenido constante, a pesar de que votos individuales del juez CAÑADO apoyen una idea contraria que, con sus matices, supone entender la figura de los "daños punitivos" como reparaciones ejemplarizantes con carácter disuasivo, no necesariamente limitadas a enormes montos económicos. Esta idea del juez parece a su vez estar muy vinculada con otro tema no menos controversial: la responsabilidad agravada del Estado. Así lo ilustran algunos extractos: "Los términos del artículo 63(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos efectivamente abren a la Corte Interamericana de Derechos Humanos un horizonte bastante amplio en materia de reparaciones. Reparaciones con propósitos ejemplarizantes o disuasivos, correspondientes a una responsabilidad agravada, pueden coadyuvar en la garantía de no-repetición de los hechos lesivos, y en la lucha contra la impunidad [...] Los "daños punitivos" pueden también ser concebidos en este sentido, asemejándose a "obligaciones de hacer" de carácter tanto resarcitorio o compensatorio como sancionatorio". Voto Razonado del juez Cañado Trindade en la sentencia del caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párrs. 47, 51.

A la luz de ese concepto modificado de "daños punitivos" elaborado por el juez ya mencionado, la Corte habría ordenado muchas veces ese tipo de medidas, como lo asegura el mismo magistrado: "En el caso Myrna Mack Chang versus Guatemala la Corte ordenó reparaciones dotadas de carácter a un tiempo resarcitorio y sancionatorio, con propósitos ejemplarizantes o disuasivos, en el sentido de preservar la memoria de las violaciones ocurridas, de proporcionar satisfacción (un sentido de realización de la justicia) a los familiares de la víctima, y de contribuir a garantizar la no-repetición de dichas violaciones. Estas reparaciones con un fin ejemplarizante se asemejan a los "daños punitivos", que, a contrario de lo que dicen algunos autores apresurados, en mi entender sí, existen. Los "daños punitivos" [...] pueden, a mi modo de ver, perfectamente ser concebidos en este sentido ejemplarizante, asemejándose a "obligaciones de hacer" de carácter tanto resarcitorio o compensatorio como sancionatorio". Voto Razonado del juez Cañado Trindade en la sentencia del caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párrs. 12, 13.

anterior, probablemente, por mantener coherencia con la naturaleza y finalidad del DIDH que, a diferencia del Derecho penal, pone más el acento en la protección —de los seres humanos— que en la sanción —de los Estados—.

Lo anotado hasta este punto permite confirmar la naturaleza particular de las GNR, esencialmente diferentes de las reparaciones, tanto por su objeto como por su finalidad y efectos. Se trata de mecanismos judiciales de naturaleza preventiva, más que represiva o restauradora. Por otra parte, pese a que la Corte no ha advertido aún —al menos abiertamente— la confusión que se ha generado entre la institución de las reparaciones y la de las GNR, estamos ante un error conceptual que genera consecuencias prácticas. Entre ellas se encuentra, por ejemplo, la siguiente: mientras se mantenga la idea de las GNR como especies de reparación, sus únicos beneficiarios deberían ser las víctimas concretas del caso, quienes deberían ser además, consecuentemente, los únicos titulares legitimados para exigirlos. En cambio, si se sigue la lógica de las GNR, los efectos colectivos que favorecen a un grupo indeterminado de personas habilitarían a otros actores a reclamar su cumplimiento cuando éstas han sido legítimamente decretadas. De este modo se tutelarían con mayor eficacia (y coherencia) los bienes humanos básicos cuya salvaguarda pretende el sistema³⁶. Y aunque ésta es una cuestión que supone un

³⁶ Como se advirtió en el capítulo primero, aprovechando que el mismo FINNIS reconoce que el lenguaje moderno de los derechos es más flexible que antes y, sabiendo que este estudio no pretende aportar una perspectiva iusfilosófica sobre el concepto de derechos humanos, derechos naturales o bienes humanos básicos, se ha optado por utilizar estos tres términos como convertibles, esto es, términos que indican un mismo objeto o realidad. En la propuesta que se plantea, esto resulta posible puesto que no sólo no se altera en absoluto el sentido que el término derechos humanos tiene en el derecho internacional, sino que incluso lo enriquece, en cuanto apunta a lo esencial: los derechos humanos son una expresión —en el mundo jurídico— de los bienes humanos básicos, “es simplemente una forma de esbozar los contornos del bien común, los distintos aspectos del bienestar individual en la comunidad”. (FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, p. 242). Ahora bien, conviene precisar que las

análisis procesal que podrá abordarse en estudios posteriores, conviene advertirla anticipadamente como una vía atractiva a explorar.

Ahora bien, más allá de las inconsistencias de la jurisprudencia regional, lo cierto es que la asunción por parte de la Corte Interamericana de las *garantías de no repetición* —como parte de su estrategia para fortalecer la vigencia de los DDHH en la región— es una novedad inspirada en el reconocimiento de la función preventiva del Derecho. Desde esta perspectiva, la prevención de daños a los bienes humanos básicos debe ser una orientación insoslayable en la interpretación de las GNR.

expresiones “bienes humanos básicos” o “valores básicos”, en el pensamiento de Finnis no corresponden estrictamente a los derechos humanos, puesto que el lenguaje finniseano es mucho más amplio y propio para una teoría ética y no meramente jurídica. Pero lo anterior no impide el uso que ha querido atribuirse a la expresión en el presente trabajo. La explicación central sobre este concepto se puede encontrar en los capítulos III, IV y V de “Ley Natural y Derechos Naturales” (*Natural law and natural rights*). Por ahora, para los propósitos de esta inicial aproximación, basta citar el Estudio Preliminar que hace Orrego sobre la obra de Finnis: “Las formas básicas del bien captadas por el entendimiento práctico son lo que es bueno para los seres humanos con la naturaleza que tienen (...) Finnis sostiene que los primeros principios de la razón práctica—también el primerísimo en que todos los demás se fundan: *bonum est faciendum et prosequendum et malum vitandum*—y los correspondientes bienes humanos básicos son evidentes de suyo (*per se nota*) y no requieren demostración, aunque sí *experiencia* pues no son innatos. Los bienes o valores básicos, a fuer de evidentes son igualmente primarios e incommensurables entre sí, es decir, ninguno es más básico que los otros y no existe una escala uniforme que permita medir los valores básicos en términos de algún bien todavía más básico con el fin de subordinar o sacrificar unos valores en aras de los mayores.” (*Ibid.*, Cristóbal Orrego, Estudio Preliminar, 18-20).

La postura que se adopta en este estudio además se encuentra respaldada en el análisis que ofrece Massini sobre la vinculación intrínseca entre bienes humanos básicos y derechos humanos. Según este autor, “resulta que estos bienes humanos básicos, sólo alcanzables o resguardables a través de la convivencia política, son el contenido [mismo] de los derechos y deberes humanos básicos”. MASSINI, *Filosofía del Derecho. El Derecho, los Derechos Humanos y el Derecho Natural*, p. 171.

Lo anterior implica que la práctica específica de la CorteIDH en materia de *garantías de no repetición* es una opción legítima que concreta aquel principio general, sin embargo, no es que, en estricto sentido, sea una obligación así definida en la Convención Americana. Consecuentes con esto, puede afirmarse que la figura de las *garantías de no repetición* está justificada porque es uno de los modos de ejercer la función preventiva del Derecho y porque, como se verá, es acorde con el Derecho vigente del SIDH. Por uno y otro orden de consideraciones es posible concluir que el uso de las GNR por parte de la CorteIDH no es arbitrario. Dicho con otras palabras: la Corte no estaba obligada por la CADH a aplicar GNR, pero la CADH no prohíbe que lo haga. En el siguiente apartado se profundizará el estudio de estos argumentos. Más adelante, en el capítulo cuarto, se analizarán las exigencias que deben ser observadas cuidadosamente cada vez que se ejercen las GNR —toda vez que esa observancia condiciona su legitimidad—.

4. EN EL CORAZÓN DEL SISTEMA: LOS FUNDAMENTOS DE LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN

¿Cuáles son los fundamentos sobre los que se asientan las *garantías de no repetición*? Lo primero que corresponde afirmar es que —tal como se anticipó en el epígrafe anterior— las GNR no se derivan expresamente de la Convención Americana. Dicho con otras palabras: la CADH no obligaba a la Corte a aplicar GNR. Como la Corte lo hizo, cabe interrogarse acerca de si podía hacerlo; es decir, acerca de la existencia y, eventualmente, el peso de las razones que hipotéticamente justifican la opción que adoptó el tribunal al ordenar en sus sentencias GNR. Si esas razones no existieran o no fueran de peso —por existir otras razones contrarias de mayor peso—, entonces las medidas carecerían de justificación.

Aquí se responderá afirmativamente a estos dos últimos interrogantes: hay razones y son de peso. Por lo tanto, cuando la CorteIDH creó la práctica de las *garantías de no repetición* llevó a cabo una opción interpretativa razonable —esto es, una opción no arbitraria puesto que a su favor pueden ofrecerse razones—³⁷. En la medida en que se ofrecen argumentos acerca de la conformidad de esta figura con el Derecho vigente del SIDH, se justifica su legitimidad³⁸.

Las razones que sirven de fundamento y, por tanto, justifican la legitimidad de las GNR en las sentencias de la CorteIDH, pueden condensarse en tres grupos que se analizarán adelante en detalle: (i) el contenido de algunos de los principios fundamentales del sistema interamericano; (ii) las obligaciones generales de la Convención Americana; y (iii) la naturaleza y función encomendada al tribunal interamericano para la protección de los derechos humanos.

4.1. LOS PRINCIPIOS *PRO PERSONA*, SUBSIDIARIDAD Y EFECTIVIDAD EN LA BASE DEL SISTEMA INTERAMERICANO

Una interpretación armónica de tres principios esenciales que justifican propia la existencia del sistema interamericano provee un marco de justificación a las *garantías de no repetición*: se trata del principio de primacía de la persona humana, el principio de subsidiaridad y el principio de efectividad. Desde esta precisa perspectiva, las GNR pueden ser vistas como una forma de intervención legítima de una autoridad internacional en el ámbito interno de un

³⁷ Sobre la noción de razonabilidad y su implicaciones, puede verse: J. CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad.*, Ed. Ábaco de Rodolfo DepalmaUniversidad Austral Buenos Aires, 2004, pp. 115-116, 120, y sus citas.

³⁸ Sobre los diversos criterios de validez (formal, sociológico, material), cfr. MASSINI, *Filosofía del Derecho. El Derecho, los Derechos Humanos y el Derecho Natural.*

Estado con vistas a asegurar la introducción de medidas más protectoras de los seres humanos derivadas de los compromisos establecidos por los Estados parte de la Convención Americana.

La revisión articulada de estos tres principios explica la importancia de los sistemas internacionales para la protección de los DDHH, lo que incluye la prevención de su amenaza o vulneración. Toda vez que el objeto del DIDH resulta ser la protección de la dignidad esencial de cada ser humano³⁹, su fundamento último recae sobre la misma persona⁴⁰ y, en consecuencia, la razón que explica su existencia es el mejoramiento de las condiciones que le permiten el despliegue de su proyecto vital, cuando el Estado esté limitado o sea incapaz de proporcionar tales exigencias. En este sentido, el principio de subsidiaridad (en su vertiente positiva⁴¹) se explica en función del

³⁹ Aunque aquí no se adopta la posición ingenua sobre la que advierte MCCRUDDEN en el sentido de desconocer el uso diferenciado e incluso hasta contradictorio que se ha dado al concepto de dignidad humana en el derecho comparado e internacional (cfr. C. MCCRUDDEN, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", *Eur. J. Int'l L.* 19 (2008) 655-724), en todo caso conviene reconocer en el concepto de dignidad humana un principio fundamental de un nuevo "*ius commune* de los derechos humanos". Cfr. P. CAROZZA, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: A Reply EJIL: Debate", *Eur. J. Int'l L.* 19 (2008) 931-44.

⁴⁰ Sobre la persona humana como fundamento del derecho, véanse, entre otros: J. HERVADA XIBERTA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, EUNSA, Pamplona, 2000 (Particularmente, lección IX). J. HERVADA XIBERTA, *Introducción crítica al derecho natural*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 2000. I.M. HOYOS, *El concepto de persona y los derechos humanos*, Colección jurídica / Universidad de la Sabana, Universidad de la Sabana, Bogotá, 1991. HOYOS, *De la dignidad y de los derechos humanos: una introducción al pensar analógico, passim*.

⁴¹ CAROZZA explica que esta vertiente positiva del principio de subsidiaridad justifica: "*intervention by the state in situations where 'lower' forms of organization cannot achieve their ends by themselves. In fact, subsidiarity insists not only that the state may intervene in such situations, but that it has 'an inherent right' to concern itself with the common good and indeed a duty to exercise that right*". Análogamente, puede aplicarse la misma noción para justificar la intervención de un organismo internacional en el ámbito

principio *pro persona*: la comunidad internacional a través de sus organismos no sólo puede sino que debe intervenir para salvaguardar los bienes humanos básicos de personas que han sido restringidos a causa de las debilidades del Estado para asegurarlos⁴². Sin embargo, ese respaldo internacional no anula los derechos y deberes de los Estados, quienes permanecen vinculados a la realización efectiva en el ámbito nacional de aquellas obligaciones adquiridas en virtud de los instrumentos internacionales, como se desprende del principio *effet utile*. En otras palabras, esto significa que autoridades de los niveles más altos —como el tribunal interamericano—, en virtud del principio de subsidiaridad, están llamadas a coadyuvar a la realización de las condiciones que más favorezcan la eficacia de los compromisos adquiridos por los Estados en orden a la tutela de los DDHH.

Esta última síntesis de la conexión entre los tres principios, requiere un desglose más detallado del alcance de cada uno de ellos, que se llevará a cabo a continuación.

4.1.1. *El principio pro homine*: eje rector del Derecho de los derechos humanos

El principio *pro homine* o principio en favor de la persona humana ha sido entendido, en términos generales, del siguiente modo:

interno del Estado. Cfr. P. CAROZZA, "Subsidiarity as a structural principle of International Human Rights Law", *Am. J. Int'l L.* 97, no. 1 (2003) 38-79, p. 44.

⁴² Esta es una consecuencia práctica que se desprende de un premisa fundamental del principio de subsidiaridad, señalada por CAROZZA de manera muy acertada con las siguientes palabras: "*its first foundation is a conviction that each human individual is endowed with an inherent and inalienable worth, or dignity, and thus that the value of the individual human person is ontologically and morally prior to the state or other social groupings. Because of this value, all other forms of society, from the family to the state and the international order, ought ultimately to be at the service of the human person. Their end must be the flourishing of the individual*". *Ibid.*, p. 42.

Criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.⁴³

Esta perspectiva hermenéutica del principio aunada a su dimensión “regulativa”⁴⁴, es coherente con una mirada más amplia que invita a

⁴³ M. PINTO, "El principio *pro homine*: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en M. ABREGÚ and C. COURTIS (ed.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS; Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, 163-72, p. 163. Esta perspectiva hermenéutica del principio *pro homine* coincide con lo preceptuado en el artículo 29 CADH: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y; d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

Otros autores han ofrecido una mirada multidimensional del principio *pro homine*, aunque se mantiene su rasgo como criterio de interpretación: “El principio *pro homine* se manifiesta de tres maneras diferentes o, lo que es lo mismo, se traduce en tres reglas que podrían ser denominadas: la aplicación de la norma más protectora, la conservación de la norma más favorable, la interpretación con sentido tutelar”. H. HENDERSON, "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine* ", *Revista IIDH*, no. 39 (2004) 71-99, p. 93.

⁴⁴ La perspectiva descripta ha sido adoptada por la jurisprudencia de la CorteIDH de manera constante advirtiendo que siempre es necesaria la aplicación del principio de interpretación en favor de la persona humana, pues éste constituye el mismo objeto y fin de la Convención Americana. En este

reconocerlo como el punto de origen del actual DIDH⁴⁵. Desde esta óptica puede afirmarse que el principio *pro homine* o en favor de la

sentido, pueden verse a modo de ejemplos: caso 19 Comerciantes vs. Colombia, cit., párr. 173; caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 52; caso Dacosta Cadogan vs. Barbados. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Septiembre de 2009. Serie C No. 204, párr. 49; Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrs. 105, 156.

La dimensión regulativa, por otro lado, ha sido referida por el juez GARCÍA RAMÍREZ con ocasión del debate propiciado por un caso sobre pena de muerte, en el cual afirma: “*pro personae* constituye, en fin de cuentas, un método de indagación del sentido último de las disposiciones jurídicas en el campo que ahora interesa, para los fines de la aplicación no jurisdiccional o jurisdiccional de aquéllas, y en este sentido es un “principio de interpretación” ampliamente acreditado, pero al mismo tiempo significa un criterio riguroso para la elaboración de las disposiciones que nacional e internacionalmente se expidan sobre esta materia, y en tal virtud es también un «principio de regulación»”. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, párr. 13.

⁴⁵ La misma CorteIDH ha sostenido implícitamente esto al referirse a la primacía de la persona humana: “Los derechos humanos deben ser respetados y garantizados por todos los Estados. Es incuestionable el hecho de que toda persona tiene atributos inherentes a su dignidad humana e inviolables, que le hacen titular de derechos fundamentales que no se le pueden desconocer y que, en consecuencia, son superiores al poder del Estado, sea cual sea su organización política”. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, cit., párr. 73. Algunos votos individuales de jueces de la Corte han sido todavía más elocuentes a este respecto: “siendo los derechos fundamentales de la persona humana el “fundamento necesario de todo orden jurídico”, que no conoce fronteras, el ser humano es titular de derechos inalienables, que independen de su estatuto de ciudadanía o cualquier otra circunstancia [...] La salvaguardia y prevalencia del principio del respeto de la dignidad de la persona humana se identifican con el propio fin del Derecho, del orden jurídico tanto nacional como internacional. En virtud de este principio fundamental, toda persona debe ser respetada por el simple hecho de pertenecer al género humano, independientemente de su condición, su estatuto de ciudadanía, o cualquier otra circunstancia. El principio de la inalienabilidad de los derechos inherentes al ser humano, a su vez, se identifica con una premisa básica de la construcción de todo el *corpus juris* del

persona humana, justifica la misma existencia de las obligaciones internacionales adquiridas por los Estados en virtud de los distintos instrumentos internacionales para la protección de los DDHH —entre ellos la Convención Americana⁴⁶— y, por tanto, la ejecución de cualquiera de esas obligaciones está condicionada en el sentido de favorecer, verdaderamente, al ser humano —al menos— en sus condiciones existenciales básicas.

Así, por ejemplo, cuando la CorteIDH ordena a un Estado abstenerse de aplicar una ley penal⁴⁷, hacer modificaciones locativas en el sistema carcelario⁴⁸, crear un sistema de registro de detenidos para controlar la legalidad de las detenciones⁴⁹, modificar una ley nacional

Derecho Internacional de los Derechos Humanos". Voto concurrente del juez Cançado Trindade, OC-18/03, cit., párrs. 54, 56.

⁴⁶ Hay quienes sostienen que el valor del principio *pro homine* es incluso más importante en el SIDH en el homólogo europeo, puesto que ha sido el criterio de interpretación privilegiado por la CorteIDH, prefiriéndose incluso sobre otros criterios clásicos de interpretación de los tratados —el literal, el histórico, etc.—. Cfr. L. LIXINSKI, "Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law Symposium: The Interpretation of Treaties - A Re-Examination", *Eur. J. Int'l L.* 21 (2010) 585-604, pp. 588-589, 603.

⁴⁷ Cfr. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago, cit.; caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126; Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala, cit.

⁴⁸ Cfr. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago, cit.; caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119; caso Caesar vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C No. 123; caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, cit.; caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala, cit.; caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150; caso Yvon Neptune vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180.

⁴⁹ Cfr. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C No. 76; caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99.

electoral⁵⁰, o crear un mecanismo para la titulación y reclamación de tierras ancestrales⁵¹, se entiende que está facultada para ello —a la luz del principio *pro homine* en su sentido más amplio—, porque esas medidas concretan garantías implícitas en la Convención Americana que resultan indispensables para el disfrute de los derechos humanos.

En este orden de ideas, siguiendo esta línea de ejemplos, aquellas GNR requeridas al Estado se encaminan a salvaguardar los derechos convencionales cuando una situación *de iure* o *de facto* los está restringiendo en el nivel nacional. Por ejemplo: el derecho a la vida cuando se encuentra en riesgo por una presunta aplicación arbitraria de la pena capital; el derecho a la integridad personal cuando el individuo se encuentra bajo la custodia del Estado; el derecho de participación política ante la amenaza de restricciones arbitrarias por oscuridad de la ley; el derecho a la propiedad como factor esencial para garantizar la supervivencia de pueblos indígenas, etc.

4.1.2. *El principio de subsidiaridad: la articulación entre los poderes nacionales e internacionales*

Toda persona, cada sociedad y el Estado en su conjunto son llamados a concretar, aunque de modos diversos, las exigencias del bien común y sus condiciones de realización, uno de cuyos aspectos es, indudablemente, el reconocimiento, la tutela y la promoción de los

⁵⁰ Cfr. Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127; caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

⁵¹ Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79; caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124; caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

derechos humanos⁵². Dentro de ese contexto, la comunidad internacional organizada puede intervenir legítimamente en el diseño y revisión de los marcos jurídicos y políticos del orden nacional, cuando sea necesario para garantizar las condiciones mínimas de eficacia de los derechos humanos⁵³. Lo anterior resulta razonable particularmente en nuestros tiempos, cuando es evidente que la figura de la comunidad no se agota en el Estado nacional, sino que por el contrario, éste es un estadio de asociación intermedio entre el individuo y la comunidad más extensa que es la internacional⁵⁴.

En este contexto se explica el principio de subsidiaridad al que se apela para justificar las GNR: el tribunal internacional tiene la potestad

⁵² La protección de los derechos humanos es un eje rector de la planificación y búsqueda del bien común, si se le comprende como “el conjunto de condiciones materiales y espirituales, de muy variado contenido (políticas, sociales, económicas, culturales y educativas, urbanísticas y ambientales, etc.), que favorecen el normal y pleno desarrollo de la persona humana y de los grupos que integran la sociedad política y que han de ser creadas por y para todos y cada uno de sus integrantes, bajo el lúcido y limitado gobierno de la autoridad pública”. SANTIAGO, *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*, p. 91.

⁵³ Cabría preguntarse si el mismo concepto de bien común aplica también para la comunidad internacional o, lo que es igual, si tal idea de bien común puede llegar a justificarse en el marco del orden internacional. Robert P. GEORGE arguye en sentido afirmativo sobre la base dos premisas fundamentales: el Estado nacional es incapaz por sí solo de realizar todas las condiciones necesarias para garantizar el bienestar global de sus ciudadanos, cuestión que se corrobora con una mirada a las problemáticas actuales de las que se deduce la necesidad de la cooperación internacional, por un lado, y el desarrollo de instituciones supranacionales para darles efectiva solución, por otro. GEORGE, *Entre el Derecho y la Moral*, pp. 83-85.

⁵⁴ Acerca de la necesidad de la comunidad internacional en la consecución del bien común FINNIS afirma: “Si ahora nos encontramos con que el bien de los individuos sólo puede ser plenamente asegurado y hecho realidad en el contexto de la comunidad internacional, tenemos que concluir que la pretensión del estado nacional de ser una comunidad completa es injustificada y el postulado del orden jurídico nacional, concebido como supremo y comprensivo y como fuente exclusiva de obligación jurídica, es crecientemente lo que los juristas llamarían una «ficción jurídica»”. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, p. 179.

de ordenar las medidas generales que, en favor del respeto a la dignidad humana, sean virtualmente capaces de superar las falencias que el Estado por sí mismo no ha podido o no ha querido solucionar de manera autónoma. La subsidiaridad no tiene un carácter peyorativo en el sentido de accesorio o secundario, sino que significa ayuda o asistencia⁵⁵. Y puesto que la misma Organización de Estados Americanos (OEA) es una forma internacional de organización política, la existencia de su órgano judicial tanto como de la propia Organización se justifican por la misma función de asociarse, que consiste en ayudar a los participantes de la asociación a ayudarse a sí mismos⁵⁶. Desde esta lógica se entiende que la CorteIDH ha sido constituida en “autoridad internacional” justificada, como toda autoridad, “por su capacidad para generar e implementar eficazmente soluciones justas y razonables para los «problemas de coordinación» de la comunidad”⁵⁷.

Consecuentes con lo anterior, puede afirmarse que de acuerdo con el principio de subsidiaridad la Corte Interamericana, como autoridad judicial internacional, tiene no sólo la facultad sino también la responsabilidad de tomar decisiones orientadas a rectificar y facilitar el trabajo de coordinación al interior del Estado con miras a favorecer el principio de efectividad de la CADH⁵⁸, de acuerdo con el cual —como se explicará mejor adelante— se aspira a la realización tangible de los

⁵⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 176.

⁵⁶ Cfr. *Ibid.*

⁵⁷ GEORGE, *Entre el Derecho y la Moral*, p. 84.

⁵⁸ Esta es una condición implícita del principio de subsidiaridad, puesto que desde la visión que se ha defendido nunca será legítima una especie de dictadura de los órganos internacionales. Por el contrario, las autoridades internacionales son esenciales para formar una comunidad completa, pero no están pensadas para desplazar a las autoridades nacionales o locales, sino para actuar ayudando, supliendo o hasta corrigiendo las limitaciones de las autoridades nacionales al tratar una cuestión concreta. En este sentido la visión desarrollada por Robert P. GEORGE es muy acertada, véase: *ibid.*, p. 92.

compromisos asumidos por aquél en beneficio de los DDHH de las personas sujetas a su jurisdicción⁵⁹.

Al hilo de estos argumentos se pone tangencialmente de presente la tensión que enfrenta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos al procurar, por un lado, reivindicar el reconocimiento de las exigencias de la dignidad humana como sustrato común universal de todos los seres humanos y, por otro, respetar y proteger la diversidad de las culturas humanas en su expresión de sociedades nacionales. Expuesto de otro modo, parecería que la conjugación entre los principios de primacía de la persona humana, subsidiaridad y efectividad se relaciona con el debate entre universalidad y multiculturalismo de los derechos humanos⁶⁰. Esta tensión se encuentra presente también en las GNR,

⁵⁹ Este aspecto de interacción entre el principio de subsidiaridad y la efectividad de los derechos humanos también lo reconoce CAROZZA al decir que aquel principio tiene la virtud de fortalecer la vigencia de los derechos humanos en la medida en que robustece el trabajo tanto de los órganos internacionales como de los locales, que es lo propio de este principio, como se ha explicado. Cfr. CAROZZA, "Subsidiarity as a structural principle of International Human Rights Law", p. 74.

⁶⁰ Muchas páginas se han escrito sobre esta materia y no es el propósito de este estudio detenerse en el asunto, sino simplemente dejar constancia de la eventual relación entre estos dos ámbitos, y de la posibilidad, que aquí se asume aunque no se fundamenta, de conciliar la universalidad de los derechos con el derecho a la identidad cultural. Contando con esta advertencia, en todo caso resulta de interés el análisis que ofrecen algunos trabajos dedicados a plantear una panorámica del debate "universalismo y diversidad cultural". En relación con implicaciones y efectos políticos del debate, puede verse: C.M. CERNA, "Universality of Human Rights and Cultural Diversity: Implementation of Human Rights in Different Socio-Cultural Contexts", *Hum. Rts. Q.* 16 (1994) 740-52. Por otro lado, es asimismo relevante el estudio de DE VARENNES tendiente a desmitificar la idea de que los derechos humanos son una invención occidental; sobre esta base, el autor pretende sustentar la viabilidad de estándares universales de protección con impacto diferenciado en función de factores socio-culturales: F. DE VARENNES, "Fallacies in the Universalism Versus Cultural Relativism Debate in Human Rights Law, The", *Asia-Pac. J. on Hum. Rts. & L.* 7 (2006) 67-84. Finalmente, la perspectiva que ofrece DONOHO resulta llamativa por cuanto en su trabajo se discute la legitimidad democrática de los organismos internacionales para imponer decisiones que en materia de

puesto que su aplicación requiere que el tribunal internacional lleve acabo un ejercicio de equilibrio: se trata de intervenir en el orden nacional sin invadir las potestades estatales, con el fin de proteger inequívocamente un bien humano fundamental.

Desde esta perspectiva, la lógica de “intervenir, sin invadir, para proteger” resume la dinámica de las GNR. Esta lógica, sin embargo, no ha llegado a desencadenar una reflexión profunda de la jurisprudencia de la Corte acerca de las relaciones entre universalidad de los derechos y contexto cultural. Entre otras razones, es probable que esta reflexión haya estado más rezagada en el escenario latinoamericano que en el europeo, por ejemplo, porque aunque los “casos indígenas” la han alimentado parcialmente, los patrones de violaciones a DDHH decididos por el tribunal americano estadísticamente han estado más enfocados en desapariciones forzadas, ejecuciones arbitrarias, impunidad, denegación de justicia y deficientes condiciones carcelarias, cuestiones todas manifiestamente contrarias a la dignidad humana⁶¹: puede suponerse que la especial gravedad de la mayor parte de los casos decididos hasta el momento en el sistema interamericano excluye la posibilidad de que el Estado ofrezca argumentos de contexto cultural como defensa de su conducta⁶².

derechos humanos respeten los resultados de los procesos deliberativos internos de los Estados: D.L. DONOHO, "Democratic Legitimacy in Human Rights: The Future of International Decision-Making", *Wis. Int'l L.J.* 21 (2003) 1-64.

⁶¹ Sobre el contexto americano que ha tenido que enfrentar la CorteIDH desde sus primeros casos y el contraste con el escenario europeo, puede verse la siguiente referencia: J.L. CAVALLARO y S.E. BREWER, "Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court", *American Journal of International Law* 102, no. 4 (2008) 768-827, pp. 773-774, 785.

⁶² Esta conclusión general tiene su excepción en el caso *Atala*. La notoria carga de ideología de género que inspiró la denuncia en el SIDH por un alegada discriminación en un proceso de custodia en razón de la orientación sexual de una madre fue contrarrestada por el Estado con argumentos relativos a los contextos culturales y el contenido de la obligación de no discriminación. Cfr.

No obstante, es posible afirmar que en el SIDH, aun cuando el dilema aludido aparentemente no tenga tanto eco, la conjugación de sus coordenadas generales sí puede servir para explicar, en parte, la cuestión de la pertinencia y legitimidad de las GNR. Lo anterior —y anticipando parte de un argumento que luego se profundizará—, porque cuando un juez dicta una GNR lo hace por ver en ella la única manera de proteger eficazmente, en el contexto de ese caso, la dignidad humana. Visto así, las GNR presuponen un ejercicio de ponderación entre lo universal y lo contingente sobre el que se asienta, en parte, la legitimidad del contenido previsto en una medida de este tipo.

4.1.3. El principio de efectividad y el impacto de la Convención Americana en el derecho interno

El principio *effet utile* es un llamado a la optimización de la Convención Americana, esto es, a su realización tangible en los distintos contextos histórico-sociales del continente, lo que supone un proceso de armonización del derecho interno a las prescripciones del tratado. La jurisprudencia interamericana se ha referido a este principio al interpretar el artículo 2 de la CADH:

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la

Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.⁶³

En el mismo sentido, una aproximación conceptual a este principio la ofrece el juez CANÇADO TRINDADE en uno de sus votos: “el principio *ut res magis valeat quam pereat*, ampliamente respaldado por la jurisprudencia internacional, y que corresponde al llamado *effet utile* (a veces denominado principio de la efectividad), [es aquel principio] en virtud del cual hay que asegurar a las disposiciones convencionales sus efectos propios en el derecho interno de los Estados Partes”.⁶⁴

Se trata, por tanto, de un mandato orientado a la realización efectiva de los compromisos internacionales adquiridos por los Estados. Por esta razón se justifica que un tribunal internacional ordene a un Estado derogar una ley que permite tratos crueles e inhumanos para personas privadas de la libertad⁶⁵; o que adopte una medida legislativa que incorpore el delito de desaparición forzada para facilitar el procesamiento y sanción de este crimen⁶⁶; o que modifique una práctica nacional con el fin de asegurar el derecho a la nacionalidad con los consecuentes beneficios en el acceso a servicios públicos de personas tradicionalmente discriminadas por su origen extranjero⁶⁷. Si se observa

⁶³ Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 87.

⁶⁴ Voto concurrente a la resolución de medidas provisionales del 25 de mayo de 1999 en el asunto James y otros respecto de Trinidad y Tobago, párr. 12.

⁶⁵ Véase, por ejemplo, caso Caesar vs. Trinidad y Tobago, cit.

⁶⁶ Véase, por ejemplo, caso Trujillo Oroza vs. Bolivia. Reparaciones y Costas, cit.; caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.

⁶⁷ Véase, por ejemplo, caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

con detención, cualquiera de estos mandatos que sobrepasan el ámbito de reparación a una víctima —pero parten de la violación consumada en ese determinado caso—, es una consecuencia obligada de la efectividad del DIDH que se aspira lograr en el nivel nacional⁶⁸.

Resulta claro, entonces, que un modo de favorecer la eficacia y extensión de la Convención Americana es a través de iniciativas que tienen la virtualidad de corregir defectos que permitan prevenir atropellos futuros a los derechos humanos. Desde esta perspectiva, las GNR son un instrumento idóneo para facilitar la efectividad de los tratados de DDHH, en virtud del impacto generalizado que están llamadas a emitir. Así, por ejemplo, aunque la decisión del caso *Trujillo Oroza* omite inexplicablemente la declaración de infracción al artículo 2 CADH —como se anotó en el capítulo 2—, en todo caso las consideraciones del tribunal en relación con la necesidad de luchar en contra de las desapariciones forzadas y la impunidad, sirven de apoyo para ilustrar el punto que se señala: “es obligación del Estado [...] realizar todas las gestiones necesarias para *asegurar que estas graves violaciones no se repitan, obligación cuya observancia revierte en beneficio de la sociedad como un todo*”⁶⁹. Y es cierto que de este párrafo

⁶⁸ Y es que, de acuerdo con este principio contemplado en el artículo 2 de la Convención Americana, como fuera expresado antes, se “impone a los Estados Partes la obligación general de adecuar su derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos consagrados en ésta. Las disposiciones de derecho interno que sirvan a este fin han de ser efectivas (principio del *effet utile*), lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido”. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 101.

⁶⁹ Caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Reparaciones y Costas, cit., párr. 110. Un análisis más extenso de las consideraciones de la CorteIDH con la perspectiva de contribuir al beneficio de “toda la sociedad” o “la sociedad como un todo”, pueden verse en: J. SCHONSTEINER, “Dissuasive Measures and the Society as a Whole: A Working Theory of Reparations in the Inter-American Court of Human Rights”, *Am. U. Int'l L. Rev.*, no. 127 (2007-2008) 127-64.

no se deduce una GNR, pero si una razón que las justifica. En efecto, este es el argumento último que respalda las dos medidas tipo GNR proferidas contra Bolivia: (i) tipificar el delito de desaparición forzada de personas, y (ii) formar a los funcionarios públicos encargados de la aplicación de la ley sobre el delito de desaparición forzada.⁷⁰

4.1.4. La armonización de los tres principios

Nótese que en cualquiera de los casos expuestos en este apartado puede verificarse la tesis que se ha propuesto: la orden emitida al Estado se constituye en una GNR legítima puesto que se trata de la única medida pertinente para contrarrestar una falla del Estado que de no superarse seguirá provocando en el futuro violaciones a los DDHH. Ya que la medida ordenada, sopesada con otras posibles alternativas, se constituye indudablemente en la mejor manera de resguardar el derecho humano en cuestión (principio *pro homine*), el tribunal internacional tiene la competencia para —y la responsabilidad de— indicarlo así al Estado para ayudarlo en la configuración de condiciones óptimas para el disfrute de los DDHH (principio de subsidiaridad), con el fin de asegurar que las garantías convencionales surtan sus efectos de protección a favor de todos los miembros de la sociedad nacional (principio de efectividad).

Desde esta perspectiva, las GNR obran como motores que ponen vida a los compromisos del Estado referentes a la protección de los seres humanos, facilitando su concreción en unas circunstancias históricas determinadas. Así, la CorteIDH como órgano principal del sistema interamericano se sostiene sobre sus mismos principios de actuación: prevalencia de la persona humana, subsidiaridad y efectividad.

⁷⁰ Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia. Reparaciones y Costas, cit., puntos resolutiveos núm. 2 y 5.

4.2. EL PRINCIPIO *PACTA SUNT SERVANDA* Y LAS OBLIGACIONES GENERALES DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

Si una visión que conjuga armónicamente los principios fundamentales del sistema interamericano aporta una primera razón para justificar la existencia de las GNR en la práctica del alto tribunal regional —como se deduce de las consideraciones anteriores—, también obran a su favor el principio *pacta sunt servanda* y el propio contenido de la Convención Americana —en particular, las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 estudiadas en detalle en el primer capítulo—.

Las GNR han sido reconocidas también en el régimen de responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos como una de las obligaciones secundarias a cargo del Estado infractor de una obligación internacional⁷¹. Por tanto, no son una modalidad exclusiva del DIDH, sino que su legalidad ha sido reconocida en el mismo Derecho internacional público, a pesar de que los desarrollos en esta materia sean aún incipientes en la práctica judicial de otros tribunales internacionales, como la Corte Internacional de Justicia⁷².

⁷¹ Como fuera expuesto en el capítulo primero, el articulado definitivo del régimen de responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos incorporó como una de sus consecuencias la necesidad de prestar *garantías de no repetición* de nuevas violaciones si las circunstancias del caso lo exigían. Ese artículo 30 (b) reconoce la autonomía de esta obligación respecto de otras, como lo es la reparación, recogida en el artículo posterior. Cfr. J. CRAWFORD, *The International Law Commission's articles on state responsibility: introduction, text and commentaries*, Cambridge University Press, Cambridge/ New York, 2002.

⁷² Los casos *LaGrand* (2001), *Frontera terrestre y marítima entre Cameroon y Nigeria* (2002), así como *Avena y otros nacionales mexicanos* (2004) ofrecieron oportunidades para que la Corte Internacional de Justicia (ICJ, por sus siglas en inglés) se pronunciara en relación con la entidad y fundamentos de las *garantías de no repetición* por solicitud de una de las partes del litigio. Como se comentó en el capítulo primero, desafortunadamente, la ICJ deliberadamente omitió un pronunciamiento de fondo sobre la materia, y se limitó a refrendar las bases que le otorgan jurisdicción para decidir sobre esta cuestión y la textura flexible de este tipo de obligaciones. Cfr. *LaGrand*

(Germany v. United States of America), judgment 27 of June, I.C.J. Reports 2001, paras. 46-48, 117-127. Cfr. Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), judgment of 10 October, I.C.J. Reports 2002, para. 318. Cfr. Avena and Other Mexican Nationals (México v. United States of America), judgment of 31 March, I.C.J. Reports 2004, paras. 144-150.

Estos fallos contrastan con el camino elegido por la Corte IDH en esta materia, diferencia que puede explicarse por la naturaleza y antecedentes de ambos tribunales. Si esto último se pierde de vista, un defensor de los derechos humanos cuestionará la posición adoptada por la ICJ en aquellos casos, particularmente en *LaGrand* y *Avena*, pues aunque puedan ser consistentes con la tradicional visión del Derecho internacional Estado-céntrica, parece bastante tímida teniendo en cuenta que lo que estaba en juego era la vida de seres humanos. En general, los análisis de estos casos en relación con las GNR son breves y escasos; no obstante, los comentarios de la jueza HIGGINS, si bien sumarios, resultan de interés porque ponen de presente las dificultades que enfrenta la ICJ al hacerse cargo de esta figura: R. HIGGINS, "The International Court of Justice: selected issues of State Responsibility", en M. RAGAZZI (ed.), *International responsibility today: essays in memory of Oscar Schachter*, Martin Nijhoff, Leiden, 2005, 271-86, pp. 277-281.

Por otro lado, hay quienes opinan que justamente en estas sentencias la ICJ ha dado muestras de su distanciamiento con las posturas clásicas que encasillan al tribunal con decisiones meramente declarativas, apuntando a fallos más ricos en términos de reparaciones, contribuyendo de esta manera a un desarrollo progresivo del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados. Para un análisis desde esta perspectiva, Cfr. M. SHAW, "The International Court, responsibility and remedies", en M. FITZMAURICE and D. SAROOSHI (ed.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Clifford Chance lectures, Hart, Portland, Oregon, 2004, 19-33, pp. 27-33. También puede verse el estudio de TAMS en el que se resalta el aporte que hace la ICJ al derecho de la responsabilidad estatal con el reconocimiento de las GNR en el fallo *LaGrand*: TAMS, "Recognizing Guarantees and Assurances of Non-Repetition: *LaGrand* and the Law of State Responsibility Symposium: Reflections on the ICJ's *LaGrand* Decision". Una opinión contraria sostiene que el concepto de GNR del fallo *LaGrand* es infundado por no obedecer a las fuentes consensuales del derecho internacional y, por tanto, un desarrollo en tal línea es ilegítimo: S.M. SULLIVAN, "Changing the Premise of International Legal Remedies: The Unfounded Adoption of Assurances and Guarantees of Non-Repetition", *UCLA J. Int'l L. & Foreign Aff.* 7 (2002) 265-90.

Fuera del ámbito de la ICJ, medidas semejantes a las GNR pueden tener alguna cabida, como señala CRAWFORD, en las solicitudes y decisiones adoptadas por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; sin embargo, por no tratarse de un órgano judicial se escapa del propósito de este estudio profundizar en tal análisis. Cfr. CRAWFORD, *The International Law Commission's*

Ahora bien, la urgencia y prioridad que demandan las críticas situaciones del hemisferio en materia de DDHH justifican regulaciones especiales que impulsen el objetivo común de cobertura y garantía de los derechos esenciales de todos sus habitantes⁷³. Por esta razón, el DIDH, en particular su desarrollo en el sistema interamericano, aunque parte de las directrices del régimen de responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos —como régimen general—, interpreta de modo autónomo algunos de sus principios y reglas, como ha ocurrido a propósito de la figura de las GNR en la práctica de la CorteIDH.

Desde esta perspectiva, la CADH juega un doble papel: contiene las obligaciones internacionales primarias en materia de DDHH de los países de la región y, paralelamente, crea el régimen de responsabilidad ante su violación, es decir, un conjunto de obligaciones secundarias o derivadas. Esto permite concluir que la Convención es la fuente de las obligaciones tanto primarias como secundarias a cargo de los Estados del continente, por un lado, y que las mismas obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 son la fuente que faculta a la Corte regional a decretar medidas generales en los casos individuales como *garantías de no repetición* de nuevas violaciones respecto de potenciales víctimas, por otro.

A la conclusión expuesta puede llegarse si se atiende al desarrollo jurisprudencial que han tenido las obligaciones generales a cargo de los

articles on state responsibility: introduction, text and commentaries, artículo 30, comentario 13.

⁷³ Al observar el ámbito de las amenazas y afrentas reales a los derechos humanos se entiende mejor ese cambio de lógica que el DIDH ha ido generando en el Derecho internacional tradicional en relación con el contenido de las obligaciones clásicas de los Estados, antes prioritariamente negativas, ahora concediendo un mayor peso a su dimensión positiva, en el sentido de aseguramiento, prevención y garantía. Evidencias que demuestran esa influencia del DIDH en el Derecho internacional general, en particular respecto de las obligaciones positivas de los Estados, pueden verse en: M.T. KAMMINGA y M. SCHEININ, *The impact of human rights law on general international law*, Oxford University Press, Oxford; New York, 2009, pp. 19-20; 246-251.

Estados, de modo que del artículo 1.1 —en cuanto explicita el deber de garantía—, se deriva la “obligación de prevenir” violaciones a los derechos humanos⁷⁴ y, del artículo 2, la obligación de adoptar cualquier tipo de medida necesaria para ajustar la conducta del Estado a los parámetros de la Convención, en el sentido de reconocer y hacer efectivos todos los derechos en ella contenidos⁷⁵. En este sentido, una orden judicial que exige la implementación de una GNR a un Estado que ha sido declarado responsable de transgredir la Convención Americana es una consecuencia jurídica de tal violación, compatible tanto con el régimen de responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos como con las obligaciones adquiridas por ese Estado a la luz del Pacto regional.

En este orden de ideas puede afirmarse que las GNR son un modo de expresión de las obligaciones generales de la CADH y, por tanto, su exigibilidad reposa sobre la base del principio *pacta sunt servanda*, piedra angular del Derecho internacional⁷⁶. Pues, tal como ha sido reconocido por la costumbre centenaria de los Estados⁷⁷, este principio

⁷⁴ Supra, capítulo 3 (§3.2).

⁷⁵ Supra, capítulo 1 (§2.2.2) y capítulo 3 (§4.1.3).

⁷⁶ Sobre los orígenes históricos, así como la fuerza normativa y consuetudinaria de esta máxima pueden verse los siguientes estudios: H. WEHBERG, "Pacta Sunt Servanda", *Am. J. Int'l L.* 53 (1959) 775-86. W.P. GORMLEY, "The Codification of Pacta Sunt Servanda by the International Law Commission: the Preservation of Classical Norms of Moral Force and Good Faith", *St. Louis U. L.J.* 14 (1969) 367-428. R. HYLAND, "Pacta Sunt Servanda: A Meditation", *Va. J. Int'l L.* 34 (1993) 405-34. El carácter universal de esta cláusula ha sido también reconocido expresamente en el preámbulo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 en los siguientes términos: "Advirtiendo que los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma «pacta sunt servanda» están universalmente reconocidos".

⁷⁷ Cfr. GORMLEY, "The Codification of Pacta Sunt Servanda by the International Law Commission: the Preservation of Classical Norms of Moral Force and Good Faith". Autor que llega a afirmar: "*Pacta sunt servanda is found in all legal systems, in all periods of history, in all cultures, in the judicial orders of all sovereigns, and in all religions*" (p. 373). A similares conclusiones llega el estudio de WEHBERG, "Pacta Sunt Servanda", quien asegura que "*the principle of*

incorpora la obligación de cumplir de buena fe los pactos asumidos por las partes⁷⁸.

Así, como derrotero fundamental de la conducta estatal, el principio de buena fe exige una serie de condiciones en el actuar del Estado, que no sólo se refieren a abstenerse de violar deliberadamente sus obligaciones internacionales, sino que incluye por lo menos las siguientes más: identificar las circunstancias e intereses que puedan afectarse con la decisión que se propone asumir; asegurarse que sus políticas y prácticas sean implementadas de un modo compatible con la letra y el espíritu de las obligaciones adquiridas; definir el alcance de sus políticas y prácticas con miras a impedir que se cause daño a los derechos e intereses jurídicos de terceros; evitar abusar de sus propios derechos⁷⁹. Consecuentes con estas exigencias, aparece como razonable que un Estado decidido a cumplir de buena fe los deberes relativos a la protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, acepte y haga lo posible por incorporar de manera efectiva en el ámbito interno GNR —es decir, ajustes orientados por una instancia internacional dirigidos a subsanar una falla estructural del ordenamiento nacional con vistas a evitar nuevas infracciones a compromisos internacionales—.

sanctity of contracts is an essential condition of the life of any social community" (p. 786).

⁷⁸ El contenido de este principio se encuentra incorporado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que explica el precepto del siguiente modo: "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe". Ahora bien, como afirma VERDROSS, el hecho de que esta cláusula esté recogida en un tratado no implica que su naturaleza sea meramente convencional y, por tanto, su contenido sujeto a cambio con un tratado posterior, el internacionalista sostiene: "*the binding force of international agreements is logically prior to any particular agreement and therefore cannot itself be the result of an international treaty. For this reason he called the pacta maxim the Grundnorm, the basic norm of all international law*" (HYLAND, "Pacta Sunt Servanda: A Meditation", p. 426).

⁷⁹ Cfr. G. GOODWIN-GILL, "State Responsibility and the 'Good Faith' Obligation in International Law", en M. FITZMAURICE and D. SAROOSHI (ed.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Hart, Portland/Oregon, 2004, 75-104, pp. 100-101.

Propuesto de otro modo, puede afirmarse que el tribunal internacional a quién se ha delegado el poder de dirimir las controversias que surjan con ocasión de la interpretación y aplicación de la Convención Americana, tiene también la facultad de requerir al Estado para que de buena fe cumpla con las exigencias convenidas, dentro de las cuales —como se ha visto— está incluida aquella que le impone el deber de adecuar su ordenamiento interno en las distintas funciones y niveles con el fin de preservar las garantías convencionales y evitar la repetición de ilícitos en perjuicio de los DDHH de toda la colectividad.

Así, mientras la CADH esté en vigor para el Estado⁸⁰, el principio de buena fe en el desarrollo de sus obligaciones internacionales le impone

⁸⁰ En este sentido, puede afirmarse que mientras el tratado no sea declarado nulo o se autorice válidamente su terminación o suspensión las partes que lo celebraron se encuentran sujetas a la máxima *pacta sunt servanda*. Estas dos circunstancias que ya son excepcionales en el derecho de los tratados, son todavía más extrañas en el campo del DIDH en el que difícilmente se aceptaría la posibilidad de alegar una causal de nulidad, terminación o suspensión para autorizar a un Estado a eximirse de las obligaciones por él adquiridas, puesto que por su naturaleza estos tratados no sólo surten efectos *vis-a-vis*, sino *erga omnes*. Lo anterior por cuanto, en palabras de GOODWIN-GILL: “the notion of a ‘strict bilateral relationship’ between responsible State and injured State, or of an ‘exact’ correlation between breach and injury, simply does not fit the majority of legal relationships established in multilateral treaties for the protection of human rights”. *Ibid.*, p. 81.

En el sistema interamericano sólo dos casos han alimentado el debate en este ámbito: la denuncia de la Convención presentada por Trinidad y Tobago en 1998 y el intento del gobierno peruano de retirarse de la competencia contenciosa de la CorteIDH en 1999. Este segundo caso resultó especialmente controvertido, pero al fin se pudo reconfirmar la naturaleza especialísima de los tratados de derechos humanos y el régimen particular que les regula. De otra parte, tras la reciente denuncia de la Convención Americana efectuada por Venezuela el 6 de septiembre del año 2012, es probable que una vez se cumpla el plazo de un año para su entrada en vigencia surjan nuevos debates y consideraciones acerca de la naturaleza de los tratados internacionales sobre derechos humanos y los mecanismos de protección regional.

Sobre el impacto que han generado los derechos humanos en el Derecho internacional público tradicional, en particular aquellas referidas al contenido,

el deber de ajustar su conducta a lo preceptuado por la CorteIDH cuando ésta defina legítimamente una GNR.

4.3. LA TAREA ENCOMENDADA A LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Finalmente, el tercer fundamento de las GNR proviene del rol que se ha querido conceder a la Corte Interamericana como máximo tribunal regional en materia de DDHH. Así, las *garantías de no repetición* se justifican como expresión de la función pedagógica y tutelar que caracteriza la labor de la Corte Interamericana, en concordancia con la naturaleza especial y efectos de las sentencias internacionales sobre DDHH. Para llegar a esta conclusión, en el presente apartado se examinará el alcance del quehacer judicial internacional y la naturaleza de las sentencias de la Corte regional como las dos cuestiones centrales que integradas darán paso para introducir la noción de sentencias con efectos reflejos.

Este último argumento referido a las sentencias con efectos reflejos servirá tanto de justificación como de cortapisa para las GNR. En consideración a la doble función que se atribuye a este tipo de sentencias, en este capítulo se elaborarán las bases sobre las cuáles se construye la noción —como expresión del papel pedagógico que identifica al tribunal interamericano—, mientras que en el siguiente capítulo se desarrollará plenamente el concepto de *efectos reflejos* — como contexto que legitima el uso de GNR—, fuera del cual pueden decaer en arbitrariedad.

estructura y categorización de las obligaciones internacionales, así como en el área de la responsabilidad internacional pueden verse interesantes reflexiones en el siguiente estudio: KAMMINGA y SCHEININ, *The impact of human rights law on general international law*.

4.3.1. *El quehacer judicial y su relación con el bien común*

Buena parte de los debates y estudios actuales en torno al quehacer de los jueces constitucionales son también aplicables a los jueces internacionales de derechos humanos. El principio de primacía de la constitución en las actuales sociedades democráticas, se justifica en parte por la garantía a los DDHH que ofrecen los textos constitucionales. Por tanto, no es de extrañar la importancia que la justicia internacional en esta materia ha ido adquiriendo, al punto que la mayoría de los modelos constitucionales latinoamericanos y europeos reconocen el mismo nivel de jerarquía a los tratados internacionales de DDHH que a sus constituciones, cuando no un carácter supranacional⁸¹.

Como se sabe, ese protagonismo de los jueces en los Estados constitucionales contemporáneos ha sido objeto de halagos y críticas, apuntando todos a un factor común: la legitimidad de su actuar. Buena parte de los análisis se han centrado justamente en determinar el criterio que otorga legitimidad al creciente ejercicio de poder que vienen asumiendo los jueces, puesto que en general, el modelo de control democrático basado en la elección popular de autoridades no ha sido el acogido para su designación⁸². Ante la falencia del sistema de control político típico de las democracias representativas, parece razonable una proposición alternativa para los jueces: "la legitimación del juez se desplaza del procedimiento de elección a los límites en que se

⁸¹ Cfr. C. AYALA CORAO, "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias", en R. MÉNDEZ SILVA (ed.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003, 37-90. MANILI, "La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Derecho Constitucional Iberoamericano". ORTIZ AHLF, "Integración de las normas internacionales en los ordenamientos estatales de los países de Iberoamérica". A. PEROTTI, *Habilitación constitucional para la integración comunitaria. Estudio sobre los Estados del Mercosur*, 2 vols., Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2004.

⁸² Cfr. respecto de este tema: R. GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.

debe desarrollar el ejercicio del poder judicial”⁸³. De ahí que la pregunta por la identidad y los límites del ejercicio judicial sea de gran relevancia.

Esta misma cuestión se plantea respecto de los jueces internacionales, en particular de aquellos que notoriamente vienen influyendo a la judicatura nacional en la interpretación y aplicación de los mandatos constitucionales. Más allá de las variadas disquisiciones doctrinales sobre el asunto —cuyo tratamiento exhaustivo desborda el objeto del presente estudio—, un retorno a las bases sobre las que se asienta la actuación de la CorteIDH puede ofrecer un marco conceptual apropiado para aproximarnos al rol especial que se ha encomendado al tribunal en la configuración de un cierto orden público regional en materia de DDHH.

El mejor camino para elaborar ese marco —que finalmente sustentará la legitimidad de la CorteIDH para trazar lineamientos de alcance general en la región a través de GNR— consiste en identificar el objeto propio de la judicatura y el mandato convencional recibido.

Respecto del primero, el criterio fundamental se concreta en lo siguiente: el juez hace justicia, es a él a quien se ha encomendado la función social de decir el derecho para alcanzar la justicia. Y aunque el modo propio de realizar este encargo varía según los distintos modelos de organización jurídico-política, no es menos cierto que existe una especie de identificación universal del juez con aquel que por antonomasia hace justicia. En efecto, el juez es el jurista por excelencia, por tanto, su oficio apunta “a saber o determinar *qué es lo justo (derecho) o debido (deuda)* en los casos concretos [...] actividad que, al parecer, consiste en determinar, decir, prescribir, establecer, discernir, etc., cosas que se reclaman como justas o cosas que se exigen como debidas”⁸⁴.

⁸³ D. ORDOÑEZ SOLÍS, *Jueces, Derecho y Política. Los poderes del juez en una sociedad democrática*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, p. 59.

⁸⁴ G. MORA RESTREPO, *Ciencia jurídica y arte del Derecho: Estudio sobre el oficio del jurista*, Universidad de La Sabana, Bogotá, 2005, p. 170.

De acuerdo con esto, la judicatura es claramente un ejercicio de la razón práctica —que vincula las virtudes tanto de la justicia como de la prudencia— enderezado a la realización de un orden social justo⁸⁵. Su oficio no consiste, por tanto, simplemente en declarar una abstracción, sino de concretar una exigencia y, en tal sentido, el entorno en el que se circunscribe el caso concreto condiciona en parte la decisión, debido a que “la realidad es la medida del conocer”⁸⁶. En este orden de ideas, el proceso de interpretación de las normas jurídicas que hace el jurista para efectos de llevar a cabo su tarea de discernimiento de *lo justo* en el contexto de una realidad específica, le exige atender *prima facie* tres coordenadas básicas: el principio de realidad, el sentido de historicidad y el criterio teleológico orientador del Derecho⁸⁷.

Consecuentes con lo anterior, el jurista no se aproxima a la realidad jurídica como quien se enfrenta a un compartimento estanco, sino que su propio trabajo le exige descubrir las interconexiones que existen entre esa realidad y la Ética y la Política. Esto ha sido estudiado en el campo de la interpretación de derechos constitucionales y resulta válido para los jueces interamericanos también. Siendo que el objeto de interpretación de estos tribunales son normas sobre derechos humanos,

⁸⁵ Cfr. HERVADA XIBERTA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, pp. 81, 84-85, 91.

⁸⁶ J.J. SUÁREZ RODRÍGUEZ, "Hacia una nueva forma de comprensión de lo jurídico", *Dikaion* 21, no. 16 (2007) 105-21, p. 110. Esta apreciación se funda y se hace más profunda en los estudios de PIEPER sobre la base del pensamiento de SANTO TOMÁS, para estos efectos véase: J. PIEPER, *El descubrimiento de la realidad*, Ediciones Rialp, Madrid, 1974, pp. 25-29.

⁸⁷ Cfr. HERVADA XIBERTA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, pp. 634-635. De acuerdo con el autor “el primer principio básico de la interpretación es el de la relación entre estructura jurídica y realidad social [...] la estructura jurídica existe *en función* de la realidad social. Su razón de ser y de existencia se funda en estas dos coordenadas: una realidad social, que ha de ser regulada, y las exigencias de orden y de justicia a las que la norma pretende servir”. Unido a lo anterior, el principio de historicidad implica que “las estructuras jurídicas sean interpretadas de acuerdo con el momento histórico” y con miras a los fines últimos que el Derecho pretende alcanzar.

es inevitable que estas provisiones involucren distintos ámbitos regulativos de la conducta humana, entre ellos, cuestiones de índole política, religiosa, cultural, ambiental, etc. El juez se enfrenta a ello inevitablemente y es en ese sentido que se sostiene que existe una interconexión casi natural entre el mundo jurídico y el político, situación que de ninguna manera exonera al juzgador de guardar fidelidad a las normas de interpretación jurídica⁸⁸.

⁸⁸ Cfr., respecto de la justicia constitucional; MORA RESTREPO, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, pp. 263-264; y SANTIAGO, *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*, pp. 106-163.

De hecho, el criterio orientador de la tarea política, cual es la ordenación social con miras a la consecución del bien común, es una consideración más en el proceso de interpretación jurídica, puesto que, como explica MASSINI: "si la naturaleza propia de las normas jurídicas incluye constitutivamente la ordenación hacia el bien común, y los bienes humanos básicos constituyen el contenido de ese bien común, resulta claro que estos bienes básicos, considerados en su dimensión comunitaria, son los criterios de corrección racional-práctica de las normas jurídicas". C.I. MASSINI, "Iusnaturalismo e interpretación jurídica", *Dikaion* 19, no. 2 (2010) 399-425, p. 412. El mismo autor explica que: "la regulación jurídica de la vida social se lleva a cabo a través de la normatividad de la razón práctica, en principio —aunque sólo en principio— establecida positivamente, la que se encuentra constitutivamente ordenada a la promoción y procura de los bienes humanos básicos en cuanto alcanzables y participables en común. Ahora bien, esta normatividad, en cuanto establecida positivamente, se expresa necesariamente a través de un lenguaje, el lenguaje práctico-normativo, y se constituye en lo que más arriba se ha denominado textos jurídico-normativos. Pero para ejercer de manera efectiva su normatividad, i. e. para resultar operativos, estos textos requieren ser aplicados, operación compleja que supone de modo imprescindible una dimensión interpretativa, i. e. el esclarecimiento de la significación o sentido normativo apropiado para cada caso controvertido. Y este esclarecimiento o indagación tiene como referente, *designatum* y, al mismo tiempo, criterio de corrección, aquella relación u orden al bien común, y a los bienes básicos que son su contenido, que la razón práctica descubre como la mejor —o una de las mejores— soluciones para la situación que debe regularse". *Ibid.*

Lo anterior no significa que el saber jurídico se asimile o se confunda con el actuar político, se trata de dos esferas distintas pero interrelacionadas, como sostiene A. SANTIAGO:

[L]a tarea del juez se integra en una secuencia de instancias creadora de normas jurídicas en la que en grado diverso se combinan elementos políticos y jurídicos [...] El dictado de una sentencia es, de modo análogo a la sanción de la Constitución o de una ley, un acto de naturaleza político-jurídica. Si bien allí el componente político es claramente menor, no por ello desaparece por completo.⁸⁹

Esto es particularmente cierto en el ámbito de interpretación de los DDHH, por cuanto en estos casos la consideración sobre los bienes humanos básicos pone de presente con mayor vigor que en otro tipo de litigios una reflexión sobre las consecuencias políticas —es decir, relacionadas con el bien común— de la decisión judicial. Esta relación entre bien común y derechos humanos ha sido reconocida por la CorteIDH:

Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana⁹⁰.

⁸⁹ SANTIAGO, *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*, p. 146.

⁹⁰ Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 66. En el párrafo anterior la Corte había anotado: “es válido sostener, en general, que el ejercicio de los derechos garantizados por la Convención debe armonizarse con el bien común”.

En la práctica, dicha relación se traduce en que muchas de estas decisiones internacionales tienen la potencialidad de fijar pautas y derroteros para la acción política de los gobiernos nacionales⁹¹. Este fenómeno ocurre de dos modos: (i) por el efecto que surte la jurisprudencia internacional expresada en términos de directrices, valores, estándares, etc., sobre la interpretación y aplicación del derecho local⁹², y (ii) a través de la figura de las GNR.

Por cualquiera de las dos vías anotadas, en todo caso, se demuestra que una sentencia internacional referida a DDHH tiene vocación de extender su órbita de irradiación sobre aspectos cardinales del orden de la comunidad, por lo que puede afirmarse que la tarea de estos jueces internacionales está intrínsecamente ligada con la configuración de un

⁹¹ Este fenómeno es ampliamente analizado en el presente estudio bajo el nombre de fallos con *efectos reflejos*, tal como se explicará en el siguiente epígrafe y con mayor hondura en el cuarto capítulo. Análogamente A. SANTIAGO atribuye estas características a los “fallos institucionales”. Cfr. SANTIAGO, *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*, pp. 150-151.

⁹² La fuerza que ha ido adoptando esta vía es una de las motivaciones para la construcción de la actual doctrina sobre el control de convencionalidad que obliga a la implementación de los estándares internacionales por vía judicial en el Derecho interno. Como ha sido dicho precedentemente, esta doctrina de creación enteramente jurisprudencial establece que “los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero 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 el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

orden público⁹³. Todos los casos estudiados en el capítulo dos son prueba de que la jurisprudencia interamericana se ha propuesto delinear grandes pautas reguladoras para la actuación de los miembros de la comunidad, creando una suerte de orden público regional. Desde esta perspectiva, el orden público americano es el conjunto de principios, estándares, reglas y valores mínimos señalados por la CorteIDH en sus sentencias que apuntan a preservar al individuo y a permitir su pleno desenvolvimiento material y espiritual en el seno de la sociedad, limitando, de esta manera, el poder de los Estados y, además, de los individuos, grupos y otros actores no estatales.⁹⁴

Sin duda, en esta línea se ha encaminado buena parte del esfuerzo del tribunal. La legitimidad del intento depende, como ya se ha dicho, de las consideraciones apuntadas que resaltan el natural impacto político —aunque limitado— de las decisiones judiciales y, por otro lado, de la interpretación de los preceptos convencionales que fijan el ámbito de su jurisdicción.

En relación con este segundo aspecto, es preciso acudir directamente a la normativa particular que reconoce el alcance de la competencia del tribunal.

⁹³ Orientadas hacia este argumento se pueden también entender las palabras de PETERSMANN: *"in modern, multilevel governance systems based on hundreds of functionally limited, intergovernmental treaty regimes, courts offer the most impartial and independent 'forum of principle' and 'exemplar of public reason' [...]]Judicial clarification of the 'public reason' of indeterminate legal rules also contributes to 'deliberative constitutional democracy', of which the public reasoning of courts is an important part"*. E.-U. PETERSMANN, "Human Rights, international Economic Law and 'Constitutional Justice'", *The European Journal of International Law* 19, no. 4 (2008) 29, p. 773.

⁹⁴ G. AGUILAR CAVALLO, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Derechos sociales", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 13, no. Enero - Junio (2010) 57, p. 9.

La Convención Americana y el Estatuto de la Corte (EC) reconocen la naturaleza estrictamente jurisdiccional de la CorteIDH⁹⁵, a quien se ha atribuido la tarea de interpretar y aplicar aquella Convención, como precisan los artículos 33 CADH⁹⁶, 62(3) CADH⁹⁷, 1 EC⁹⁸. Adicionalmente, los artículos 66(1) CADH⁹⁹ y 65(1)(f)¹⁰⁰ del Reglamento de la Corte (RC)¹⁰¹ se refieren el carácter jurídico que debe guiar su función, la cual

⁹⁵ El Estatuto de la CorteIDH fue aprobado mediante Resolución N° 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979. Se encuentra disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/estatuto.cfm>.

⁹⁶ Artículo 33: “Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención: [...] b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

⁹⁷ Artículo 62(3): “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”.

⁹⁸ Artículo 1: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Su carácter eminentemente judicial ha sido también reconocido por el tribunal desde su primer pronunciamiento oficial: “la Corte está concebida como una institución judicial del sistema interamericano”. “[La Corte] es, ante todo y principalmente, una institución judicial autónoma que tiene competencia para decidir cualquier caso contencioso relativo a la interpretación y aplicación de la Convención, y para disponer que se garantice a la víctima de la violación de un derecho o libertad protegidos por ésta, el goce del derecho o libertad conculcados. Corte IDH. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párrs. 19, 22.

⁹⁹ En este artículo se prescribe que “el fallo de la Corte será motivado”.

¹⁰⁰ Este artículo establece las características de las sentencias del tribunal y contempla expresamente que deberá contener “los fundamentos de derecho”.

¹⁰¹ El reglamento vigente de la CorteIDH data del 2009, y fue aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de ese año. Para su consulta, ver: http://www.corteidh.or.cr/reglamento/regla_esp.pdf. El primer reglamento oficial de 1980 ha sido modificado en cinco oportunidades (1991, 1996, 2000, 2003 y 2009), para una revisión de las principales reformas y sus motivaciones

en todo caso tiene un carácter subsidiario¹⁰². Al tenor de los mismos instrumentos, las funciones del tribunal están especificadas en dos ámbitos: contencioso y consultivo, como se colige de los artículos 2 EC¹⁰³, 61 CADH¹⁰⁴, 63(1) CADH¹⁰⁵ y 64 CADH¹⁰⁶.

puede verse en la página oficial de la Corte: <http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>

¹⁰² La naturaleza subsidiaria de la justicia internacional en materia de derechos humanos ya ha sido expuesta previamente en este mismo capítulo. Basta sólo recordar que el mismo preámbulo del Pacto de San José indica: “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

¹⁰³ Esta disposición reconoce expresamente: “La Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva: 1. Su función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención.

2. Su función consultiva se rige por las disposiciones del artículo 64 de la Convención”.

¹⁰⁴ El artículo 61 reconoce la competencia contenciosa del tribunal en los siguientes términos: “1. Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.

2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50”.

¹⁰⁵ El artículo 63(1) es el fundamento convencional de la facultad de la Corte de ordenar reparaciones en los casos contenciosos, esta disposición prescribe: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

¹⁰⁶ El artículo 64 prevé la función consultiva del tribunal en los siguientes términos: “1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

Para fijar el alcance de su competencia en el contexto descrito, el tribunal interamericano ha hecho uso del principio *compétence de la compétence* adoptado de su homólogo europeo, de acuerdo con el cual: “La Corte Interamericana, como todo órgano con competencias jurisdiccionales, tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia”¹⁰⁷.

La aplicación de este criterio le ha permitido al mismo tribunal insistir en el carácter jurisdiccional de su función, aun cuando perfilándolo con notas especiales derivadas de la naturaleza propia de los tratados sobre derechos humanos, entre las cuales se resalta la noción de “garantía colectiva”¹⁰⁸. En el entender del tribunal, esta noción justifica, por una parte, restricciones a la capacidad dispositiva de los Estados en relación con los compromisos asumidos en los tratados de derechos humanos y, por otra, unas más amplias facultades al órgano de supervisión —la CorteIDH— en relación con su competencia para garantizar el objeto y fin de estos tratados, entendidos como garantía de

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

¹⁰⁷ Este principio lo esgrimió la CorteIDH por primera vez ante el pretendido retiro de Perú de la Convención Americana. Véanse los fallos: caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr. 32; caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párr. 31.

¹⁰⁸ La expresión “garantía colectiva” forma parte de la jurisprudencia constante del tribunal, quien, siguiendo los pasos del Tribunal Europeo, la incorporó a partir de los mismos casos recientemente citados, en los cuales se afirma: “La Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes”. Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, cit., párr. 42; caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, cit., párr. 41.

protección de toda la colectividad de personas, no simplemente de los intereses particulares de otro Estado.

En definitiva, tanto los instrumentos internacionales constitutivos de la CorteIDH como su propia jurisprudencia reconocen el carácter netamente jurisdiccional de su función en el marco del SIDH. Sin duda, las características particulares de este sistema jurídico, referidas a la naturaleza y objeto de las obligaciones internacionales adquiridas por los Estados, imprimen un carácter especial a esta jurisdicción, por lo que puede predicarse una cierta analogía con los tribunales constitucionales del orden interno en relación con la tarea de interpretación de los derechos fundamentales y los posibles efectos de sus sentencias¹⁰⁹. De todos modos, los límites de su actividad están claros en razón de su identidad: por tratarse de un tribunal judicial, su oficio se confina a interpretar y aplicar a los casos concretos el derecho contenido en la Convención Americana y el sistema jurídico del que este Pacto hace parte. Esto no se contradice, en todo caso, con los argumentos perfilados al inicio de este epígrafe, puesto que como se sustentó en su momento, existe una estrecha conexión entre DDHH y bien común. De esta premisa se desprende la capacidad del tribunal de configurar y tutelar un marco general fundamental de promoción y protección de los DDHH, propuesto como orden público americano. Pero, sin embargo, quedan fuera de su competencia aquellos actos que están librados a la discreción y decisión del gobierno o el legislador nacional.

¹⁰⁹ En efecto, como ha sido señalado atrás y lo sostiene también FERRER MACGREGOR, la jurisprudencia de la CorteIDH goza de un estatus especial que trasciende la esfera internacional y se incorpora con fuerza vinculante en el derecho nacional, con la misma eficacia que el propio tratado, en tanto que "la fuerza normativa de la CADH alcanza a la interpretación que de ella realice la Corte IDH como único órgano jurisdiccional del sistema de protección de los derechos humanos e intérprete «último» y «definitivo» de dicho Pacto". FERRER MACGREGOR, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", p. 394.

Como corolario de lo expuesto, resulta innegable la dimensión política de los fallos de la CorteIDH, tanto por el objeto propio de interpretación: los derechos humanos, como por sus consecuencias: la configuración de un orden público regional. Consecuentes con ello, habrá que reconocer que el tribunal interamericano además de su labor de restablecedora en favor de las víctimas de violaciones a DDHH, cumple una tarea pedagógica y tutelar de más amplio impacto, y de ahí la gran responsabilidad que se le exige¹¹⁰.

En todo caso no sobra reforzar la advertencia sugerida: los argumentos propuestos no niegan la naturaleza jurídica de la función de estos jueces internacionales, tampoco los exceptúan de atender las exigencias de un adecuado proceso de interpretación jurídica, y de ninguna manera proponen o justifican que el tipo de labor que les corresponde se confunda con la de un agente político. Incurrir en cualquiera de los anteriores supuestos acarrearía manifiesta arbitrariedad en la labor judicial, la cual terminaría asemejándose más bien a un juego de poder donde gana el derecho del más fuerte y no la

¹¹⁰ Las reflexiones del juez GARCÍA RAMÍREZ para circunscribir el ámbito de la misión del tribunal son sumamente valiosas: “Habrá que evitar —me parece— que el cometido pedagógico de la jurisdicción, que no sólo es saludable, sino también indispensable, pudiera deslizarse hacia una «justicia como espectáculo». El propio juez no es un actor en la escena, sino un factor de la justicia. Su ejercicio requiere ponderación, rigor, austeridad, desvelo, humildad intelectual, que son rasgos y virtudes judiciales, adversos al autoritarismo, la vanidad, la complacencia, el protagonismo, la intolerancia [...]. Las sentencias del tribunal no entrañan calificaciones de la gestión política, pero tampoco se desentienden de los hechos violatorios de derechos humanos. No se pronuncian sobre aquélla a través de proclamaciones políticas que no le conciernen, sino sobre éstos por medio de sentencias fundadas en el orden jurídico internacional del que la Corte recibe su competencia”. Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez en la Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009, sobre el Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Serie A No. 20, párrs. 78, 81.

fuerza del Derecho¹¹¹. Por el contrario, se insiste en la necesaria sujeción de los jueces internacionales a las exigencias de su oficio en cuanto jueces: ese *decir el Derecho* que en el ámbito interamericano implica atenerse a los principios y reglas de la Convención Americana dentro del marco normativo del DIDH.

4.3.2. *Las notas características de las sentencias de la CorteIDH*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es un tribunal judicial internacional especializado, por lo cual goza de una doble calidad: por un parte, comparte muchas características típicas de un tribunal internacional para operar como tal¹¹², pero, por otra, su especialidad en DDHH la dota de atributos que no son tradicionales en el Derecho internacional público. Esto último obedece a un cierto cambio de lógica que sobre el rol del juez se ha ido gestando a partir de la imperatividad creciente de los DDHH: mientras en el Derecho internacional tradicional el juez tiene la función especial de restablecer el equilibrio entre las partes (Estados) en sus relaciones recíprocas, en el DIDH su tarea está más comprometida con la protección de los individuos en franca posición de desigualdad y la configuración de un

¹¹¹ Esta última idea resulta de las consideraciones de A. SANTIAGO sobre algunas exigencias de la sentencia judicial. Cfr. SANTIAGO, *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*, p. 154.

¹¹² Una mirada comparativa entre las decisiones finales de la Corte Interamericana y aquellas de la Corte Internacional de Justicia permite establecer algunas características comunes, entre las que se cuentan: (i) la finalidad de resolver casos concretos y no cuestiones teóricas o abstractas, (ii) la aplicación exclusiva de las normas internacionales para la atribución de un hecho a un Estado, (iii) la determinación del contenido de la responsabilidad y, (vi) la aplicación de la regla del agotamiento previo de los recursos internos. Cfr. J. CARDONA LLORENS, "La función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en CORTEIDH (ed.), *Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, San José de Costa Rica, 2003, 313-45.

orden público para la salvaguarda de la persona humana, como se explicara antes¹¹³.

Ahora bien, toda sentencia que dicta la CorteIDH en ejercicio de su función contenciosa tiene las siguientes características: *obligatoria*, condición de cualquier sentencia judicial¹¹⁴; *definitiva*, en la medida en

¹¹³ Con esta orientación lo ha expresado también el juez CAÑADO TRINDADE: “La tensión entre los preceptos del Derecho Internacional Público y los del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no es de difícil explicación: mientras los conceptos y categorías jurídicos del primero se han formado y cristalizado sobretudo en el plano de las relaciones interestatales (bajo el dogma de que sólo los Estados, y más tarde las organizaciones internacionales, son sujetos de aquel ordenamiento jurídico), los conceptos y categorías jurídicos del segundo se han formado y cristalizado en el plano de las relaciones intraestatales, es decir, en las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones (erigidos estos últimos en sujetos de aquel ordenamiento jurídico) [...] Distintamente del Derecho Internacional Público, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no rige las relaciones entre iguales; opera precisamente en defensa de los ostensiblemente más débiles y vulnerables (las víctimas de violaciones de los derechos humanos). En las relaciones entre desiguales, se posiciona en defensa de los más necesitados de protección. No busca obtener un equilibrio abstracto entre las partes, sino más bien remediar los efectos del desequilibrio y de las disparidades en la medida en que afectan los derechos humanos. No se nutre de las concesiones de la reciprocidad, sino se inspira más bien en las consideraciones de *ordre public* en defensa de intereses comunes superiores. Es un verdadero derecho de protección, marcado por una lógica propia, y dirigido a la salvaguarda de los derechos de los seres humanos y no de los Estados”. Voto razonado del juez Cañado Trindade, caso Blake vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C No. 48, párrs. 5, 7.

¹¹⁴ La obligatoriedad de las sentencias que emite es una de las notas compartidas de la CorteIDH con otros tribunales judiciales tanto nacionales como internacionales, reconocida expresamente en la Convención Americana, artículo 68.1: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Aquel compromiso supone que las sentencias internacionales vinculan a todos los poderes y órganos del Estado en el cumplimiento de lo prescrito en ellas. Confirmando este sentido, la CorteIDH ha expresado claramente: “Que la obligación de cumplir con lo dispuesto en la sentencia del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben

que no existen instancias de apelación o revisión superior para reversar su contenido¹¹⁵, *constitutiva* puesto que crea derechos no limitándose a la simple declaratoria de responsabilidad de un Estado¹¹⁶; derivado de

cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida”. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2002, consideraciones, párr. 3.

¹¹⁵ Esta característica está recogida expresamente en la Convención Americana, artículo 67: “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo”. A pesar de esta previsión convencional, ante la solicitud de la Comisión Interamericana para la revisión de la sentencia en el caso Genie Lacayo, la CorteIDH acepta la posibilidad jurídica de este recurso y decide conocer la solicitud aduciendo que “contribuye a la transparencia de los actos de este Tribunal, esclarecer, cuando estime procedente, el contenido y el alcance de sus sentencias y disipar cualquier duda sobre las mismas, sin que puedan ser opuestas a tal propósito consideraciones de mera forma” (Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Solicitud de Revisión de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Resolución de la Corte de 13 de septiembre de 1997. Serie C No. 45, párr. 6). En todo caso, atendiendo a la excepcionalidad del recurso y las estrictas condiciones para su procedencia, la Corte decidió declararlo improcedente en ese caso. En ocasiones posteriores el tribunal ha tenido oportunidad de refrendar el carácter definitivo de sus sentencias afirmando: “en virtud del carácter definitivo e inapelable de las sentencias de la Corte, según lo establecido en el artículo 67 de la Convención Americana, éstas deben ser prontamente cumplidas por el Estado en forma íntegra”. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2002, consideraciones, párr. 4.

¹¹⁶ Debido al contenido y alcance que ha otorgado la CorteIDH al artículo 63.1 “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”, en el sistema interamericano no se ha dudado sobre el hecho de que las sentencias del alto tribunal no son

esto último, *ejecutiva*¹¹⁷, tal como se dispone expresamente en la Convención en el sentido de su exigibilidad en el orden interno de los Estados condenados.

declarativas sin constitutivas. Esto, por cuanto además de declarar la eventual responsabilidad del Estado, sus sentencias tienen también la función de establecer las medidas de reparación de los daños sufridos por las víctimas, con el fin de restablecer sus derechos. Esta idea de que las sentencias no son meramente declarativas, ha sido insistida también por el mismo tribunal interamericano: "La jurisdicción comprende la facultad de administrar justicia; no se limita a declarar el derecho, sino que también comprende la supervisión del cumplimiento de lo juzgado". Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 72. Así, en virtud del objeto y fin de estos fallos se constituye una nueva relación jurídica (Estado - víctima), el primero deudor y la segunda acreedora de las medidas ordenadas por la Corte para obtener una justa reparación. La anterior conclusión que no resulta problemática, se complementa con otra tesis más novedosa, de acuerdo con la cual además de los derechos para las víctimas del caso concreto, las sentencias de la CorteIDH crean derechos también para terceros.

El debate sobre el carácter declarativo y/o constitutivo de las sentencias internacionales ha tenido recientemente nuevo eco en el Sistema Europeo, por cuanto, si bien antes de 2004 la tendencia jurisprudencial y doctrinal en Europa era a considerar los fallos de su Tribunal como meramente declarativos, con los casos *Assanidze*, *Broniowski* y *Sejdovic* el Tribunal Europeo se aleja de su tradicional interpretación restrictiva del artículo 41 del CEDH y ordena medidas individuales de carácter no monetario. Sobre los alcances de los casos mencionados y el debate en Europa en relación con la competencia del TEDH para ordenar distintas medidas de reparación y la supervisión de su cumplimiento, puede verse: COLANDREA, "On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-Monetary Measures: Some Remarks in Light of the Assanidze, Broniowski and Sejdovic Cases United Nations and Regional Human Rights System: Recent Developments". Una perspectiva comparativa entre el Sistema Interamericano y el Europeo en este aspecto fue previamente expuesta en: LONDOÑO LÁZARO, "Las cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos en perspectiva comparada".

¹¹⁷ El carácter ejecutivo de las sentencias de la CorteIDH lo recoge el artículo 68.2 de la Convención Americana que expresamente dispone: "La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado". Este reconocimiento del carácter ejecutivo de las sentencias del tribunal regional aparece como corolario de su principal

Además de estas cuatro notas características de las sentencias del tribunal regional, una condición particular que le caracteriza es su capacidad para producir fallos con *efectos reflejos* frente a terceros, es decir, decisiones capaces de generar un impacto jurídico más allá de las fronteras del caso particular. Desde un punto de vista práctico, esto implica reconocer a la sentencia una suerte de efectos *erga omnes* en consideración a la función pedagógica que caracteriza a estos jueces¹¹⁸.

contenido y finalidad, cual es buscar la reparación de las víctimas de violaciones a los DDHH consagrados en la CADH; por ello “los Estados deben asegurar la implementación a nivel interno de lo dispuesto por el Tribunal en sus decisiones”. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2005, consideraciones, párr. 3.

Este carácter ejecutivo fue tajantemente confirmado por el tribunal en la legendaria sentencia sobre su competencia para supervisar sus propias sentencias, emitida cuando por primera vez un Estado (Panamá) cuestionó la jurisdicción de la CorteIDH para tales fines. En su decisión se afirma: “En lo que atañe a la ejecución, en el ámbito del derecho interno, de las reparaciones ordenadas por la Corte, los Estados responsables no pueden modificarlas o incumplirlas invocando para ello disposiciones de su ordenamiento jurídico interno”. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 61.

En consecuencia, de la conjugación de tres obligaciones estatales internacionales de rango tanto convencional como consuetudinario, a saber: *pacta sunt servanda*, reparación y efecto útil, se refuerza el carácter ejecutivo de las sentencias del tribunal interamericano, cuestión vital, pues en verdad la efectividad del sistema de protección internacional depende en buena parte de la ejecución de las sentencias de su corte. Más aún, el desconocimiento por parte del Estado de tal obligación de ejecución de las sentencias internacionales comporta un nuevo hecho ilícito internacional, consistente en el entorpecimiento o la violación del derecho de acceso a la justicia internacional. Cfr. *Ibid.*, párrs. 61-83. Véase también: J.I. ACOSTA LÓPEZ y M.C. LONDOÑO LÁZARO, “El papel de la justicia nacional en la garantía de un recurso efectivo internacional”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, no. 16 (2010) 81-113.

¹¹⁸ Aunque la expresión *erga omnes* ha querido omitirse deliberadamente de este apartado para evitar confusiones, podría hacerse uso de ella si se tiene en cuenta lo siguiente. En latín, *erga omnes* significa “frente a todos”, por oposición a *inter partes*. Y este es el caso de los *efectos reflejos*, puesto que se trata de un tipo de efectos que se predica de la jurisprudencia interamericana

Para llegar a esta conclusión se hace necesario comprender el contenido de los fallos condenatorios del alto tribunal y distinguir dentro de ellos sus distintos efectos posibles.

Teniendo en cuenta la tarea y propósito de la Corte Interamericana, el contenido principal de sus sentencias se concreta en dos aspectos centrales. Por una parte, si así corresponde establecerlo a partir de la interpretación y aplicación de la CADH a los hechos objeto de litigio, la declaración de responsabilidad internacional del Estado. Por otra, de haberse declarado la responsabilidad internacional del Estado, el dictado de las reparaciones en favor de las víctimas del caso¹¹⁹. En esta segunda parte destinada a determinar las medidas de reparación, como se ha visto, la CorteIDH suele incluir *garantías de no repetición*. Ambas cosas, las reparaciones y las GNR, son determinadas por el tribunal en función de diversos criterios; entre ellos: los derechos violados, la magnitud de los daños probados en el proceso, la relevancia de los hechos y los posibles efectos que el caso pueda surtir para prevenir nuevas violaciones. De alguna manera, puede decirse que la CorteIDH ha

de acuerdo con el cual el valor del dictamen internacional va más allá del ámbito individual de las personas implicadas en el caso, autorizándose un uso extensivo frente a terceros, con el fin de favorecer la eficacia del sistema de cara a la prevención de violaciones reiteradas a los derechos humanos.

¹¹⁹ La jurisprudencia de la CorteIDH sobre reparaciones se considera vanguardista a nivel mundial, por lo que los estudios que analizan y recuentan los derroteros jurisprudenciales en esta materia son ya hoy en día numerosos. Un análisis del modelo de reparación integral seguido por la CorteIDH hasta 2007 y su comparación con las líneas adoptadas por otros órganos internacionales puede verse en: ANTKOWIAK, "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond". Para una revisión cronológica, panorámica y más actualizada sobre las modalidades de las reparaciones en la jurisprudencia interamericana puede verse: GARCÍA RAMÍREZ, "El amplio horizonte de las reparaciones en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos".

reconocido una dimensión individual y también una colectiva a las reparaciones¹²⁰, concepto dentro del cual ella ha abarcado a las GNR.

Y si bien es verdad que aquella dimensión social o colectiva es una característica diferenciadora de la jurisprudencia interamericana, lo cierto es que no debe reducírsele al aspecto de las reparaciones, ni es dentro de ese marco estrecho que pueden explicarse las GNR, puesto que como se ha insistido, se trata de dos realidades diferentes. En sentido estricto, la reparación es sólo una de las consecuencias jurídicas de la responsabilidad internacional de un Estado, como lo es también y de manera independiente la obligación del Estado de prestar *garantías de no repetición* cuando la situación lo merezca. Así, de acuerdo con el objeto y finalidad de aquellas, se busca borrar los daños que el ilícito ha dejado en la(s) víctima(s), es decir se trata de un modo de justicia restaurativa¹²¹, mientras que las segundas son del orden preventivo. Ahora bien, es posible, como lo ha declarado la CorteIDH, que una medida de reparación tenga efectos colectivos —y no meramente singulares respecto de las víctimas—, puesto que beneficia a toda una

¹²⁰ Sobre estas dos dimensiones de las reparaciones, puede verse: GARCÍA RAMÍREZ, "El amplio horizonte de las reparaciones en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos", p. 107.

¹²¹ Esta visión se desprende tanto del alcance que ha dado la jurisprudencia interamericana al artículo 63 CA, como de otros instrumentos internacionales, en particular "*Los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*" resolución adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005. Además de los estudios generales referidos en el primer capítulo, un análisis de la naturaleza de las reparaciones y los lineamientos en el Derecho internacional sobre la materia puede verse en los siguientes estudios: D. SHELTON, "Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility Symposium: The ILC's State Responsibility Articles", *Am. J. Int'l L.*, no. 96 (2002) 833-56. L.M. CRUZ, "El derecho de reparación a las víctimas en el derecho internacional. Un estudio comparativo entre el derecho de responsabilidad estatal y los principios básicos de reparación de víctimas de derechos humanos", *Revista de Derecho Político* 77 (2010) 185-209.

comunidad procurando el restablecimiento de los derechos que le han sido conculcados a algunos de sus miembros. Es el caso, por ejemplo, de la orden emitida al Estado de Surinam con ocasión de la sentencia de reparaciones *Aloeboetoe*, en el que se ordena la reapertura y dotación de una escuela y un dispensario para garantizar los niveles básicos de educación y salud de los niños de una aldea Saramaka donde vivían las víctimas¹²².

Esta dimensión colectiva de las reparaciones no debe confundirse con el impacto social o colectivo que puede desprenderse de la sentencia internacional, en cuanto irradia sus efectos no sólo para la víctima sino para terceros indeterminados en el proceso internacional, en virtud del carácter orientador y generalizable de su contenido en un aspecto fundamental para la protección de los DDHH de un grupo humano. Es frente a este último escenario que resulta posible un análisis de los *efectos reflejos* de los fallos del tribunal de Costa Rica¹²³, aspecto que ofrece una razón que puede llegar a justificar la obligatoriedad de las GNR, siempre y cuando medien algunas condiciones sobre las que se profundizará en el siguiente capítulo.

Al hilo de estos argumentos, resulta más clara la postura por la que se aboga: la conveniencia de aprovechar el papel aleccionador o pedagógico que puede producir la jurisprudencia interamericana para elevar los niveles de protección de los DDHH en la región permite

¹²² Caso *Aloeboetoe y otros vs. Surinam. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, punto resolutive 5.

¹²³ Pueden verse estudios anteriores que dan cuenta de este concepto: M.C. LONDOÑO LÁZARO, "Lo social como dimensión inescindible de los derechos humanos", en R. ABELLO GALVIS (ed.), *Derecho Internacional Contemporáneo, liber amicorum en homenaje a Germán Cavallier*, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, 489-518; M.C. LONDOÑO LÁZARO, "La efectividad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (reseña de investigación)", *Dikaion* 19, no. 014 (2005) 5. Una figura similar dentro del marco del Derecho constitucional la reconoce SANTIAGO con el nombre "fallos institucionales". SANTIAGO, *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*, pp. 148-154.

admitir que ciertos fallos individuales amplíen sus efectos en favor de toda una colectividad. Un modo práctico como se lleva a cabo este ejercicio es justamente a través de la figura de las GNR. Lo anterior significa que el tribunal internacional estaría habilitado para ordenar *garantías de no repetición* solamente en aquellos casos en los que su sentencia definitiva reúna la condiciones necesarias para surtir *efectos reflejos*.

La propuesta anterior se explica del siguiente modo. Si bien es cierto que los casos que se tramitan en la CorteIDH son individuales — aunque algunas veces las víctimas sean agrupaciones o comunidades— y, en principio, no existe la posibilidad de resolver casos *en abstracto* como fuera planteado en el primer capítulo, también es verdad que muchos de los casos que se ventilan en el SIDH tienen la virtualidad de constituirse en lecciones generalizables para el Estado, por contener pautas que alertan sobre alguna falla estructural del orden nacional que podría seguir generando nuevas víctimas.

Así las cosas, buscando la operatividad del principio de subsidiaridad, resulta razonable que ante la advertencia que el órgano internacional hace de un problema de orden estructural al interior del Estado, se tomen medidas generales que una vez implementadas prevengan nuevas víctimas y, por consiguiente, nuevas causas judiciales en el nivel internacional.

Lo dicho hasta aquí pretende resaltar una característica singular del quehacer de la CorteIDH, independiente de su capacidad para decretar reparaciones con efectos colectivos: debido a la naturaleza especial del alto tribunal y la tarea que se le ha encomendado para la promoción y protección de los DDHH en la región, goza de poder para ordenar al Estado una acción que favorecerá a terceros no intervinientes en el proceso internacional. Ese impacto frente a terceros se genera por cuanto la acción ordenada pretende la implementación de un estándar convencional, de manera que se evita una serie de demandas internacionales cuando la causa común a todas ellas es una falla

estructural del orden nacional. En este orden de ideas, la conducta prescrita es una GNR y el marco en el que ésta se ordena es una *sentencia con efectos reflejos*.

5. RECAPITULACIÓN

En los puntos anteriores se ha demostrado que existe un fundamento jurídico válido que sustenta la aplicación de GNR por parte de la CorteIDH. Los principios centrales del SIDH (prevalencia de la persona humana, subsidiaridad y efectividad), el contenido de la Convención Americana unido a la cláusula *pacta sunt servanda*, así como la tarea pedagógica y tutelar que se ha encomendado a la CorteIDH, son los tres argumentos centrales sobre los que se construyó la propuesta que confirma la validez de estas medidas.

Como surge de la sola lectura de lo expuesto, el complejo criterio de validez que se propone no es meramente formal. Por otro lado, una profundización del análisis permite advertir un factor de validez adicional referido a la función social de las GNR. Se trata de medidas que aspiran a erigirse como soluciones de largo plazo, como herramientas valiosas que, entre otras cosas, sirvan como elemento de presión a las fuerzas políticas locales en la búsqueda de soluciones jurídicas más profundas y duraderas ante los problemas sociales de gran trascendencia¹²⁴.

¹²⁴ En este sentido, parece oportuno recordar que el cometido de la CorteIDH desde sus comienzos, está estrechamente ligado a mejorar las condiciones de vida de los países Latinoamericanos. En estos términos lo rememoró el juez GARCÍA RAMÍREZ en el último voto de su magistratura: “En la hora de fundación de la Corte se dijo que ésta debería reducir la distancia —a menudo muy grande— que media entre las exigencias de la libertad y la justicia y las condiciones de la realidad, que resiste y a menudo combate los esfuerzos

En todo caso, no hay que llamarse a engaños: la potencialidad de redescubrir en las GNR un derecho preventivo que contrarreste la tendencia al inmediatismo requiere también de la prudencia y responsabilidad de un tribunal que se esmere por presentar decisiones sólidamente fundamentadas, no meramente mecánicas ni caprichosas, unido a la capacidad de reconocer la complejidad de las realidades sociales. De lo contrario sus propias medidas serán resoluciones coyunturales o parcializadas que no sólo no contribuirán a la prevención de nuevas víctimas similares a las reconocidas en la instancia internacional sino que además acrecentarán las tensiones internas de los Estados.

En este sentido se hace eco al llamado de conciencia que propone el juez García Ramírez a sus colegas de todos los tiempos:

Forjador de una jurisprudencia de valores, el juez internacional de derechos humanos debe comprender y apreciar la enorme trascendencia de sus resoluciones, llamadas a orientar los órdenes jurídicos internos a través de la creciente recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos; ejercer la razón y evitar la “aventura judicial” que pondría en riesgo la seguridad y la justicia; advertir que la resolución que emite en cada caso contribuye a la fortaleza y dignidad del sistema en su conjunto, o lo menoscaba si es desafortunada; en suma, subordinar su actuación al austero cumplimiento de su encomienda. Todo ello permite al juzgador internacional justificar su misión y, por lo tanto, consolidar su presencia.¹²⁵

Todos estos planteamientos, a modo de “prevenciones” sobre el uso que podrían sufrir las GNR, corroboran la necesidad de revisar las condiciones esenciales que debe seguir la práctica de esta figura en el

del progreso”. Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez en la Opinión Consultiva OC-20/09, cit., párr. 68.

¹²⁵ *Ibid.*, párr. 84.

SIDH para preservar su legitimidad, cuestión de la que se hará cargo el siguiente capítulo.

En pocas palabras, como conclusión de este capítulo, el estado actual de desarrollo del DIDH y los pilares sobre los que se asienta el SIDH permiten justificar positivamente las *garantías de no repetición* como una figura de carácter judicial por medio de la cual el Derecho internacional asegura la eficacia de su papel coadyuvante en la promoción y protección de los DDHH. En nuestros días, la primacía del respeto de la dignidad humana por encima de cualquier cortapisa como serían las antiguas banderas de la inviolable soberanía estatal, favorece la comprensión y desarrollo de las GNR dentro de sus justos límites, a manera de contrapesos a las acciones desbordadas del Estado. Se trata, en este sentido, de un modelo legítimo de intervención judicial internacional con el fin de corregir y re-direccionar la actuación general del Estado con tal de prevenir violaciones continuadas y futuras a los DDHH. La figura, como se ha demostrado, se justifica sobre la base de los principios centrales del DIDH: *pro persona*, subsidiaridad y efectividad y se asienta legítimamente dentro del marco convencional que ofrece el Pacto de San José, en particular los artículos 1.1 y 2, así como las normas que reconocen las funciones y alcance de la competencia del tribunal regional, de las cuales se infiere —dentro del contexto de promoción de los DDHH— un papel orientador y pedagógico que concede autoridad a la CorteIDH para orientar a los Estados en el cumplimiento de estándares internacionales derivados de los compromisos regionales en la materia.

CAPÍTULO 4

LOS LÍMITES DE LAS *GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN* COMO CONDICIONES DE LEGITIMIDAD

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

De acuerdo con lo expuesto en el capítulo precedente, si bien la figura de las *garantías de no repetición* no ha sido prevista expresamente en la Convención Americana, ni puede inferirse que esta deba ser una práctica obligatoria para la Corte regional, pueden ofrecerse razones de peso para justificar su existencia en la práctica judicial interamericana. En esta dirección apuntan tres principios fundamentales del sistema interamericano, las obligaciones convencionales generales y la tarea para la que han sido dispuestos los tribunales internacionales de DDHH. En consecuencia, como se justificara previamente, las condenas producidas en el seno del sistema interamericano en contra de Estados responsables de violaciones a derechos humanos son susceptibles de contener medidas con efectos generales tendientes a prevenir la reiteración de hechos ilícitos similares a los declarados en la instancia internacional y esto sería jurídicamente válido o legítimo.

Sin embargo, no cualquier tipo de mandato justificado sobre la base de prevenir violaciones futuras goza de tal legitimidad puesto que, so pena de constituirse en expresión del ejercicio abusivo del poder judicial, una medida de alcance general ordenada en una sentencia

individual debe cumplir con unas exigencias mínimas. Tales requerimientos operan a modo de límites a la discreción judicial y pueden condensarse en la siguiente fórmula (cuyo desarrollo e implicancias se harán luego): cada vez que existan diversas opciones para garantizar la no repetición de violaciones de derechos humanos, la Corte Interamericana debe limitarse a exigir la adopción por parte del Estado de alguna de ellas, sin elegir concretamente ninguna, dejando en manos de la instancia nacional la decisión precisa y circunstanciada acerca de cuál de esas opciones es la más adecuada¹. Dicho de otro modo, el tribunal podrá ordenar a un Estado como GNR una acción concreta sólo en aquellos casos en los que esa conducta precisa sea el único modo de evitar la repetición de violaciones de los DDHH o, al menos, una medida indispensable para conseguir tal fin.

Las bases para sustentar este argumento se desarrollarán del siguiente modo. En un primer momento se analizarán los tres límites fundamentales que circunscriben el contenido y alcance de una GNR por parte de la CorteIDH, que giran en torno a lo siguiente: el contexto que ofrecen las sentencias internacionales con efectos reflejos, la finalidad de las medidas tipo GNR y la noción de margen nacional de apreciación. Al final del capítulo se propondrá un análisis de los efectos adversos que acarrearía una práctica desmedida por parte de la CorteIDH en esta materia.

¹ Esta visión entronca perfectamente con la perspectiva del principio de subsidiaridad que se sustentó en el capítulo anterior, de acuerdo con la cual “es importante no sólo que estos bienes [humanos] sean realizados efectivamente, sino que las personas y los pueblos puedan hacerlo por sí mismos, es decir, como fruto de su propia deliberación, juicio, decisión y acción”. Cfr. GEORGE, *Entre el Derecho y la Moral*, p. 90.

2. TEORÍA SOBRE LOS LÍMITES DE LAS *GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN*

El planteamiento que a continuación se presenta obedece a la necesidad de circunscribir el ámbito legítimo en el cual las GNR representan un instrumento jurídico provechoso de cara al reconocimiento, tutela y promoción de los DDHH. Los tres acápites siguientes que desarrollarán la propuesta pueden ser leídos a manera de test para verificar la legitimidad de una GNR.

Idealmente este sería el ejercicio de razonamiento previo que debería guiar al tribunal internacional que pretenda establecer en una condena una medida de este tipo. Sus coordenadas, por tanto, ofrecen respuestas a las preguntas fundamentales que en la práctica judicial tendrían que formularse: ¿es necesario ordenar la *garantía de no repetición*?; ¿resulta adecuada la medida?; ¿es imperativo que el tribunal ordene la medida y se encuentra legitimado para ello sobre la base de una distribución de competencias que respeta el margen nacional de apreciación?

2.1. LA TEORÍA DE “LOS EFECTOS REFLEJOS”: EL CRITERIO DE NECESIDAD COMO LÍMITE

Como se expuso en el anterior capítulo, el papel pedagógico y tutelar que puede llegar a desempeñar la jurisprudencia interamericana con el fin de elevar y homogenizar los niveles de protección de los DDHH en la región, supone reconocer su capacidad de ampliar los efectos de algunos de sus fallos individuales para favorecer a toda una colectividad que no habiendo hecho parte del proceso internacional, sin embargo, podría estar virtualmente afectada por la misma falla estructural del nivel nacional. Un modo práctico como se lleva a cabo ese ejercicio es justamente a través de la figura de las GNR. Lo anterior implica —según la propuesta que aquí se formula— que el tribunal internacional cuenta con la legitimidad necesaria para ordenar

garantías de no repetición solamente en aquellos casos en los que su sentencia definitiva cumple con los requerimientos necesarios para surtir *efectos reflejos*. Dicho de otro modo, las sentencias con *efectos reflejos* son el contexto necesario que justifica a las GNR.

Ya se ha señalado previamente la importancia de reconocer ese especial impacto potencial colectivo que tienen algunas sentencias interamericanas (y que conducen particularmente a la consolidación de un orden público regional en materia de derechos humanos). Cabe ahora preguntarse cuáles son los criterios que permiten la identificación de este tipo de decisiones judiciales. Para responder a este interrogante se explicará que una sentencia puede producir *efectos reflejos* —o impacto directo para la resolución de nuevos casos en el ámbito interno o regional (efectos frente a terceros)— si cumple con tres condiciones: (i) el fallo se sustenta sobre una interpretación razonable y coherente de la Convención Americana para privilegiar la defensa de la dignidad humana; (ii) en el fallo se identifica un estándar internacional consolidado para la protección de los DDHH, que se desprende directamente de la Convención o del *corpus iuris* de los derechos humanos al cual ésta pertenece; (iii) el tribunal se enfrenta a una falla estructural del Estado que de persistir continuará provocando violaciones a los derechos convencionales.

A este primer criterio se denominaremos “criterio de necesidad”; de acuerdo con él, no cualquier sentencia de la CorteIDH puede justificar la necesidad de ordenar una GNR, sólo serán legítimas las GNR dispuestas en un fallo calificado (del tipo *efectos reflejos*).

2.1.1. La interpretación auténtica de la Convención Americana

Sobre el presupuesto de que el SIDH debe conservar su naturaleza subsidiaria, aparece claro que no es necesario ni razonable que todas las situaciones de violación a los DDHH accedan a la instancia internacional para su resolución definitiva. Una de las consecuencias de esto último es que, unido al principio de economía procesal, sea legítimo y deseable

que aquellos parámetros jurídicos establecidos en una condena que respondan a estándares internacionales de protección de los derechos humanos sean asumidos voluntariamente por el Estado, siempre y cuando cumplan con determinadas exigencias².

² La cuestión de los estándares internacionales es de enorme relevancia actual, aunque genera fuertes controversias. Cabe hacer en este punto dos consideraciones (que luego serán profundizadas): en primer lugar, no todo el DIDH se encuentra actualmente expresado en términos de estándares, a modo de parámetros perfectamente ciertos y definidos, exigibles por igual a todos los Estados. Tampoco es claro que esto sea lo ideal, aunque indudablemente en el seno de las Naciones Unidas se ha alentado un proceso en este sentido. En segundo lugar, la misma CorteIDH debe exigirse mayor rigurosidad en este trabajo, pues si bien su sistema no es estrictamente de precedentes, si se requiere más esfuerzo de su parte en la precisión y uso unificado del lenguaje jurídico, citación de antecedentes, así como visión de largo plazo en la determinación de sus decisiones. En todo caso, ciertamente se ha avanzado en la concreción de ciertos estándares en temas latinoamericanos que dejan entrever un primer bosquejo de la situación de la región en materia de derechos humanos: investigación de graves violaciones, detenciones arbitrarias, desapariciones forzadas, indígenas, amnistías, entre otros. Actualmente ya es abundante la bibliografía que da cuenta de este proceso de "estandarización" en la jurisprudencia interamericana, sus bondades y críticas. Como referencias de interés por la visión panorámica que ofrecen sobre los principales desarrollos jurisprudenciales, pueden citarse: L. BURGORGUE-LARSEN y A. UBEDA DE TORRES, *The Inter-American Court of Human Rights: case-law and commentary*, (traducido por R. GREENSTEIN), Oxford University Press, Oxford, 2010. S. GARCÍA RAMÍREZ y M.C. LONDOÑO LÁZARO, *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 7 vols., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM- Corte Interamericana de Derechos Humanos- Universidad de La Sabana, México, 2008-2010. Otros trabajos de revisión de estándares interamericanos de acuerdo con la evolución de la jurisprudencia de la CorteIDH en temas más específicos: D. GARCÍA SAYÁN, "Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos", en (ed.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Un cuarto de siglo: 1979 - 2004*, Organización de Estados Americanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2005, 323-84. V. ABRAMOVICH, "Los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos como Marco para la Formulación y el Control de las Políticas Sociales", *Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile*, no. 2 (2006) 13-51. M.F. QUINCHE RAMÍREZ, *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.

Una de estas condiciones será que se trate de estándares claros y consistentes que respondan a una interpretación fundamentada de los principios pro persona, coherencia y razonabilidad en el marco de la Convención Americana³. Dicho de otro modo, la tesis de los *efectos reflejos* se explica desde una visión sistemática y desde el estándar de la buena fe, como un modelo para economizar procesos y efectivizar la protección de los DDHH, siguiendo la ruta de la estandarización de criterios que razonable y coherentemente se deriven de la Convención Americana⁴, con el objeto de privilegiar una verdadera defensa de los bienes humanos básicos.

³ El debate contemporáneo sobre los límites a la discreción judicial no es ajeno a los tribunales internacionales. No es propósito de este estudio profundizar sobre las características del proceso de interpretación que debe llevar a cabo el tribunal regional para garantizar la legitimidad de sus decisiones. Cfr., al respecto, las ideas de Pilar ZAMBRANO, quien apuesta por un método sistemático teleológico de acuerdo con el cual “basta” dos condiciones para lograr el objetivo deseado cuál es una interpretación *razonable* del Derecho, esto es, opuesta a la imposición, la arbitrariedad o la violencia: “En primer lugar, el intérprete debe sujetarse a las reglas de uso del lenguaje de las normas para determinar el fin lingüístico del legislador, o lo que Raz denomina “intención mínima”. En segundo lugar, y dentro de este campo acotado por la lingüística, habrá de determinar el fin pragmático dentro de otro sub-campo: el de los modos posibles de realizar la justicia en el caso. Es cierto que «lo justo» es un concepto excesivamente abstracto, y dado que la reproducción exacta del sentido de lo justo implícito en la norma exigiría una indagación psicológica infructuosa, podría volver a insistirse sobre lo mismo: el intérprete que pretende reproducir ese sentido en rigor está creando, y excluye o desplaza a la autoridad”. Por lo anterior, podría añadirse, la coherencia con los fines que persigue la norma y el sistema al que pertenece, resulta ser condición obligada de toda interpretación. En esta línea de argumentación, la autora concluye que los límites de autoridad que posee el intérprete, es decir, su capacidad de creatividad interpretativa, se sitúa entre dos márgenes: “un margen inferior dado por el sentido de los enunciados desde el punto de vista lingüístico, y un margen superior dado por los fines globales del derecho a la luz de una concepción objetiva de la justicia”. ZAMBRANO, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, pp. 62-63, 79.

⁴ Sobre este aspecto, el propio tribunal ha reconocido la validez y aplicabilidad de las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el

Al calificar de “verdadera” la defensa de los DDHH que se propone el tribunal, se quiere argumentar sobre la base que ofrecen teorías del Derecho y de la justicia del corte *realista*⁵, que asumen la posibilidad humana de aproximarse a conocer la realidad, por lo que los juicios resultan verdaderos o falsos. Lo anterior, en contraposición de las perspectivas meramente subjetivistas o relativistas, de acuerdo con las cuales al negarse la capacidad de la razón de conocer la realidad, no queda más alterativa que la dictadura o las opiniones consensuadas⁶.

derecho de los tratados, para llevar a cabo su labor. En consecuencia, la jurisprudencia ha señalado expresamente la prevalencia de los criterios objetivos y semánticos sobre posibles visos subjetivos: “Según aquellas reglas [Convención de Viena], los tratados deben interpretarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (artículo 31.1 de la Convención de Viena). *Los medios complementarios de interpretación*, en especial los trabajos preparatorios del tratado, *son utilizables para confirmar el sentido resultante de aquella interpretación o cuando ésta deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable* (Ibid., artículo 32). Este método de interpretación se acoge al principio de la primacía del texto, es decir, a aplicar criterios objetivos de interpretación. Además, en materia de tratados relativos a la protección de los derechos humanos, resulta todavía más marcada la idoneidad de los criterios objetivos de interpretación, vinculados a los textos mismos [...]” (cursiva fuera de texto). Corte IDH. *Restricciones a la Pena de Muerte* (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párrs. 49-50.

⁵ En esta línea de raíces aristotélico-tomistas se inscriben autores como John FINNIS, Robert P. GEORGE, Javier HERVADA, Carlos Ignacio MASSINI, entre otros. Algunos de sus estudios más importantes han sido referenciados a lo largo de este trabajo.

⁶ La reacción ante estos riesgos no se hace esperar, incluso por parte de autores no oficialmente pertenecientes a la corriente realista a la que se ha hecho alusión. Véase, por ejemplo, este texto de FERRAJOLI: “Ninguna mayoría, por más aplastante que sea, puede legitimar la condena de un inocente, o la absolución de un culpable, o la privación o afectación de un derecho de libertad, o la falta de satisfacción de un derecho social. Si se quiere que estén en posibilidad de garantizar los derechos de los individuos, las funciones de garantía, comenzando por la judicial, no pueden ser expresión, ni mucho menos depender del poder de la mayoría, sino que deben estar sujetas únicamente a la ley”. Para entender mejor el trasfondo del presente estudio, conviene sustituir

Por lo tanto, en el mundo del Derecho ese “apelar a la realidad” por el ejercicio de la razón práctica resulta ser la pieza clave para fundamentar —y no meramente justificar o imponer— una decisión justa⁷.

Y aunque estas disquisiciones pertenezcan al plano de la filosofía del derecho, esta breve referencia resulta oportuna en el orden de los argumentos que se exponen, para comprender la hondura de la exigencia puesta bajo análisis: la necesidad de una interpretación auténtica, verdadera, de la Convención Americana conforme los requerimientos de la dignidad humana a partir de la cual se determinen estándares regionales exigibles a todos los Estados para la protección de los DDHH.

La misma CorteIDH ha admitido que ciertos procedimientos formalmente adecuados a Derecho pueden llegar a resultar inválidos por contrariar la esencia misma y el sentido de protección que ofrecen los textos internacionales relativos a DDHH. En este sentido, interesa subrayar que tanto como un procedimiento democrático aparentemente válido puede resultar ilegítimo debido a que lesiona el núcleo duro de un derecho convencional, también podría llegar a adolecer de la misma ilegitimidad una decisión —incluso unánime— de la CorteIDH si llegara a quebrantar el principio de primacía de la dignidad humana bajo cualquier excusa. Este criterio es especialmente relevante en los casos más polémicos de DDHH, por ejemplo aquellos en los que se pone en juego el principio de indisponibilidad de la vida humana, consustancial

el término “ley” por Derecho. L. FERRAJOLI, “Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción”, *Reforma judicial. Revista mexicana de justicia* 15-16, no. Enero - Diciembre (2010) 3-18, pp. 9-10.

⁷ MORA RESTREPO ha dedicado un estudio completo a desarrollar esta cuestión en el marco del derecho constitucional, sin embargo, sus consideraciones y aportes resultan completamente acertadas también para el ámbito del DIDH, puesto que al fin y al cabo en las dos áreas los derechos humanos son el objeto central coincidente. MORA RESTREPO, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, en particular, el capítulo VI.

al principio de dignidad. Las palabras de la CorteIDH son suficientemente elocuentes:

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo «susceptible de ser decidido» por parte de las mayorías en instancias democráticas [...].⁸

Parafraseando al Tribunal, *mutatis mutandi*, podría proponerse que la sola existencia de una decisión adoptada por el pleno de la CorteIDH no garantiza *per se* el más alto respeto a los derechos humanos. Así, si en aquellos temas especialmente problemáticos en los que se pone en riesgo la protección de los bienes humanos básicos y el derecho de los más débiles, la Corte llegara a favorecer una cierta ideología en perjuicio de aquellos, las mismas razones argüidas por la Corte en el párrafo transcrito servirían para deslegitimar su decisión.

En definitiva, una decisión capaz de surtir *efectos reflejos*, no requiere consensos generales, pero sí capacidad de ser generalizable al menos en la región, en función de la razonabilidad intrínseca que le caracteriza gracias a su sólida fundamentación jurídica, abierta coherencia con la prescripción convencional y franca salvaguarda de los

⁸ Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 239.

bienes humanos básicos, a partir de lo cual resulta posible definir un estándar internacional de protección de DDHH y una falencia estatal con respecto a éste.

2.1.2. Una aproximación a la noción de estándares internacionales

No se ignoran las complejidades y desafíos que un proceso de definición de estándares supone en Latinoamérica. A pesar de la cierta homogeneidad de los países de la región, en particular respecto de problemáticas sociales⁹, es todavía incipiente un *modelo de estándares* en derechos humanos que responda a la doble función que se esperaría de ellos: por un lado, suficientemente generales, a modo de principios de instrucción para el accionar de los Estados y, al mismo tiempo, expuestos tan clara y específicamente que se identifiquen como un listado de reglas mínimas a las que fácilmente se les puede hacer seguimiento: se cumplen o no se cumplen.

Podría ambicionarse un modelo así, pero a decir verdad, actualmente, el mismo concepto de *estándares latinoamericanos de derechos humanos* —aunque resulte de uso común— apenas se

⁹ En este sentido, resultan muy interesantes las reflexiones de ABRAMOVICH sobre los problemas de desigualdad y exclusión en Americana Latina como amenazas a la reciente institucionalidad democrática más o menos lograda en la región. En este contexto, el autor pone de presente el valor de los estándares internacionales señalando que éstos “pueden servir para fijar un marco para la definición de las políticas y estrategias de intervención tanto de los Estados como de los actores sociales y las agencias de cooperación para el desarrollo, y establecer una vara o criterio común para la fiscalización y evaluación posterior de esas políticas y estrategias, otorgando un contenido más preciso a algunos principios que inspiran la formulación de estrategias de desarrollo y reducción de la pobreza en la región, tales como el principio de inclusión, de participación, de rendición de cuentas y de responsabilidad”. ABRAMOVICH, “Los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos como Marco para la Formulación y el Control de las Políticas Sociales”, p. 14.

encuentra en construcción¹⁰, si bien pueden ofrecerse muestras esperanzadoras, como se verá adelante. En parte no se ha alcanzado tal consenso, quizá, como señala NEUMAN, por la trágica historia regional de violaciones sistemáticas al núcleo de los DDHH que, de algún modo, predisponen a la adopción de derroteros muy elementales en la materia y, adicionalmente, por la falta de iniciativa e impulso que la comunidad regional organizada —en cabeza de la Organización de Estados Americanos— le ha dado a la propuesta, en contraste con el protagonismo desplegado por el Consejo de Europa y la Unión Europea en su entorno¹¹.

A pesar de que en la práctica ese modelo de estándares para Latinoamérica se encuentra todavía en estado embrionario, esta es una noción que juega un papel importante en la configuración de la teoría de los fallos con *efectos reflejos*, como contexto requerido para acreditar la necesidad de una GNR. Así, la tesis que se ha propuesto es que por la naturaleza de las sentencias de la CorteIDH y en consideración a su

¹⁰ Sin embargo hay autores más optimistas que consideran que ya se ha consolidado un sistema de estándares interamericanos para la protección de DDHH, véase, por ejemplo: D. GARCIA SAYÁN, "Inter-American Court and Constitutionalism in Latin America", *Tex. L. Rev.* 89 (2010) 1835-62. Si bien es cierto que adelante se expondrán algunos ejemplos que ilustran parámetros ya muy afianzados en la jurisprudencia regional, no resulta tan evidente que exista un verdadero modelo de estándares desarrollado por la jurisprudencia en todas las materias reguladas por la Convención Americana. Esto, entre otras razones, por la falta de rigurosidad jurídica que caracteriza a muchas de las decisiones del tribunal, así como la ausencia de una sólida fundamentación en el ejercicio de interpretación del Pacto regional, lo que termina restando valor a estos fallos a causa de su arbitrariedad. Un ejemplo reciente que ilustra esta crítica es la sentencia *Atala*. cfr. Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Véanse, entre otros, los párrs. 92, 94-96, 109-110, 139-140. Otros ejemplos se encuentran descritos en: MALARINO, "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos".

¹¹ Cfr. G.L. NEUMAN, "Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights", *Eur. J. Int'l L.* 19, no. 1 (2008) 101-23, pp. 107ss.

función pedagógica como máximo tribunal regional en la materia, muchas de sus decisiones gozan no sólo de una eficacia *inter partes* tradicional de cualquier sentencia definitiva, sino además de unos *efectos reflejos*, a manera de lecciones potencialmente irradiadoras del orden internacional de los derechos humanos en el orden jurídico nacional¹². Y es frente a este último punto que la idea de estándares cobra importancia, pues éstos se perfilan como la vía a través de la cual se concretan las directrices internacionales llamadas a ser incorporadas en el orden interno.

Este planteamiento deja entrever dos cuestiones centrales en la figura de los estándares internacionales que merecen mayor detenimiento: su origen y su funcionamiento. En relación con lo primero, se explicará que los estándares son inferencias hechas a partir de una interpretación razonable de la Convención Americana y el *corpus iuris* de derechos humanos en el que ésta se inserta. Respecto de lo segundo, se sustentará cómo los estándares, en cuanto derroteros de acción, están llamados a una implementación práctica que evidencia la

¹² Hoy en día ya existen varios estudios que dan cuenta del alcance que se ha dado a las sentencias emitidas por la CorteIDH en el nivel interno de los países latinoamericanos. El recuento elaborado por AYALA CORAO resulta de interés para verificar el grado de aceptación y efectiva ejecución de las sentencias del tribunal regional; véase: C. AYALA CORAO, "La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Estudios constitucionales, Universidad de Talca* Año 5, no. 1 (2007) 127-201. La colección de estudios dirigida por el juez GARCÍA RAMÍREZ también resulta valiosa para hacer un seguimiento a la práctica latinoamericana en relación con la implementación de los lineamientos interamericanos en el derecho nacional, véase: GARCÍA RAMÍREZ y CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*. Este fenómeno no es exclusivo del ámbito americano, por lo que algunos aluden a la idea de "cosmopolitanismo judicial" presentando evidencias que demuestran la estrecha relación entre las instancias internacionales y nacionales, así como la notoria influencia de aquellas sobre éstas. Al respecto puede verse: ORDOÑEZ SOLÍS, *El cosmopolitanismo judicial en una sociedad global: globalización, derecho y jueces, passim*.

influencia que ejerce el Derecho internacional en el ámbito interno de los Estados americanos.

a) *La fuente de los estándares interamericanos: la Convención Americana y el corpus iuris internacional.* La expresión *corpus iuris internacional* ha sido utilizada reiteradamente por la CorteIDH en su ejercicio de interpretación de la Convención Americana, dando a entender que este instrumento forma parte de todo un sistema jurídico de protección de los derechos humanos y que, por tanto, para dar alcance al contenido de los derechos allí reconocidos y teniendo en cuenta la evolución de los tiempos, la Convención debe interpretarse a la luz de aquel conjunto normativo internacional. Así lo expresó la Corte por primera vez en la OC-16:

El *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.¹³

Argumentando en función de la noción de *corpus iuris internacional*, la CorteIDH al interpretar la Convención ha pretendido establecer estándares de protección a los DDHH en temas particularmente sensibles para la región. Así lo ha hecho, por ejemplo,

¹³ CorteIDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 115.

con los derechos de las mujeres¹⁴; los derechos de los niños¹⁵; los derechos de las comunidades indígenas¹⁶; los crímenes de lesa humanidad¹⁷; entre otros casos que ilustran el abundante uso — explícito y muchas veces implícito— que la Corte hace de referentes recogidos del sistema internacional, no expresamente convencionales, para dar alcance a las prescripciones del Pacto regional.

El concepto de *corpus iuris* de los derechos humanos parece ser en sí mismo un aporte interesante de la CorteIDH a la doctrina internacional. Ahora bien, será benéfico siempre y cuando se mantenga dentro de sus linderos y no se preste para confundir la naturaleza obligatoria de las convenciones asumidas por los Estados y el efecto indicativo o persuasivo que tienen muchos otros instrumentos que se suman a la enorme lista del *corpus iuris internacional*. Sin duda, una visión de conjunto del DIDH amplía el horizonte y puede ser una herramienta útil para lograr una interpretación evolutiva de los derechos humanos¹⁸; no obstante, con un uso indiscriminado se corre el

¹⁴ Véanse, por ejemplo, caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160; caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

¹⁵ Véanse, por ejemplo, caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63; caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

¹⁶ Véanse, por ejemplo, caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

¹⁷ Véanse, por ejemplo, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154; caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

¹⁸ El concepto de interpretación evolutiva es muy relevante en el mundo de los DDHH. Como la misma expresión de *corpus iuris*, debe ser usada con

riesgo de perder de vista la diferencia entre lo accesorio y lo fundamental; lo variable y lo permanente. De ahí que sea necesario advertir sobre el rol ambivalente que puede cumplir la figura del *corpus iuris*: por una parte, como criterio de interpretación autorizado para actualizar las obligaciones convencionales en los contextos históricos cambiantes¹⁹; por otra, como estrategia retórica para encubrir posturas no fundamentadas, esto es, a modo de “ropaje justificativo” de decisiones arbitrarias²⁰.

precaución para evitar que se convierta en herramienta puramente retórica o se tergiverse su función. De hecho, es importante tener presente que la idea de interpretación evolutiva no exonera al intérprete del uso de los criterios lógicos, semánticos, teleológicos y sistemáticos para desentrañar el sentido de las normas. Cfr., en este sentido, R. CANOSA USERA, "La interpretación evolutiva de los derechos fundamentales", en E. FERRER MAC-GREGOR and A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA (ed.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje A Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, Vol. VI, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM- Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional- Marcial Pons, México, 2008, 57-98, p. 60.

¹⁹ En este sentido, la CorteIDH ha planteado que de acuerdo con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, el intérprete está autorizado a llevar a cabo una interpretación acorde con la evolución de los tiempos, particularmente importante en el DIDH: “Tanto esta Corte, en la Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1989), como la Corte Europea de Derechos Humanos, en los casos *Tyrer versus Reino Unido* (1978), *Marckx versus Bélgica* (1979), *Loizidou versus Turquía* (1995), entre otros, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114. A partir de este momento el tribunal adopta el criterio señalado y lo aplica regularmente en la jurisprudencia contenciosa a partir del caso “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) vs. Guatemala. Fondo, cit., párr. 193.

²⁰ Como se ha advertido en algunas partes de este trabajo, ciertas características del neoconstitucionalismo pueden ser también aplicadas para la justicia internacional de los DDHH y, dentro de ellas, caben también las críticas. Por esta razón parece afortunada la expresión de MORA sobre los “ropajes

Y es que tanto el concepto de *corpus iuris* como el de *interpretación evolutiva* corren el riesgo de servir como instrumentos para imponer una visión de la realidad o transformar una sociedad al acomodo de una ideología. Esto, es obvio, no es lo que corresponde al juez, quien aludiendo al *corpus iuris* y buscando una *interpretación evolutiva* está llamado a “actualizar” la norma conforme la realidad, pero no a forzar “el sentido del orden jurídico con vistas a la transformación de la sociedad”²¹, tipo reingeniería social a través del Derecho.

Consecuentes con lo anotado, se debe prestar atención al concepto de *estándares internacionales derivados del corpus iuris* para evitar confusiones. Algunas veces la misma CorteIDH puede aludir a esta idea y, a decir verdad, la sola mención a “estándar internacional” no necesariamente corresponde al sentido auténtico del Pacto Americano, por lo cual difícil y críticamente puede afirmarse que tales lineamientos entran a hacer parte de la guía de protección de DDHH para la región.

Con la noción de *corpus iuris internacional* entran en escena la idea de pluralidad y de universalidad de fuentes de los DDHH. Sin embargo, es preciso advertir que la razonabilidad de una decisión sobre los derechos no depende de modo exclusivo de la multiplicidad de fuentes de soporte que se invoquen. La CorteIDH muestra una tendencia a sustentar las decisiones en jurisprudencia europea, opiniones del

justificativos” o “razonamientos aparentes”, como una crítica a los argumentos judiciales pretendidamente jurídicos por sus autores, “intentado ‘demostrar’ que sus respectivas opiniones están de algún modo ancladas al ‘mundo jurídico’ al que pertenecen. Y por mucho que puedan ‘jugar’ o ‘influir’ las ideologías que posean sobre las materias que deban fallar, intentan racionalizarlas a través de un discurso que, en conjunto, busca encontrar un soporte o cimiento en el propio ordenamiento constitucional”. MORA RESTREPO, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, p. 157.

²¹ CANOSA USERA, “La interpretación evolutiva de los derechos fundamentales”, pp. 61-62. En este texto se denuncia el uso alternativo del Derecho como perversión de la labor judicial.

Comité de Derechos Humanos —tanto de casos individuales como de observaciones generales—, una variedad de instrumentos internacionales de *soft law* e incluso jurisprudencia nacional comparada de otras regiones, lineamientos que naturalmente no son obligatorios para los Estados signatarios de la Convención Americana²². El análisis de la conveniencia de esta práctica excede los propósitos de este estudio —está claro que puede recibir alabanzas y reclamos²³—. Conviene, no

²² Entre muchas decisiones, véase por ejemplo, en el caso *Gutierrez Soler* cómo el tribunal ordena a Colombia como una “reparación” la implementación del protocolo de Estambul: caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, párrs. 109-110, punto resolutiveo núm. 5. El caso “*Campo Algodonero*” también ilustra el valor que le ha dado la CorteIDH a material extra-regional, como por ejemplo, el protocolo de Estambul, el manual sobre la prevención e investigación efectiva de ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias de Naciones Unidas, y “estándares internacionales” de búsqueda de personas desaparecidas, con base en una perspectiva de género: caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, cit., entre otros, párrs. 301, 305, punto resolutiveo núm. 12. En el mismo caso, los párrs. 394 a 399, 408, entre otros, permiten observar el aprecio de la CorteIDH por el comité de la CEDAW (Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women), lo que no necesariamente es inconveniente en el caso específico, pero no deja de ser preocupante el hecho de que un tribunal internacional asuma acriticamente una ideología muy específica y polémica como la que abiertamente inspira a dicho comité.

Abundantes ejemplos y críticas sobre la pluralidad de fuentes sobre las que la CorteIDH fundamenta sus decisiones pueden verse en: MALARINO, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *passim*. Véase también: NEUMAN, “Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, pp. 109ss.

²³ El caso del pueblo de los Saramakas en contra de Suriname puede ilustrar, en parte, el carácter controversial de la jurisprudencia sostenida principalmente sobre la base de instrumentos extra regionales y de *soft law*. En este caso, para interpretar el alcance del artículo 21 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, la CorteIDH argumentó expresamente que de acuerdo con el artículo 29.b CADH debía tener en consideración el desarrollo progresivo del corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos (véase párr. 93). Bajo este presupuesto, la Corte decidió que un Estado dispuesto a otorgar concesiones para la exploración y extracción de recursos naturales en territorios indígenas (o

obstante, subrayar como positivas al menos dos cuestiones: la tendencia a utilizar la noción de *corpus iuris internacional* para la elaboración de estándares interamericanos fortalece la visión de universalidad de los DDHH, por un lado, y facilita la interpretación evolutiva de los instrumentos fundadores de los sistemas de protección, por otro²⁴. Por

tribales) está sujeto a realizar una consulta previa con la comunidad potencialmente afectada y a obtener su consentimiento, llevar a cabo un estudio de impacto social y ambiental, y garantizar que la comunidad se beneficie del plan de inversión. En palabras de la CorteIDH, un Estado que pretenda limitar el uso y goce del derecho a la propiedad mediante el otorgamiento de concesiones para la explotación de recursos naturales en territorios indígenas está obligado a ofrecer tres garantías, so pena de violar los artículos 21, 1.1 y 2 CA: “primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción [...]. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental” (párr. 129). Y aunque está claro que ni los trabajos preparatorios de la Convención Americana, ni el texto de la misma contienen en medida alguna los derechos de las comunidades a la consulta previa y a beneficiarse de proyectos de inversión, la Corte respaldó su argumentación sobre la base de documentos y opiniones internacionales, señalando entre otros: el Convenio No. 169 de la OIT, la Política Operacional Revisada y Procedimientos del Banco en relación con Pueblos Indígenas del Banco Mundial, peticiones individuales y el Comentario General No. 23 del Comité de Derechos Humanos, la Recomendación General No. 23 del Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Cfr., Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

²⁴ Esta idea de interpretación evolutiva también ha referida por la doctrina europea como exigencia para promover la eficacia de los instrumentos de protección de DDHH. Véase, por ejemplo, lo que comenta el profesor PETERSMANN al respecto: “Similarly to the constitutional and teleological interpretation methods used by the EC Court, the ECtHR – in its judicial interpretation of the ECHR – applies principles of ‘effective interpretation’ aimed at protecting human rights in a practical and effective manner. These principles of effective treaty interpretation include a principle of ‘dynamic interpretation’ of

oposición a esas bondades, también aparecen dos críticas: en primer lugar, la aparición de sentencias infundadas por sustentarse sobre la base de decisiones descontextualizadas, no enteramente aplicables al entorno latinoamericano o que pretenden imponer una cultura ajena; en segundo lugar, el riesgo de debilitamiento que corre el SIDH a causa de perder aceptación entre los Estados debido a la falta de consenso real sobre el contenido y exigibilidad de los DDHH en la región²⁵.

b) *La influencia del Derecho internacional en el derecho interno.* Todo lo anterior es prueba del proceso de convergencia entre el Derecho internacional y el interno al que se tiende a partir de los estándares internacionales en DDHH. Sin embargo, las evidencias de este fenómeno de influencia del Derecho internacional en el derecho interno de los países latinoamericanos, no son por sí mismas fundamento de la teoría de los *efectos reflejos*, sino meramente eso, manifestaciones que sirven para explicar la aplicabilidad de la teoría. Esta aclaración se hace puesto que algunos autores afirman con excesiva confianza y sin condicionamientos la validez de los efectos generales

*the ECHR as a 'constitutional instrument of European public order' which must be interpreted with due regard to contemporary realities so as to protect 'an effective political democracy'". PETERSMANN, "Human Rights, international Economic Law and 'Constitutional Justice'", p. 779. En relación con el desarrollo de este método de interpretación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puede verse: J. CHRISTOFFERSEN, "Impact on General Principles of Treaty Interpretation", en M.T. KAMMINGA and M. SCHEININ (ed.), *The impact of human rights law on general international law*, Oxford University Press, Oxford; New York, 2009, 37-62, pp. 47-50.*

²⁵ Este último riesgo lo califica NEWMAN como "importación del consenso", haciendo alusión a las implicaciones que conlleva para la región la práctica del tribunal americano en el sentido de soportar excesivamente sus decisiones en parámetros extra-regionales, desarrollados por el sistema europeo, el comité de derechos humanos u otros instrumentos de *soft law*. Cfr. NEUMAN, "Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights", *passim*.

que pueden predicarse de todos los fallos supranacionales²⁶. Frente a una posición tan tajante hay que ser cautelosos, como se advertía atrás, y prueba de ello son las fuertes críticas que ha recibido la CorteIDH en relación con la solidez de su interpretación²⁷.

Buscando un punto de equilibrio que, por un lado, contrarreste esa excesiva confianza y, por otro, sirva para rescatar el valor positivo de muchos fallos internacionales que tienen la virtud de alertar sobre defectos manifiestos del orden nacional que amenazan los DDHH, se plantea el escenario de los *efectos reflejos*, figura bajo la cual se exalta el impacto de la jurisprudencia internacional en los niveles locales, pero se previene sobre sus posibles desbordamientos.

El estudio y la crítica de este fenómeno en la jurisprudencia interamericana permite dar cuenta de ejemplos ilustrativos y esperanzadores de esa justicia internacional a la que se aspira, por la cual se logra avanzar en los niveles de contención frente a los abusos y arbitrariedades de los gobiernos locales. En este último ámbito, las GNR se soportan legítimamente sobre estándares alcanzados en la región gracias a la labor del tribunal interamericano. Rescatar ese trabajo también es un acto de justicia. Así, con el ánimo de alentar el proceso de

²⁶ Esta postura es defendida por AYALA CORAO, entre otros doctrinantes y jueces, con las siguientes palabras: "Pero además de los primeros efectos directos e inmediatos, las sentencias de la Corte Interamericana también surten efectos indirectos para todos los Estados partes en la Convención Americana y evidentemente para las otras víctimas que no hayan sido partes del proceso. En efecto, las sentencias de la Corte Interamericana establecen interpretaciones auténticas de la Convención Americana (y de otros tratados de derechos humanos), las cuales pasan a formar parte integrante de la Convención misma, ya que en lo sucesivo ésta debe ser leída conforme a la interpretación establecida en dichas decisiones". AYALA CORAO, "La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", p. 134.

²⁷ Además de los ejemplos propuestos previamente, MALARINO y NEUMAN ofrecen más reflexiones: MALARINO, "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *passim*; NEUMAN, "Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights", *passim*.

estandarización en materias que inequívocamente promueven una cultura de los DDHH acorde con las exigencias de la dignidad humana, y sabiendo de la estrecha relación que existe entre los DDHH y la paz que tanto necesita la región, pueden resaltarse los siguientes casos logrados como estándares: (i) La excepcionalidad de la jurisdicción penal militar, sus limitaciones para el juzgamiento de civiles, así como para el juzgamiento de sus miembros en casos de delitos por violación de derechos humanos²⁸; (ii) proscripción de las leyes de auto-amnistía por el efecto de impunidad que cobran en perjuicio de las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares²⁹; (iii) imprescriptibilidad de la acción penal del delito de desaparición forzada de personas, en consideración de su naturaleza continuada y extrema gravedad³⁰; (iv) alcance de la obligación estatal de garantizar los

²⁸ Algunas de las decisiones de la CorteIDH que han contribuido más claramente a consolidar estos estándares son: caso Loayza Tamayo vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33; caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52; caso Durand y Ugarte vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68; caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135; caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.

²⁹ Las decisiones más significativas sobre la materia son: caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75; caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154; caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010; caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221. En todo caso en esta materia aún parece vigente el debate que distingue entre leyes de amnistía en general y leyes de auto-amnistía, por lo que no puede afirmarse de manera contundente que el estándar internacional esté sólido e inequívocamente definido.

³⁰ Algunos de los fallos más importantes sobre esta cuestión son: caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4; caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162; caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de

derechos humanos compuesta por cuatro deberes esenciales: prevenir, investigar, sancionar y reparar³¹; entre otros³².

2006. Serie C No. 153; caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.

³¹ Esta ha sido jurisprudencia constante del tribunal desde su primera sentencia de fondo en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo, cit. Evidentemente cada uno de estos cuatro aspectos señalados ha tenido mayores desarrollos en la jurisprudencia posterior. De alguna manera puede decirse que el más alto porcentaje de los casos contenciosos de la CorteIDH ha sido un retornar a la primera sentencia y fortalecer el alcance de esta obligación de garantía contenida en el artículo 1.1, vista en conjunto también con la obligación de adecuación del derecho interno del artículo 2 CADH. Por lo anterior, resulta innecesario nombrar todos los casos que han abundado sobre estas prescripciones. Por su interés respecto del reconocimiento e implementación de estándares interamericanos en materia de reparación integral a las víctimas de violaciones a derechos humanos pueden verse los siguientes estudios: J.I. ACOSTA LÓPEZ y D. BRAVO RUBIO, "El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Énfasis en la experiencia colombiana.", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, no. 13 (2008) 323-62; también: QUINCHE RAMÍREZ, *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*.

³² La panorámica que ofrece ABRAMOVICH es otra referencia interesante sobre el punto que se ilustra: "la jurisprudencia fijada por la Comisión y en especial por la Corte, ha incidido en diversos cambios jurisprudenciales en los países del área, en temas relacionados con la débil y deficitaria institucionalidad de las democracias latinoamericanas. Podemos mencionar por ejemplo la jurisprudencia sobre la despenalización del desacato y de las críticas emitidas por la prensa, el acceso a la información pública, los límites en la persecución penal de manifestaciones públicas pacíficas. La fijación de límites y condiciones objetivas para el uso de la prisión preventiva; de las facultades de detención de las policías y para el uso de la fuerza pública. La determinación de pautas para un sistema penal diferenciado para los menores de edad; sobre el derecho a apelar ante un tribunal superior las condenas penales, la participación de las víctimas de crímenes de estado en los procesos judiciales. También el reconocimiento de mínimos de debido proceso en la esfera administrativa y la revisión judicial de actos administrativos, así como de garantías básicas en los procesos de remoción de magistrados, entre otros asuntos de gran relevancia para el funcionamiento de las instituciones y orden constitucional en los Estados". V. ABRAMOVICH, "De las violaciones masivas a los patrones estructurales: Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema

2.1.3. Las fallas estructurales del Estado

La jurisprudencia internacional ejerce un ascendiente creciente y relevante no sólo en los tribunales nacionales sino también en otros órganos del poder público estatal, lo que provoca en no pocos ámbitos la transformación del derecho interno. No es propósito de este estudio hacer un recuento sobre los distintos modos cómo potencialmente puede incorporarse la jurisprudencia interamericana en el aparato institucional del Estado y sus repercusiones en la vida ordinaria de los ciudadanos. Tal investigación, sin duda interesante, desborda completamente el objeto que se persigue con la exposición de la tesis sobre los *efectos reflejos* de los fallos de la CorteIDH. Teniendo esto último en cuenta, el objeto de este epígrafe consiste sólo en resaltar una de las particularidades que caracteriza a un fallo con *efectos reflejos*, esto es: su capacidad de advertir una falla estructural del Estado, es decir, un problema relativamente general y permanente que amenaza o vulnera un derecho fundamental de, al menos, un grupo social.

Ciertamente, los problemas de adecuación del orden interno no quedan reducidos a las deficiencias legislativas, las cuales si bien pueden concretar una falla institucional, no son la única manera de generarlas. De hecho, hay quienes argumentan que los problemas estructurales son una especie de estancamiento institucional que deriva de profundas falencias o inexistencia de políticas públicas que atiendan los problemas sociales más urgentes, por lo que se percibe la responsabilidad de diversos agentes³³.

Interamericano de Derechos Humanos", *Derecho PUCD*, no. 63 (2009) 95-138, p. 100.

³³ Cfr. C. RODRÍGUEZ GARAVITO y D. RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Colección Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia, DeJusticia, Bogotá, 2010, p. 17.

Aunque esa tesis pueda ser cierta, en estricto sentido, los jueces interamericanos tienen competencia para advertir una falla estructural sin necesidad de detectar todo el entramado de causas locales que la generan. En la práctica, la jurisprudencia interamericana ha alertado sobre debilidades *de iure* o *de facto*, originadas por diversos órganos públicos. Esto, como se sabe, por cuanto la responsabilidad internacional de un Estado por hechos ilícitos puede surgir por la conducta de acción u omisión de cualquiera de sus órganos, independientemente de su nivel jerárquico³⁴. Lo importante es detectar una falencia institucional no esporádica que explica el surgimiento de casos reiterativos.

Visto desde una perspectiva de eficacia, esta es una de las ventajas de los fallos con *efectos reflejos*, pues su dinámica implica atacar un problema de raíz a partir de un solo caso que se revertirá en “lecciones” para remediar otros tantos más³⁵. El razonamiento de los jueces en “*Campo algodono*” es un buen ejemplo para ilustrar el esfuerzo del tribunal para abundar en elementos de juicio que le permitieran

³⁴ Este principio concuerda con lo preceptuado en el artículo 4 del *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, que establece en el primer numeral que: “Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado”. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, adoptado por la CDI en su 53^o período de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

³⁵ Justamente con este argumento hay quienes plantean que el papel de los órganos judiciales internacionales debería apuntar siempre a eliminar causas estructurales. No obstante, habrá que advertir sobre las diversas condiciones para que tal ejercicio sea siempre legítimo. Cfr. J.L. CAVALLARO y S.E. BREWER, “Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court”, *American Journal of International Law* 102, no. 4 (2008) 768-827.

determinar una práctica contraria a la Convención de orden sistemático y estructural³⁶. Muchos otros patrones endémicos denunciados y condenados en la instancia judicial interamericana son muestra de serias problemáticas sociales que aquejan a América Latina, como por ejemplo, situaciones de violencia por parte de funcionarios públicos, en particular agentes de policía³⁷; hacinamiento, violencia y deficientes condiciones carcelarias³⁸; detenciones ilegales y arbitrarias³⁹; desprotección legal y administrativa de las comunidades indígenas por la inexistencia de un sistema de reclamación de tierras que les permita acceder a un nivel de vida digno⁴⁰; entre otros.

Es interesante anotar que aun sabiendo que el Pacto regional no consagra un catálogo de derechos sociales que permitan a la CorteIDH un despliegue de jurisprudencia en este nivel, se puede resaltar el ánimo

³⁶ Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, cit., entre otros, párrs. 128-136.

³⁷ Véase, por ejemplo, caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Reparaciones y Costas, cit.; caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100; caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.

³⁸ Véase, por ejemplo, caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago, cit.; caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119; caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150; caso Yvon Neptune vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180.

³⁹ Véase, por ejemplo, caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99; caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C No. 76.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

de la corporación por impulsar el desarrollo de la dimensión social y colectiva de los mismos derechos civiles y políticos, confirmando así el carácter integral, universal e inescindible de los derechos humanos⁴¹.

Pero no todos los casos que llegan a conocimiento de la CorteIDH, por más que se condene al Estado, son producto de fallas estructurales. Ahora, sí parece cierto que una estrategia cada vez más común de las organizaciones no gubernamentales litigantes en el sistema regional es la selección de causas con las que puedan ejercer presión sobre los gobiernos locales, planteando algunas veces problemas estructurales⁴². En estos casos, lo que se persigue no es tanto la reparación a las

⁴¹ Cfr., al respecto, LONDOÑO LÁZARO, "Lo social como dimensión inescindible de los derechos humanos". En esa oportunidad se planteaba una reflexión que resulta pertinente en este punto también: "parece lógico considerar «natural» la dimensión social característica de los derechos del Pacto de San José, en particular, del artículo 6, en cuanto prohíbe la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados; de los artículos 15 y 16, que protegen la libertad de reunión y de asociación; del artículo 17, que protege a la familia; el artículo 19, sobre los derechos de los niños, y el artículo 21, que protege la propiedad privada. Incluso, más allá de estos casos, la Corte ha incursionado en una interpretación evolutiva de los derechos a la vida y a la integridad, considerando dentro de su contenido esencial, obligaciones positivas de clara naturaleza social para los Estados. Por lo anterior, una lectura sesgada que pretenda catalogar el desarrollo de los derechos sociales como no a la par de los derechos civiles y políticos, pasa por alto el espíritu del sistema interamericano expresado en el Preámbulo de la misma Convención, en cuanto afirma que 'sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como sus derechos civiles y políticos'" (p. 491).

⁴² Cfr. ABRAMOVICH, "Los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos como Marco para la Formulación y el Control de las Políticas Sociales", pp. 15-17. Algunos autores abogan por un modelo para potenciar el impacto de las cortes regionales en la configuración de escenarios propicios para un mayor despliegue de los DDHH, a partir del trabajo coordinado diversos grupos de la sociedad civil y estrategias específicas para maximizar la influencia del tribunal. Esta propuesta que podría ser interesante, en todo caso merece muchos reparos. Al respecto, véase: CAVALLARO y BREWER, "Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court", *passim*.

víctimas, como la configuración de un escenario en donde los estándares internacionales faciliten el diálogo de los actores sociales con el Estado y la puesta en marcha de acciones para el diseño e implementación de nuevas políticas públicas.

Esta "realidad" la describe ABRAMOVICH con los siguientes términos:

[L]a incidencia del SIDH no se limita al impacto de su jurisprudencia sobre la jurisprudencia de los tribunales locales. Otra vía importante para el fortalecimiento de la institucionalidad democrática en los Estados surge de la capacidad del SIDH de influir en la orientación general de algunas políticas públicas y en sus respectivos procesos de formulación, implementación, evaluación y fiscalización. Así, es común observar que las decisiones individuales adoptadas en un caso suelen imponer a los Estados obligaciones de formular políticas para reparar la situación que da origen a la petición e incluso establezcan el deber de abordar los problemas estructurales que están en la raíz del conflicto analizado.⁴³

Como puede observarse, la determinación de una falla estructural es fruto también de un ejercicio de interpretación que lleva a cabo el juzgador, puesto que al calificar una situación como deficiente o problemática se está afirmando que es contraria a lo que se espera conforme una obligación internacional. Por esta razón, los principios que informan la actuación de los jueces internacionales resultan relevantes a la hora de establecer, en la práctica, un problema estructural, toda vez que tal ejercicio supone un examen previo del estándar internacional presuntamente desconocido por el Estado.

⁴³ ABRAMOVICH, "De las violaciones masivas a los patrones estructurales: Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", p. 100.

2.1.4. Balance crítico

Aunque es cierto que actualmente asistimos a una flexibilización notoria de la antes rigurosa separación de poderes⁴⁴, tampoco es menos cierto que una división ponderada es un medio de control eficaz contra la arbitrariedad. De ahí que no sea propio del DIDH alentar un crecimiento desmesurado del poder judicial para resolver todos los problemas de organización interna del Estado; de hecho, una excesiva judicialización internacional de las problemáticas nacionales es una seria amenaza al concepto mismo de Estado social y *democrático* de Derecho:

Por ello el derecho internacional de los derechos humanos no contiene en sí un determinado diseño de políticas, sino estándares que sirven de marco a las políticas que cada Estado define. Los mecanismos de supervisión y eventualmente los jueces tampoco tienen la tarea de diseñar políticas públicas, sino la de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables y –en caso de hallar divergencias– reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia.⁴⁵

Por lo tanto, si bien los linderos entre las funciones de las distintas autoridades se han ido desdibujando con ocasión de un llamado general que compromete a todos los agentes que ostentan poder público en

⁴⁴ Un escenario marcadamente judicializado como el actual representa avances pero también supone riesgos, por lo que ha merecido serias críticas. En particular, para el punto que se señala en el estudio, interesa resaltar aquellas referidas a la monopolización judicial de decisiones sociales trascendentales, que se escapan del debate democrático legislativo de otros tiempos. Para una ampliación de algunas de estas críticas referidas a la judicialización de la política, que podrían ser extensibles a los tribunales internacionales de DDHH de acuerdo con su práctica reciente, Cfr. P. DE VEGA GARCÍA, "Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)* 100 (1998), pp. 36-38.

⁴⁵ ABRAMOVICH, "Los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos como Marco para la Formulación y el Control de las Políticas Sociales", p. 29.

favor de la puesta en marcha de la dimensión positiva de los derechos humanos —esto es, su garantía—, esta misma tarea también reclama talanqueras que eviten la superposición de poderes que conduzcan a la arbitrariedad o a la ineficacia.

Como corolario de lo expuesto, y adaptando parte de la propuesta de A. SANTIAGO para los tribunales constitucionales⁴⁶, puede afirmarse que los jueces interamericanos están obligados al respeto de las siguientes pautas:

(i) Independencia e imparcialidad de sus decisiones.

(ii) El juez debe tener claridad de todas las posibles alternativas de solución del caso, de modo que pueda explorar la mejor solución a la luz de los principios y fines del SIDH y el DIDH, en consonancia con la mayor aportación que pueda hacerse al bien común.

(iii) La decisión judicial debe circunscribirse a los límites de la competencia del tribunal conforme las provisiones convencionales y el recto ejercicio de su razón. En este sentido, se requiere su capacidad de autocontención con el fin de que sus sentencias no irrumpen en el espacio funcional reservado al gobierno o los legisladores nacionales.

(iv) Las decisiones deben guardar respeto a los precedentes judiciales, aunque esta figura no obligue estrictamente.

(v) La razonabilidad de la sentencia se sustenta sobre la base de un uso adecuado de las fuentes jurídicas que la justifican. Esta cuestión le exige al juez distinguir los niveles de obligatoriedad y la jerarquía de las normas que aplica —por ejemplo, diferenciar los pesos entre normas de *ius cogens*, provisiones convencionales, recomendaciones, informes, observaciones, etc. —, así como el contexto de casos análogos sobre los que apoya su decisión.

⁴⁶ Cfr. SANTIAGO, *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*, pp. 159-161.

(vi) El juez debe evaluar cuidadosamente las consecuencias institucionales y sociales de su decisión, así como su viabilidad y conveniencia. Este es un criterio de singular importancia en el proceso judicial internacional, puesto que, como se ha probado a lo largo de todo este trabajo, las sentencias internacionales que ordenan GNR tienen un impacto directo sobre la sociedad y la organización político-jurídica del Estado condenado.

De estos criterios y los argumentos expuestos puede concluirse que la indudable utilidad de las *garantías de no repetición* como medios para favorecer la adecuación de los sistemas nacionales a los estándares internacionales de protección de derechos humanos no supone una absorción por parte del tribunal internacional de la potestad característica de las autoridades del propio Estado. Por el contrario, la legitimidad de las mismas dependerá, en primer lugar, de su sustento directo sobre las bases de competencia específica otorgada a los jueces interamericanos.

Queda también claro que están excluidos de *efectos reflejos* los casos en los que no puede inferirse un problema permanente en el Estado que afecta los DDHH o aquellas decisiones en las que la Corte lleva a cabo interpretaciones de la Convención que sean oscuras o infundadas, aquellas que privilegian una determinada ideología sin apego al verdadero espíritu que inspira la Convención, o cualquier decisión que arbitrariamente elige la primacía de un derecho humano sobre otro de la misma categoría⁴⁷. Esto último por cuanto una decisión

⁴⁷ Decisiones de este tipo se explican sólo desde una perspectiva “conflictivista” de los derechos humanos, desde la cual se niega su posibilidad de coexistencia y armonización. Uno de los peligros evidentes de este punto de partida en el DIDH es la extremada vulnerabilidad a la que se someten los derechos puesto que su contenido no se define en virtud de lo que realmente son, sino de lo que pueden llegar a pesar cuando se enfrentan unos a otros. Difícilmente puede sostenerse que los principales instrumentos de DDHH y, entre ellos, la Convención Americana sea fruto de una visión que promueva una suerte de jerarquía y exclusión entre derechos. El mismo punto de partida y los efectos de tal perspectiva resultan contradictorios con el texto de las

así planteada desconoce el objetivo fundamental que inspira los instrumentos internacionales de DDHH, cual es garantizar el respeto de los derechos esenciales del hombre, cuyo fundamento reside en los atributos de la persona humana⁴⁸ —atributos que naturalmente no colisionan sino que se complementan como lo exige una realización humana integral—.

2.2. SÓLO UN FIN JUSTIFICA ESTOS MEDIOS: EL CRITERIO DE ADECUACIÓN COMO LÍMITE

Como se ha explicado ampliamente, una *garantía de no repetición* es una medida de naturaleza preventiva, dispuesta específicamente con el fin de contrarrestar un problema de carácter estructural que dentro de un Estado está causando o puede llegar a causar violaciones reiteradas a los derechos consagrados en el Pacto de San José, en perjuicio de un número indeterminado de potenciales víctimas. Así, una medida constitutiva de GNR ordenada por el tribunal se justifica sólo en el marco estricto que proporciona este fin y no puede enderezarse al logro de otros fines a los que se accede típicamente a través de las instancias deliberativas del Estado.

Lo anterior significa que el juez internacional debe advertir cuál es la situación defectuosa del Estado que podría seguir generando violaciones a derechos humanos y señalar de manera específica el estándar internacional ausente que al incorporarse prevendría nuevos

Convenciones internacionales expresamente promotoras de una visión armónica de los derechos humanos, a la cual el juez le debe atención. Para un análisis crítico de los planteamientos conflictivistas que resultan trasladables también al ámbito internacional de los DDHH, véase: J. CIANCIARDO, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Navarra, 2000.

⁴⁸ Véase, en este sentido, el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual lejos de jerarquizar los derechos, propone una mirada de conjunto y armónica entre ellos.

ilícitos⁴⁹. Esta es la función preventiva a la que esta llamada la jurisprudencia, en tanto *dice el derecho*, lo cual excluye la función política de determinar los medios precisos⁵⁰, cuando éstos sean variados, para lograr la realización de los derechos humanos como parte de las condiciones esenciales del bien común⁵¹.

⁴⁹ Como ya se ha advertido en páginas precedentes, no puede negarse que la cuestión de elaboración y definición de estándares internacionales en materia de derechos humanos es verdaderamente compleja —como lo es la interpretación judicial—, pues en este campo, de alguna manera el juez se debate entre un *criterio evolutivo o dinámico* —que se corresponde con la realidad del Derecho en cuanto se va concretando en el tiempo— y un *criterio exegético* que apunte al sentido real con el cual se obligaron los Estados parte de la CADH. La tarea, que no es sencilla, enfrenta el gran reto de “actualizar” la Convención sin pretender reformarla por procedimientos no autorizados en el propio instrumento. En todo caso, la complejidad del proceso interpretativo no excusa la rigurosidad que se le exige al tribunal. La teoría de la “justificación racional-prudencial” de las decisiones judiciales propone términos alternativos a la arbitrariedad judicial, los cuales en definitiva aluden a la necesidad de una justificación interna y una justificación externa de las decisiones judiciales: “la teoría de la justificación alude a que los jueces, al tomar sus decisiones, razonen de tal forma que su propio razonamiento pueda mostrarse como producto de un ejercicio coherente o lógico; pero además, apunta a que las premisas que emplean sean materialmente correctas, es decir, que den cuenta debidamente de las fuentes jurídicas y de sus respectivos puntos de apoyo por medio de los cuales conceden derechos y atribuyen obligaciones”. MORA RESTREPO, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, p. 365. En este sentido, véase también: J.J. SUÁREZ RODRÍGUEZ, “La *determinatio* en el proceso de adjudicación: un visión prudencial del razonamiento jurídico”, *Dikaion* 19, no. 2 (2010) 373-98, pp. 387-394.

⁵⁰ Cfr. SANTIAGO, *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*, pp. 148-154.

⁵¹ Y es que como se ha insistido este concepto de bien común no es la figura utilitarista que lo concibe como el “mayor bien del mayor número”, sino como el conjunto de condiciones materiales y de otro tipo, dentro de las cuáles se cuentan los derechos humanos, que tiendan a favorecer y fomentar el desarrollo personal de cada individuo. Desarrollo personal que tiene unos principios rectores en la teoría finniseana del “*personal flourishing*”. Cfr. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, pp. 177-185.

La experiencia europea es relevante en este punto. Sin pretender un análisis profundo, interesa resaltar dos estrategias que comparten el mismo fin de las GNR: las “medidas generales” (*general measures*) y las sentencias piloto (*pilot judgment procedure*) adoptadas en el marco del Sistema Europeo de Derechos Humanos (SEDH). Las primeras han sido entendidas como un mecanismo para corregir fallas estructurales del orden nacional, con el fin de prevenir casos repetitivos⁵². Como es lógico no todos los casos conducen a la necesidad de determinar medidas generales; sin embargo, en aquellas situaciones en las que se justifican, éstas se adoptan en el seno del comité de ministros del Consejo de Europa, órgano encargado de la supervisión de cumplimiento de los fallos del TEDH⁵³. En la práctica, este tipo de medidas están dispuestas para generar cambios jurisprudenciales o legales, con el objeto de ajustar el orden interno conforme las prescripciones convencionales⁵⁴. Es por esta vía que se han introducido importantes reformas en los sistemas de administración de justicia en diversos países europeos (entre ellas, normativa relativa a la celeridad en los procesos judiciales, juicios públicos, juicios en ausencia, derecho de defensa, segunda

⁵² La posibilidad de esta práctica de las “medidas generales” fue adoptada en el SEDH desde el caso *Marckx v. Belgium* (application No. 6833/74, 13 June 1979, series A No. 31). Cfr. E. LAMBERT ABDELGAWAD, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las sentencias piloto: una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo”, *Revista de Derecho Político* 69 (2007) 355-83, p. 367.

⁵³ Esta es una de las particularidades del SEDH en contraste con el SIDH: la existencia de un órgano especial para la supervisión de cumplimiento de sentencias. Sobre el mecanismo de operación de este órgano, sus poderes y resoluciones, puede verse: E. LAMBERT ABDELGAWAD, *The execution of judgments of the European Court of Human Rights*, Human Rights files, 2 ed., Council of Europe publishing, Strasbourg, 2008, pp. 33-45. Para una mirada comparativa entre el SIDH y el SEDH en relación con la implementación de las sentencias internacionales, véase: LONDOÑO LÁZARO, “Las cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos en perspectiva comparada”.

⁵⁴ Para un análisis más detallado sobre estos dos escenarios “changes in case-law” and “changes to the rules”, véase: LAMBERT ABDELGAWAD, *The execution of judgments of the European Court of Human Rights*, pp. 27-31.

instancia y casación, detención preventiva, entre otros); modificaciones en leyes y prácticas sobre migraciones; condiciones carcelarias; prácticas policiales; legislación sobre quiebra, propiedad privada, objetores de conciencia, libertad religiosa, entre otras tantas materias⁵⁵.

Por otro lado, la reciente implementación del *pilot judgment procedure* —en principio creado como alternativa de procedimiento para contrarrestar la sobrecarga de trabajo del TEDH—, en la práctica, consigue también prevenir casos repetitivos y nuevas víctimas. El diseño del mecanismo permite que el Tribunal —advirtiendo un problema sistemático en un Estado— elija solamente un caso de los muchos que pueden llegar a la instancia internacional por la misma causa, y convierta esta decisión en modelo de resolución para las demás situaciones, en la medida en que se exige al Estado una solución que ataque la raíz del problema. Como puede observarse, el efecto práctico de este método apunta a disminuir el número de causas internacionales análogas (como solución a la crisis que sufre actualmente el SEDH debido, principalmente, al acceso directo de las presuntas víctimas al TEDH⁵⁶) y, a la vez, identificar fallas estructurales que —una vez resueltas— facilitan la reparación de un grupo comprensivo de víctimas y la prevención de otras nuevas.

⁵⁵ Una revisión completa de las medidas generales implementadas en los países europeos a partir de las decisiones del tribunal de Estrasburgo puede encontrarse en la página web del Consejo de Europa: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Documents/MGindex_en.asp.

⁵⁶ En atención a esta crisis, hay un llamado regional para la adopción de estrategias tendientes a que “el tribunal no muera víctima de su propio éxito” —como lo califican algunos—. El protocolo 14 al CEDH es una de las respuestas a la crítica situación que enfrenta el Tribunal, pero ya se analizan nuevas alternativas. Véase: F. IRURZUN MONTORO, *¿Una nueva reforma del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?*, Working Papers on European Law and Regional Integration. Vol. 10, Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR), Universidad Complutense de Madrid, 2012.

La dinámica entre el TEDH y el Estado sujeto a condena es un aspecto de gran interés que, por sus diferencias con el SIDH, merece subrayarse. De acuerdo con el TEDH, los artículos 41 y 46 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) son la base legal que autoriza los *pilot judgments* y también las medidas generales. Sin embargo, esta normativa no desplaza la capacidad de decisión política que sigue reposando en cabeza del Estado, incluso surtido el fallo. Esto ocurre porque el TEDH no es el encargado de especificar las medidas que deben implementarse en el orden nacional, sino que su labor se confina a declarar la violación del CEDH y advertir sobre los posibles problemas estructurales para que sean las propias autoridades del Estado quienes acuerden las estrategias de solución y se comprometan —en el seno del Comité de Ministros— a su eficaz implementación en el ámbito interno. Los términos del caso *Broniowski* ilustran este aspecto:

La Corte estima necesario examinar qué consecuencias se pueden extraer para el Estado demandado de acuerdo con el artículo 46 de la Convención. Se reitera que en virtud del artículo 46, las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes, correspondiendo la supervisión de la ejecución al Comité de Ministros. De ello se desprende, entre otras cosas, que una sentencia en la que el Tribunal declara una violación al Convenio, impone al Estado demandado una obligación jurídica no sólo de pagar a los interesados las cantidades concedidas por concepto de satisfacción equitativa en virtud del artículo 41, sino también a *seleccionar, con sujeción a la supervisión por el Comité de Ministros, las medidas generales y/o, si procede, individuales para ser adoptadas en su ordenamiento jurídico interno destinadas a poner fin a la violación constatada por el Tribunal y corregir en lo posible sus efectos adversos*. Sin perjuicio de la supervisión por el Comité de Ministros, *el Estado demandado es libre de elegir el medio por el cual se cumpla la obligación jurídica del artículo 46 de la Convención,*

siempre que tales medios sean compatibles con las conclusiones expuestas en la sentencia del Tribunal.⁵⁷

Justamente, *Broniowski vs. Poland*⁵⁸ fue el primer caso que puso a prueba el mecanismo de los *pilot judgments*. En esa ocasión, el TEDH reconoció un problema sistemático en Polonia originado por las dificultades que ofrecía el sistema nacional para la compensación económica de propiedades expropiadas en la Segunda Guerra Mundial. El efecto inmediato de la decisión sirvió para “congelar” las muchas causas que se hallaban pendientes de juicio en Estrasburgo y ordenar a las autoridades polacas la implementación de un sistema efectivo que revirtiera el efecto de la legislación que violentaba el derecho a la propiedad privada de más de 80,000 personas que no habían recibido compensación económica por la pérdida de sus tierras en la rivera del “Bug River”. Lo interesante es que el mismo Tribunal, aun verificando la falla estructural y el estándar convencional desatendido, no se irroga la potestad de definir las acciones precisas que debían adoptarse; por el contrario, se limita a indicar algunas de las posibilidades que tendría que valorar el Estado con vistas a la superación del problema⁵⁹.

⁵⁷ ECHR, *Broniowski v. Poland*, 19 December 2002 (admissibility), Appl.no. 31443/96, decision on the merits 22 June 2004, para. 192 (cursiva fuera de texto, traducción libre).

⁵⁸ Un análisis detallado del contexto fáctico y los efectos del fallo puede verse en: A. BUYSE, "The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges", *Nomiko Vima (Greek Law Journal)* 57, no. 8 (2009) 1890-905. Véase también: COLANDREA, "On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-Monetary Measures: Some Remarks in Light of the Assanidze, Broniowski and Sejdovic Cases United Nations and Regional Human Rights System: Recent Developments".

⁵⁹ Por su importancia para este estudio, se reproducen algunas líneas de este fallo que corroboran el análisis expuesto: "*Although it is in principle not for the Court to determine what remedial measures may be appropriate to satisfy the respondent State's obligations under Article 46 of the Convention, in view of the systemic situation which it has identified, the Court would observe that general measures at national level are undoubtedly called for in execution of the present judgment, measures which must take into account the many people affected. Above all, the measures adopted must be such as to remedy the systemic defect*

Indudablemente, los dos modelos —tanto las medidas generales como las sentencias piloto—, plantean paralelos con las GNR que vale la pena resaltar: por una parte, el énfasis que se hace en los problemas estructurales como condición para su procedencia y, por otra, la búsqueda de soluciones definitivas que contrarresten las causas de raíz de los mismos. Sin embargo, en la práctica se perciben dos diferencias notorias: en primer lugar, los mecanismos europeos —en virtud del artículo 41 CEDH que establece la satisfacción equitativa— están diseñados tanto para reparar a las víctimas del caso y de otros casos análogos como para prevenir casos repetitivos; es decir, tienen efectos reparadores y preventivos a la vez⁶⁰. Así también es claro el alcance

underlying the Court's finding of a violation so as not to overburden the Convention system with large numbers of applications deriving from the same cause. Such measures should therefore include a scheme which offers to those affected redress for the Convention violation identified in the instant judgment in relation to the present applicant. In this context the Court's concern is to facilitate the most speedy and effective resolution of a dysfunction established in national human rights protection [...]" (para. 193).

"With a view to assisting the respondent State in fulfilling its obligations under Article 46, the Court has sought to indicate the type of measure that might be taken by the Polish State in order to put an end to the systemic situation identified in the present case [...] as regards general measures to be taken, the Court considers that the respondent State must, primarily, either remove any hindrance to the implementation of the right of the numerous persons affected by the situation found, in respect of the applicant, to have been in breach of the Convention, or provide equivalent redress in lieu [...] the respondent State should, therefore, through appropriate legal and administrative measures, secure the effective and expeditious realisation of the entitlement in question in respect of the remaining Bug River claimants, in accordance with the principles for the protection of property rights laid down in Article 1 of Protocol No. 1, having particular regard to the principles relating to compensation" (para. 194).

⁶⁰ En el mismo sentido, sobre la doble función de los pilot judgments, véase: BUYSE, "The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges", pp. 1898-1899. Sin embargo, hay quienes opinan que la función de este tipo de sentencias es exclusivamente la de una *garantía de no repetición*. Cfr. COLANDREA, "On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-Monetary Measures: Some Remarks in Light of the Assanidze, Broniowski and Sejdicovic Cases United Nations and Regional Human Rights System: Recent Developments", p. 409.

distinto de los poderes de cada tribunal y la influencia implícita que juega la noción de margen nacional de apreciación en el contexto europeo en relación con la distribución de competencias para la tutela internacional de los DDHH. En este sentido, en el SEDH puede verificarse un más amplio grado de involucramiento de los Estados en la resolución de sus propias problemáticas, por oposición al rol protagónico que ha jugado la CorteIDH en el SIDH. Y aunque este ha sido un aspecto diferenciador en los dos sistemas hasta el momento⁶¹, hay quienes advierten una mutación —cuestionada por muchos— en las funciones del tribunal de Estrasburgo. De ahí que la cuestión sobre las facultades de la corte regional ya no sea un tema tan pacífico en el SEDH como lo era tiempo atrás⁶².

Precisamente la puesta en marcha de las sentencias piloto ha generado polémicas en relación con el alcance de la competencia del TEDH, puesto que las bases convencionales tradicionalmente interpretadas sólo le dan la posibilidad al Tribunal de declarar, a lo más, reparaciones subsidiarias a los remedios que el orden interno, en

⁶¹ Las diferencias surgen de los mismos preceptos convencionales. Así, mientras la CorteIDH tiene la facultad de conceder una *reparación integral* a la víctima, de acuerdo con el artículo 63.1 CADH, el Tribunal Europeo únicamente tiene la potestad de reconocer una satisfacción equitativa al tenor del artículo 41 CEDH. Así las cosas, puede afirmarse que el SIDH tiene mayores alcances en relación con el resarcimiento de daños causados por violación a los DDHH, puesto que “la instancia internacional opera autónomamente con respecto a las reparaciones, es decir que éstas no se establecen en función de los defectos o insuficiencias del sistema nacional, por lo cual la Corte no está obligada a realizar una primera verificación sobre la eficacia reparadora en el ámbito interno, como sí sucede en el caso europeo”. LONDOÑO LÁZARO, “Las cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos en perspectiva comparada”, p. 107.

⁶² Algunos de estos debates y los consecuentes retos a los que se enfrenta el SEDH, especialmente con la práctica de los pilot judgments, pueden verse en: LAMBERT ABDELGAWAD, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las sentencias piloto: una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo”, *passim*. Cfr. también: BUYSE, “The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges”, pp. 1990-1992.

primer lugar, debe conceder a las víctimas (artículo 41 CEDH)⁶³. Por esto, algunos sectores han mostrado reticencia a las modalidades de las medidas generales y las sentencias piloto, las cuales han reevaluado, al menos en parte, el papel confiado al tribunal de Estrasburgo originalmente⁶⁴.

El trasfondo del debate en Europa está en buena parte ligado a la vigencia del principio de subsidiaridad y la noción de margen nacional de apreciación como criterios para armonizar la labor judicial con el trabajo político de los gobiernos nacionales. Y es por esta misma razón que en este estudio se apela al parámetro que ofrece el margen nacional de apreciación como límite último de acción para la CorteIDH, según se expondrá en el siguiente epígrafe.

2.3. EL MARGEN NACIONAL DE APRECIACIÓN COMO LÍMITE PARA EL ACCIONAR DE LA CORTE INTERAMERICANA

Los planteamientos sobre el principio de subsidiaridad esbozados en el capítulo anterior resultan ser el fundamento central de la doctrina del margen nacional de apreciación (MNA), pues en verdad puede afirmarse que esta figura es un efecto o una concreción de este principio general inspirador de todo el DIDH y el propio SIDH, según el cual la justicia internacional es coadyuvante o complementaria de la justicia

⁶³ Este precepto expresa: "Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa".

⁶⁴ La doctrina ha canalizado algunas de las más claras prevenciones expresadas por gobiernos europeos, entre ellos los de Reino Unido e Italia, en relación con lo que han calificado como excesos del Tribunal. Cfr. IRURZUN MONTORO, *¿Una nueva reforma del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?*, pp. 5-6. Véase también: LAMBERT ABDELGAWAD, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las sentencias piloto: una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo", pp. 368-369.

interna del Estado⁶⁵. Siendo esto así, en el presente epígrafe se propondrá que el margen de apreciación es una guía indispensable para favorecer el proceso de coordinación que se requiere entre aquellas dos instancias y, por tanto, la referencia a este criterio se constituye en un límite legítimo para el accionar del tribunal interamericano a la hora de determinar una GNR.

Lo anterior se sustenta sobre dos premisas que se explicarán debidamente: (i) en primer lugar, el concepto de MNA se postula como mecanismo idóneo para responder al problema de tensión natural que aparece entre las esferas internacional y local frente al cometido de asegurar los derechos fundamentales de todos los seres humanos; y (ii) dentro de la diversidad de aplicaciones que ofrece el MNA, es posible

⁶⁵ Este principio que ya ha sido expuesto con más detalle antes, también ha sido reconocido por el mismo tribunal internacional, el cual ha afirmado: “La regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser ésta «coadyuvante o complementaria» de la interna [...]”. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo, cit., párr. 61.

En el mismo sentido, más recientemente expresó: “Este Tribunal ha establecido que la jurisdicción internacional tiene carácter subsidiario, coadyuvante y complementario, razón por la cual no desempeña funciones de tribunal de «cuarta instancia». Ello implica que la Corte no es un tribunal de alzada o de apelación para dirimir los desacuerdos que tengan las partes sobre algunos alcances de la valoración de prueba o de la aplicación del derecho interno en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales en derechos humanos. Es por ello que esta Corte ha sostenido que, en principio, «corresponde a los tribunales del Estado el examen de los hechos y las pruebas presentadas en las causas particulares». Lo anterior implica que al valorarse el cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales, como la de garantizar que una detención fue legal, existe una intrínseca interrelación entre el análisis de derecho internacional y de derecho interno”. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 16.

utilizarlo no sólo como criterio de interpretación, sino también como criterio de adjudicación judicial.

2.3.1. El margen nacional de apreciación como factor de articulación entre lo internacional y lo local

Puestos ante las exigencias que circundan la delicada tarea judicial de los tribunales de DDHH, la doctrina del margen nacional de apreciación se postula como un criterio orientador de máxima importancia en el proceso de interpretación y adjudicación judicial. Lo anterior debido a que esta figura aparece en un punto de intersección entre dos principios irrenunciables que deben guiar la actuación de los jueces internacionales de DDHH: el principio de subsidiaridad y el principio de prevalencia de la dignidad humana. Visto de otro modo, puede decirse que el MNA aparece como una posible respuesta frente al denominado debate entre universalismo y diversidad sobre el que ya se ha comentado antes⁶⁶. Cualquiera que sea la perspectiva, en este punto lo que interesa es resaltar la posibilidad que ofrece la doctrina del MNA para resolver las evidentes tensiones que muchas veces se presentan entre los gobiernos locales y los organismos internacionales puestos a discutir sobre los alcances de las normas internacionales de protección de DDHH.

Este planteamiento se traduce en que un tribunal internacional como la CorteIDH está llamado a ponderar el MNA como un criterio necesario para resolver el dilema permanente al que se enfrenta: garantizar el imperio universal de los DDHH y respetar la libertad de auto-regulación de las comunidades locales⁶⁷. En este ejercicio de

⁶⁶ Supra, capítulo 3 (§4.1).

⁶⁷ La tensión a la que se alude ha sido reconocida por GARCÍA ROCA como la problemática regla de división de jurisdicciones —una exigencia del principio de complementariedad entre los niveles nacional e internacional para la protección de los DDHH—, de acuerdo con la cual es preciso “una línea divisoria entre las cuestiones que debe decidir cada comunidad nacional,

equilibrio, el margen de apreciación se convierte en un criterio que permite armonizar, por un lado, los ideales comunes de carácter universal o regional y, por otro, las legítimas particularidades de los sistemas nacionales. En definitiva, así planteado, el MNA se convierte en un principio que conjuga y resguarda dos pilares fundamentales del DIDH: el principio de subsidiaridad y el principio de prevalencia de la dignidad humana —sobre los que ya se ha comentado suficientemente en el capítulo anterior—. Por esa razón fundamental que resalta la función para la que ha sido creada esta doctrina, se propone que el MNA es un principio indispensable para orientar el proceso de interpretación judicial de los tribunales como la CorteIDH.

Los orígenes de esta fórmula en el DIDH se remontan a la década de los años 60 con la práctica inicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien desde ese entonces y hasta ahora ha hecho uso de la doctrina del MNA como una herramienta fundamental en su tarea de evaluar las posibles violaciones al Convenio Europeo por alguno de los Estados parte⁶⁸. Es así como amparado en el principio de subsidiaridad,

conforme al principio democrático, y aquellas otras que tienen suficiente relevancia o fundamentalidad como para necesitar una solución homogénea". J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 115-116.

⁶⁸ La doctrina del margen de apreciación en el Sistema Europeo de Derechos Humanos (SEDH) ha sido abundantemente revisada y comentada. En relación con sus orígenes y aplicación por parte del TEDH pueden verse las siguientes referencias: J. CHRISTOFFERSEN, *Fair balance: proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009, pp. 231ss; S. GREER, *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Human rights files, Council of Europe Press, Strasbourg, 2000; H.C. YOUROW, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European human rights jurisprudence*, Kluwer Law International, The Hague, Boston, 1996; T.A. O'DONNELL, "The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Hum. Rts. Q.* 4, no. 4 (1982) 474-96.

el TEDH implementó —desde sus primeros casos⁶⁹— el uso del margen de apreciación como una salida para responder a las naturales tensiones que se presentan entre los niveles nacional e internacional de cara a la realización de las garantías establecidas en el Convenio regional al interior de la jurisdicción de cada uno de los Estados partes.

Por definición, la doctrina del MNA se inscribe dentro de la historia de la jurisprudencia europea como una especie de autocontención judicial (*self-restrain*). El TEDH cede ante las interpretaciones legítimas que haga el Estado de la norma internacional, permitiéndole fijar el contenido y alcance de ciertos derechos de acuerdo a las circunstancias jurídicas, sociales y culturales específicas que le circundan. En este sentido, se verifica un amplio grado de respeto por las decisiones que adoptan las autoridades nacionales, las cuales, si bien pueden suponer una restricción a los derechos contenidos en el Convenio, no constituyen en sí mismas violaciones a ese tratado⁷⁰. Para llegar a esa conclusión

⁶⁹ YOUROW presenta una revisión detallada de esos primeros casos desde los tempranos años 60 y los casos hito subsiguientes en los cuales tanto la Comisión como la Corte Europeas adoptaron esta doctrina y fueron perfilando los estándares para su aplicación. Cfr. YOUROW, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European human rights jurisprudence, passim*. Debido a su notoria trascendencia, es útil recordar la fórmula que condensa la doctrina del margen de apreciación según quedó establecida en el *Belgian linguistic case*, en el que por primera vez el TEDH expresó: “*It cannot assume the role of the competent national authorities, for it would thereby lose sight of the subsidiary nature of the international machinery of collective enforcement established by the Convention. The national authorities remain free to choose the measures which they consider appropriate in those matters which are governed by the Convention. Review by the Court concerns only the conformity of these measures with the requirements of the Convention*”. ECHR, case ‘relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium’ (*Belgian Linguistic Case*), App. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, decision on the merits 23 July 1968, Series A No. 6, 35, para. 10.

⁷⁰ Un análisis sintético de las razones que justifican ese *self-restrain* y cómo han sido operadas por el TEDH en casos concretos, puede verse en: D. SPIELMANN, *Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of*

ordinariamente el TEDH ha acudido a dos argumentos: por un lado, que las limitaciones establecidas en el ámbito interno resultan razonables sopesados los bienes protegidos en el Convenio y los intereses nacionales⁷¹; y por otro, que debido a la ausencia de un consenso regional, se tiene la obligación de respetar aquellas medidas adoptadas en el orden nacional que no violen el contenido esencial del derecho convencional en juego⁷². Así las cosas, se puede afirmar que la figura del MNA es una especie de deferencia de los tribunales internacionales con los gobiernos locales, en procura de armonizar las funciones que a

European Review?, Working paper series Center for European Legal Studies (CELS), University of Cambridge, 2012.

⁷¹ La razonabilidad de la medida adoptada por el gobierno local, en últimas dependerá, como indica GARCÍA ROCA, de un juicio de proporcionalidad que lleva a cabo el tribunal internacional. Cfr. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, pp. 89-93.

⁷² Sobre la teoría del consenso europeo en el TEDH, su construcción jurisprudencial y percibidas contradicciones, véase: M.A. BENAVIDES CASALS, "El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos", *Ius et Praxis (on line)* 15, no. 1 (2009) 295-310, pp. 301-308. El estudio de la autora muestra que el TEDH ha acudido al uso del MNA en aquellos casos en los que no existe un mínimo común europeo para entender de una determinada manera el contenido de un derecho., En ese escenario, como se anotó atrás, el TEDH cede ante las interpretaciones legítimas que haga el Estado de la norma internacional, permitiéndole fijar el contenido y alcance de ciertos derechos de acuerdo a las circunstancias jurídicas, sociales y culturales específicas que le circundan. En consecuencia, la figura del consenso resulta esencial en el ámbito europeo para que el TEDH pueda establecer parámetros definitivos aplicables a todos los estados miembros del Consejo de Europa por igual. Sin embargo, la puesta en obra de la teoría del consenso no es tan llana como su explicación. De hecho, el estudio de BENAVIDES CASALS pone en evidencia algunas inconsistencias en la jurisprudencia europea. Entre ellas, una que generó gran debate en ese continente fue la decisión del caso *Goodwin vs. Gran Bretaña* (2001), por cuanto, como acertadamente señala la autora: "El Tribunal pretende, desde nuestro punto de vista, que se otorgue al parecer, el carácter de consenso europeo a la discusión médica existente sobre la determinación del sexo. La verdad es que esto no ha dejado de ser sin embargo una discusión y dista mucho de ser un consenso. Aquí parece que el Tribunal intenta una construcción del consenso y no un reconocimiento de éste" (p. 306).

ambos competen partiendo de la base de que los referentes internacionales no imponen necesariamente soluciones uniformes.

Lo anterior implica —en favor de las autoridades internas—, que los órganos internacionales les deben un amplio respeto a su capacidad de discreción, a su libertad para actuar en lo que les es propio: la creación y ejecución de sus leyes⁷³. Como contrapeso, por supuesto, ante un ejercicio abusivo o ineficiente del poder local, el órgano internacional se encuentra autorizado para intervenir, con el fin de remediar el derecho convencional ilegítimamente restringido por el Estado.

Así expuesto, puede verse que el MNA es un principio amplio —no vago ni etéreo—, por lo que admite diversas aplicaciones. En primer lugar, está claro que se trata de un principio hermenéutico usado por las cortes internacionales para determinar el alcance de las obligaciones convencionales y verificar su cumplimiento al interior de los Estados parte. Desde esta perspectiva, el efecto práctico que se produce es el reconocimiento de un margen de libertad reservado a los Estados a la hora de determinar los medios para cumplir con las obligaciones internacionales. Esta ha sido hasta ahora la utilización más recurrente de la doctrina, pero no la única. Algunos, de hecho, han planteado un abanico de posibilidades útiles para aplicar la doctrina del MNA: "(i) para apreciar las circunstancias materiales que ameritan la aplicación de medidas excepcionales en situaciones de emergencia, (ii) para limitar el ejercicio de algunos de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales con el objeto de resguardar otros derechos o los intereses de la comunidad y (iii) para definir el contenido de los derechos y determinar el modo en que éstos se desarrollan en el ordenamiento interno. A las tres dimensiones anotadas podrían agregarse otras dos, todavía inexploradas por la doctrina y que pueden abrir dos estupendas líneas de investigación: (iv) el margen de

⁷³ Cfr. YOUROW, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European human rights jurisprudence*, p. 13.

apreciación para definir el sentido del Derecho nacional y (v) el margen de apreciación para definir el modo en que se cumplirá una resolución de un órgano internacional de supervisión de un tratado"⁷⁴.

Dentro de las citadas opciones, quizá la última apunta de manera más cercana a la propuesta de este trabajo: reconocer el margen nacional de apreciación no sólo como criterio hermenéutico a la hora de definir el alcance de los derechos convencionales, sino también como "regla o medida" del poder de adjudicación judicial. Esto significa que el MNA resulta útil tanto para determinar las posibles infracciones a las obligaciones internacionales, como para delimitar el alcance de las eventuales consecuencias que podría ordenar el tribunal supranacional. En este sentido se sugiere que la doctrina del MNA es una herramienta necesaria para la CorteIDH al momento de evaluar el tipo de *garantías de no repetición* que podría exigirse a un Estado, como se expondrá enseguida.

2.3.2. *El margen nacional de apreciación como criterio de adjudicación*

En un sentido amplio, la adjudicación judicial comprende dos operaciones fundamentales: por un lado, el proceso de interpretación normativa (*qué es el derecho*) y, por otro, la definición de los efectos o consecuencias que *ese derecho* genera en un caso concreto. A esta última decisión que toman los jueces, puede llamársele con propiedad como el momento de la adjudicación judicial, pues allí se declaran o definen —

⁷⁴ M. NUÑEZ POBLETE, "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en P.A. ACOSTA ALVARADO and M. NUÑEZ POBLETE (ed.), *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2012, 3-49, pp. 4-5.

adjudican— los efectos del derecho que ha sido interpretado para un caso específico. Esta distinción tiene lugar por cuanto permite advertir sobre un nuevo uso que puede atribuirse a la doctrina del MNA. En efecto, la pregunta sobre las consecuencias que se derivan de un ilícito internacional en el campo de los DDHH no se solventa con las categorías tradicionales del Derecho internacional público, ni tampoco con los esquemas de reparación que ofrecen el derecho civil o el derecho penal clásico. El DIDH —en este aspecto— es un régimen especial, con su lógica propia, que tiene que velar porque las consecuencias de la declaración de responsabilidad atiendan al menos tres condiciones: (i) restablecer el derecho de las víctimas; (ii) asegurar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado; y (iii) prevenir situaciones semejantes, como corolario de su función de promoción de los DDHH.

Adjudicar los efectos que conlleva la responsabilidad por violación a los DDHH supone entonces, para el juez, preguntarse por los medios más efectivos que tiene a su alcance con el fin de acertar en los tres propósitos, sin extralimitar el ámbito de la función *subsidiaria* que se le ha delegado. Frente al primer aspecto, el juez interamericano tiene un amplio margen de discreción puesto que la Convención le reconoce la capacidad autónoma para definir el alcance de las reparaciones, las cuales obran con independencia de las provisiones del orden nacional (artículo 63 CADH), a diferencia de la figura de la satisfacción equitativa del SEDH. El segundo propósito está más fuertemente relacionado con la fase interpretativa que se aludía atrás, puesto que la función que se espera del tribunal en este punto consiste en identificar los estándares precisos que se derivan de esas obligaciones, para facilitar con ello la labor de implementación que le corresponde al Estado. Así, el asegurar el cumplimiento de las obligaciones internacionales, le impone al tribunal determinar el tipo de conducta estatal que prevé la norma convencional (positiva o negativa), lo cual tendrá repercusión directa en la fórmula que exige al Estado el cumplimiento de unos determinados compromisos y el grado de libertad que se le reconoce para ello. Esta

cuestión impacta inmediatamente en el tercer propósito, orientado hacia el núcleo que justifica a las *garantías de no repetición*. Aquí el juez se enfrenta al mismo dilema que, por un lado, le anima a la toma de decisiones efectivas y, por otro, le exige gran respeto por la libertad que la norma internacional deja al Estado en la configuración de las condiciones para garantizar su eficacia.

De lo expuesto sobre los últimos dos propósitos de la etapa de adjudicación y habida conciencia de la doctrina del MNA, queda claro que en el DIDH esta doctrina se postula como una herramienta que el juez precisa para determinar las consecuencias jurídicas específicas que se siguen a una declaración de responsabilidad internacional estatal. Lo anterior, gracias a que la fórmula del MNA conjuga varios de los elementos centrales en juego: el alcance de las obligaciones internacionales, los estándares que de ellas se derivan, las diversas posibilidades para su implementación en el plano nacional cuando ellas existan y la potestad que tiene la Corte para hacerlas efectivas.

Esta es la utilidad del MNA que busca rescatarse para el sistema interamericano. Así, la CorteIDH puede optar por el reconocimiento del margen nacional de apreciación, no ya como criterio para revisar la convencionalidad de una práctica estatal⁷⁵, sino como condición para evaluar el tipo de medidas que se han de exigir al Estado con el fin

⁷⁵ Es verdad que este ha sido el uso prioritario que se le ha dado a la doctrina del MNA en el SEDH. Sin embargo, la práctica seguida por el TEDH en esta dirección ha recibido serias críticas por la falta de consistencia y fundamentación. Algunos de esos argumentos en contra del MNA pueden verse en: J.A. BRAUCH, "The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law", *Colum. J. Eur. L.*, no. 11 (2004) 113-54. Debido a la falta de sistematicidad en el uso ofrecido por el TEDH, otros autores afirman que en realidad el margen de apreciación nacional no es en estricto sentido una doctrina, sino puramente un juicio de proporcionalidad. Cfr. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, pp. 186-187. GREER, *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*, p. 32.

preciso de prevenir futuras afectaciones a los derechos humanos. La puesta en práctica de este criterio revertirá, finalmente, en decisiones que contienen GNR legítimas —esto es, no arbitrarias— que, por lo tanto, resultan más fácilmente aceptables por los Estados y, en la misma medida, serán efectivas. Lo anterior se explica por cuanto el criterio del MNA exige a la Corte una reflexión circunstanciada sobre las opciones razonables que pueden asegurar el cumplimiento de la obligación internacional y, en proporción a la variedad de alternativas, tendrá que aceptar mayor discreción por parte del Estado para acatar los estándares convencionales aplicables a su contexto determinado.

En definitiva, se trata de reconocer la línea que separa las cuestiones jurídicas de las eminentemente políticas, esto es, el denominado debate sobre las *political questions* que cobra vigencia también en el ámbito internacional de los DDHH⁷⁶. En consecuencia, omitir esta referencia conlleva a cercenar los elementos de juicio a la hora de determinar una medida tipo *garantía de no repetición*.

⁷⁶ Las reflexiones sobre las *political questions* han ocupado muchas páginas en el Derecho constitucional y comunitario europeo y no es objeto de este estudio detenerse en ellas. La referencia que se hace en este punto tiene por finalidad poner de presente que dentro de los elementos de juicio que debe adoptar el juez interamericano a la hora de definir los trazos del margen nacional de apreciación en los casos concretos, no se escapan a él las mismas tensiones que enfrentan los jueces constitucionales y los órganos comunitarios en el ejercicio de ponderar el ámbito estricto de su función. La solución por la que se ha optado ampliamente es a mantener al juez al margen de aquellas decisiones eminentemente políticas, criterio que resulta válido también en el escenario internacional. La recomendación es precisa: se trata de evitar en lo posible que el poder jurisdiccional usurpe decisiones democráticas del pueblo, *political questions*, las cuales son, en palabras de GARCÍA ROCA: “decisiones políticas muy conflictivas y embarazosas, donde las divisiones que se crean en una comunidad pueden ser aún mayores que los encuentros, elecciones [...] difíciles de adoptar desde estándares jurídicos por una sentencia, o que simplemente buscan el aval judicial de una previa decisión política ya tomada, o que a juicio del Tribunal corresponde adoptar a otro poder”. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, p. 201.

En la práctica, los argumentos hasta este punto expuestos teniendo como referente la doctrina del margen nacional de apreciación permiten establecer algunos criterios precisos que el juez interamericano debe advertir al momento de evaluar la “imperatividad” de una GNR, es decir, la necesidad imperiosa de que sea el tribunal internacional quien tome la decisión sobre la medida precisa que se requiere adoptar en el Estado como GNR. Esto, por cuanto el MNA —como ha sido propuesto— se convierte en un criterio para definir los linderos de la competencia del tribunal frente a la competencia de las autoridades locales. Por consiguiente, se propone que el juez regional —consciente de la potencialidad de las GNR para *re-direccionar el accionar general* del Estado— pondere los siguientes aspectos a la hora de tomar su decisión:

(i) Por su función natural —dígase por un acto de atribución directo de la comunidad—, el gobierno nacional, el legislador y, en general, los órganos deliberativos del Estado son los primeros llamados a diseñar las leyes y políticas públicas nacionales. Así pues, las decisiones jurídicas y políticas trascendentales para el Estado debe procurarse que sean tomadas por los órganos legítimamente autorizados para ello y de conformidad con los procedimientos así establecidos, de modo que no se corra el riesgo de que la Corte regional sustituya la visión del gobierno o el legislador local.

(ii) Como la función del tribunal incluye la garantía colectiva de los DDHH, es importante que su decisión particular exponga con claridad el estándar mínimo incorporado en la normativa internacional y reconozca el ámbito de discreción que las mismas normas otorgan a los Estados para su cumplimiento. En efecto, la vigencia de los derechos humanos no está siempre y necesariamente condicionada por la adopción de fórmulas idénticas. Allí donde las circunstancias difieran, pueden admitirse soluciones diversas, siempre y cuando el núcleo de los derechos en cuestión se preserve. Sobre esta base, será más factible determinar esa línea divisoria entre jurisdicciones de acuerdo con la cual el tribunal supranacional sólo tiene capacidad de intervenir

directamente en el *re-direccionamiento* del Estado, cuando éste ha ignorado o trasgredido fehacientemente el estándar internacional.

(iii) Consecuentes con el punto anterior, atender a la naturaleza de la obligación internacional resulta ser un parámetro importante que da luces sobre la discrecionalidad que se le concede a los Estados en el cumplimiento del deber convencional. Cualquiera que sea la clasificación que se adopte⁷⁷, siempre podrán distinguirse entre las obligaciones de abstención y las positivas o de acción. Así, las obligaciones de carácter negativo, es decir de abstención, reducen el margen de discrecionalidad del Estado, mientras que las positivas, al exigir conductas activas en favor de la garantía de los DDHH, ordinariamente pueden satisfacerse de distintos modos. Es allí justamente, en el ámbito de las obligaciones positivas, donde la CorteIDH debe ser cautelosa a la hora de exigir GNR específicas con

⁷⁷ Para ilustrar este punto, ABRAMOVICH recoge la propuesta de VAN HOOF y las variantes introducidas por las convenciones de las Naciones Unidas. Así, el autor afirma: "De acuerdo a la propuesta de van Hoof, por ejemplo, podrían discernirse cuatro «niveles» de obligaciones: obligaciones de respetar, obligaciones de proteger, obligaciones de garantizar y obligaciones de promover el derecho en cuestión. Las obligaciones de respetar se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de proteger consisten en impedir que terceros injeriran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de garantizar suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de promover se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien". Según el mismo autor, esta enumeración fue abreviada en el DIDH a sólo tres categorías: obligaciones de respeto, obligaciones de protección y obligaciones de garantía, satisfacción o cumplimiento, a juzgar por los principales documentos interpretativos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. ABRAMOVICH, "Los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos como Marco para la Formulación y el Control de las Políticas Sociales", p. 27. Al final, como se propone en esta tesis, estas categorías pueden reconducirse a una división fundamental entre obligaciones negativas y positivas.

miras a que no cercenen las distintas posibilidades legítimas que hubiera tenido el Estado para cumplir con el deber internacional.

(iv) Se espera, por tanto, que el juez internacional reconozca y diferencie lo exigido y lo deseable según la Convención. Por un lado, las aspiraciones son metas a lograr, mientras que los derechos son exigencias de justicia, son la misma *cosa justa* que requiere ser declarada. Unas y otras si bien intrincadas son diferenciables y la responsabilidad por una y otra tarea no recae única y primeramente en la judicatura supranacional. Lo anterior no obra en favor de un estancamiento del proceso colectivo que se ha impulsado en las últimas décadas en pro de la vigencia y expansión de la cultura de los DDHH, antes bien se busca que estas precauciones faciliten el trabajo de coordinación que se demanda entre las distintas instancias con el fin de asegurar la eficacia del Derecho.

De todo lo anterior se deduce —volviendo a lo afirmado líneas más arriba— que habrá casos en los que señalar el estándar internacional de protección al derecho humano en cuestión suponga determinar la conducta concreta que deberá llevar a cabo el Estado para la incorporación de ese estándar: se trata de casos en los que esa conducta se presenta como indispensable o resulta ser el único medio capaz de alcanzar ese fin. Por otro lado, la mayoría de las veces el tribunal se topará con situaciones en las que el estándar puede ser incorporado de diversos modos y no está dentro de sus posibilidades adoptar uno concreto⁷⁸. Esta última elección se encuentra dentro del margen nacional de apreciación de la mejor alternativa aplicable a su contexto.

Así, por ejemplo, cuando el tribunal regional declara la violación al derecho a la integridad personal, debido a la imposición de una pena corporal de flagelación sobre la base de una ley que la permite, está

⁷⁸ Esta es una consecuencia natural del principio de subsidiaridad al que está sujeto la corte regional. Cfr. CAROZZA, "Subsidiarity as a structural principle of International Human Rights Law", *passim*.

claro que dentro de las competencias de la Corte se encuentra la de condenar al Estado en cuestión y, además de las reparaciones a la víctima, decretar una *garantía de no repetición* a través de la cual se ordena al Estado la derogación de tal norma, por ser contraria al estándar internacional que prohíbe la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes de manera absoluta e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles. En este caso, la orden dispuesta por el tribunal es legítima puesto que al señalar el estándar internacional se deduce que la única vía de adopción del mismo es a partir de la derogación de la norma que le contraría.

Por el contrario, si el alto tribunal determina que el estándar de trato digno a personas privadas de la libertad ha sido vulnerado en un caso concreto, no se justifica que ordene al Estado la creación de un comité interinstitucional con el fin de definir y ejecutar los programas de capacitación en derechos humanos y tratamiento de reclusos. Lo anterior, por cuanto la adecuación del estándar de trato digno a reclusos no supone de manera necesaria la creación de un comité interinstitucional, que es, en todo caso, uno de los modos posibles de llevarlo a cabo. Por tanto, una exigencia como esta sobrepasa las competencias del tribunal y restringe arbitrariamente el margen de apreciación que le corresponde al Estado.

Así las cosas, puede concluirse que en aquellas situaciones en las que un Estado ha sido declarado responsable de transgredir la Convención Americana, la corte regional no puede ordenarle la adopción de una medida específica y exclusiva como *garantía de no repetición* si existen varias alternativas capaces de lograr la adecuación del derecho interno al estándar internacional que se imponía.⁷⁹

⁷⁹ En este punto se verifica una vez más el carácter del principio de subsidiaridad aludido atrás que, tal como el DIDH, combina los principios de intervención y no-interferencia. Cfr. *Ibid.*, p. 49.

2.4. A MODO DE COROLARIO: LA ARTICULACIÓN PRÁCTICA DE LOS TRES LÍMITES

En definitiva, a la luz de las directrices señaladas en este apartado, se ha puesto de presente que la CorteIDH estaría habilitada para concretar una GNR como parte de la función judicial especial que le ha sido confiada, siempre y cuando no sobrepase los límites de su naturaleza y competencia como tribunal jurisdiccional; es decir, bajo la condición de no utilizar su facultad de promover la garantía colectiva de los DDHH y capacidad de prevenir sus violaciones para usurpar el poder político que corresponde a las instancias deliberativas del Estado, como lo exige la prudencia y auto restricción judiciales condensadas bajo la fórmula del margen nacional de apreciación.

En efecto, el criterio del margen nacional de apreciación se postula como el límite último para el accionar del tribunal. Un escenario posible en el que esta premisa puede comprobarse es en aquellos casos en los que el litigio internacional deja ver una falla estructural directamente relacionada con la falencia o inexistencia de políticas públicas adecuadas para promover la vigencia de un derecho humano —circunstancia que justificaría un fallo con efectos reflejos—. Allí, la función judicial está llamada a advertir tales deficiencias sistemáticas y puede llegar a ofrecer una perspectiva sobre alternativas conducentes a la eliminación de la falla con vistas a prevenir casos análogos. Sin embargo, el tribunal internacional no estará nunca autorizado para ordenar —bajo el pretexto de que se brinden GNR— las medidas específicas que tendrían que implementarse en el orden interno cuando estas sean variadas, so pena de invadir ilegítimamente el ámbito de competencia de las autoridades locales y desconocer arbitrariamente el mismo principio que justificó su origen: la subsidiaridad.

Esta propuesta, en todo caso, no colisiona necesariamente con la eficacia práctica de las sentencias de la CorteIDH. De hecho, no quita nada a la obligatoriedad de las reparaciones (propriadamente dichas) que ha ordenado. No es cierto que sus fallos se conviertan en meras exhortaciones y pierdan el efecto vinculante y ejecutivo que les

caracteriza. Por el contrario, un adecuado uso del MNA le permitirá a la Corte convertirse legítimamente en escenario facilitador de reformas idóneas que las autoridades nacionales acuerden, puesto que, en todo caso, la implementación del fallo y las obligaciones convencionales quebrantadas quedan sujetas a la supervisión de la propia Corte. En esa etapa de supervisión, la Corte mantiene su facultad de asegurar el cumplimiento de la obligación internacional quebrantada y es en este punto donde la libertad que se ha respetado al Estado tiene la contracara de su responsabilidad nacional e internacional, mejor expresada como *accountability*.

Al final, el tribunal regional cumple el papel *subsidiario y esencial* que le ha sido asignado: restablecer los derechos conculcados de las víctimas y coadyuvar en la búsqueda de soluciones que contribuyan a una mayor eficacia de los derechos humanos, cuando los Estados no lo han podido alcanzar por sí mismos. En esta dirección apunta una reflexión de ABRAMOVICH que resulta muy pertinente:

Ahora bien, el enfoque de derechos, si bien fija un marco conceptual para la formulación y la evaluación de las políticas, no debería conducir a acotar o limitar excesivamente el margen de acción de los gobiernos para la formulación de esas políticas. No se trata de imponer a los Estados ni a los sujetos obligados una determinada manera de hacer las cosas ni de cercenar la creatividad de los decisores sujetándolos a esquemas rígidos o inflexibles. La idea que prevalece es que cada Estado debe ser dueño de su estrategia y aquí hay un punto de relación entre la idea afianzada en el campo del desarrollo sobre la “propiedad del Estado” y el derecho de autodeterminación. La realización de los derechos humanos en el marco de las políticas y estrategias de desarrollo puede alcanzarse por caminos diversos. Así, sistemas de libre mercado o con mayor participación del Estado en la economía, pueden realizar o cumplir con los mandatos del derecho internacional de los derechos humanos. Los derechos no imponen siempre acciones concretas, sino tipos de obligaciones que, si bien fijan una orientación, un camino que debe transitarse, un marco para las definiciones, dejan al Estado o a los

sujetos obligados un espacio muy grande de discreción para elegir las medidas específicas a partir de las cuales se realizaran esos derechos. Ello es así, tanto para los derechos civiles y políticos cuanto para los derechos económicos, sociales y culturales, pues todos ellos demandan un complejo de obligaciones negativas y positivas.⁸⁰

Por todo lo expuesto, puede afirmarse entonces que es condición de legitimidad de las GNR ordenadas en la instancia interamericana que el juez lleve a cabo un proceso de deliberación tendiente a identificar la naturaleza de la obligación que se persigue asegurar, de modo tal que al interpretar objetivamente la norma internacional que le contiene, se puedan definir los estándares razonables que concretan su contenido y facilitan su exigibilidad. Así, si el análisis de esos estándares permite establecer diversidad de modos para su implementación, el tribunal internacional podrá, a lo sumo, ilustrar y recomendar al Estado las medidas que considera más apropiadas para prevenir futuras infracciones de la norma internacional, pero tendrá que abstenerse de ordenar una modalidad concreta, a menos que esta sea la única vía o un medio indispensable para alcanzar el fin propuesto.

Lo anterior no resta efectividad al sistema ni amenaza la primacía de los DDHH. Por el contrario, es una condición para garantizar su viabilidad futura porque promueve una relación dialógica con los Estados, que son los primeros responsables de promover los DDHH y de asegurar la existencia del sistema. Los excesos del tribunal, en cambio, pueden incrementar la reticencia para el cumplimiento de sus sentencias e, incluso, socavar el acuerdo inter-estatal original.

⁸⁰ ABRAMOVICH, "Los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos como Marco para la Formulación y el Control de las Políticas Sociales", pp. 24-25.

3. LOS EFECTOS ADVERSOS DE UN USO INDISCRIMINADO DE LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN

Lo anotado hasta este punto permite reforzar una conclusión que fuera anticipada en el capítulo anterior: el enorme potencial que tienen las GNR como herramientas idóneas para la prevención de violaciones a DDHH está fuertemente ligado a su capacidad como elemento de presión a las fuerzas políticas locales en la búsqueda de soluciones jurídicas profundas y duraderas ante los problemas sociales de mayor trascendencia. Sin embargo, esa potencialidad se anula si la CorteIDH no se esmera en definir de manera clara y expresa en la sentencia los estándares que resultan razonables de una interpretación legítima de la CADH; sin estas razones de peso cualquier GNR que se ordene estará desprovista de su fundamento próximo.

En esta misma línea de argumentos, si cuando la CorteIDH ordena GNR lo hace sin una visión comprensiva de los problemas sociales y omitiendo la consideración de las consecuencias de esa decisión, puede caer en una posición poco responsable que, finalmente, afecte de manera grave decisiones importantes asumidas por el Estado para la resolución de sus problemas sociales. Cualquiera de estos dos aspectos señalados se constituye en un verdadero riesgo que amenaza no sólo la legitimidad de la práctica de las GNR, sino la legitimidad misma del órgano judicial que las emite.

Las afirmaciones anteriores se sustentan, además, en las consecuencias negativas que tendría una posición distinta, que sostuviese la competencia de la CorteIDH para ordenar como GNR medidas específicas y circunstanciadas en cualquier tipo de casos. Al hilo de estos argumentos se proponen tres efectos adversos ante un posible uso extralimitado de las GNR:

(i) Desnaturalización de las *garantías de no repetición*. Como se ha explicado en extenso, esta figura ha sido diseñada para ejercer —desde el plano internacional— un control preventivo de violaciones

recurrentes a los derechos humanos, pero no para sustituir la acción propia del Estado que es el primer comprometido con la realización de las obligaciones convencionales⁸¹. Pensar lo contrario, por un lado, trasuntaría un idealismo de corto alcance: nunca será un organismo internacional quien esté en mejores condiciones para decidir de qué modo concreto se garantiza mejor la no repetición de violaciones de los derechos humanos en un contexto local, en circunstancias concretas que le son en buena medida desconocidas⁸²; y por otro, sería arbitrario, en la medida en que injustificadamente supondría utilizar una figura legítima para usurpar el poder político que le corresponde a los órganos del Estado⁸³.

(ii) Desnaturalización de la función que le ha sido confiada a la Corte Interamericana. Si bien se ha resaltado la tarea pedagógica del tribunal y la posibilidad de los *efectos reflejos* de sus sentencias —a modo de lecciones generalizables que se desprenden de un solo fallo pero que al identificar un estándar de la Convención Americana generan una especie de irradiación expandible a casos similares, tanto del mismo

⁸¹ Esta tesis ha sido compartida por la misma CorteIDH al afirmar que: “*el Estado es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y reparar antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos*” (cursiva fuera de texto). Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 66.

⁸² Cfr. ORDOÑEZ SOLÍS, *El cosmopolitismo judicial en una sociedad global: globalización, derecho y jueces*, p. 232. DONOHO, “Democratic Legitimacy in Human Rights: The Future of International Decision-Making”, p. 57.

⁸³ Este argumento también se conoce como el argumento de “mejor posición” para efectos de respaldar la teoría de “deferencia” de los tribunales internacionales en favor de los locales. Cfr. J. GERARDS, “Pluralism, deference ad the margin of appreciation doctrine”, *European Law Journal* 17 (2011) 80-120, pp. 85.

Estado condenado como de otros Estados parte del mismo sistema⁸⁴—, el ejercicio de su competencia tampoco puede desdibujarse al punto de pasar de ser un tribunal judicial a un legislador regional. No es ésta la misión que le ha sido encomendada y, por tanto, no será la mejor manera de realizar los fines previstos en el mecanismo interamericano, el cual lejos de eliminar el protagonismo de los Estados, justamente, cuenta con su compromiso para asegurar la vigencia de los derechos humanos en el continente.

Adicionalmente, asumir un rol que no le corresponde pone en franco riesgo la misma legitimidad de la Corte Interamericana. Una decisión suya que elige un modo concreto para la protección de un derecho humano, sin que éste sea el único camino posible o un medio imprescindible para que se adopte en el derecho interno un estándar convencional, desconoce los principios del derecho interamericano, las bases de competencia del tribunal y la función de las GNR. Todo ello configura una práctica ilegítima a la luz del derecho regional vigente. Al final, el costo de un accionar desbordado puede amenazar incluso la propia existencia del tribunal.

Al hilo de estos argumentos aparece claro, entonces, que el mejor modo para que la CorteIDH reafirme la legitimidad de las GNR será decretándolas sólo en aquellos casos en los que se hace necesario corregir la dirección de una medida adoptada por las autoridades nacionales cuando esta resulta manifiestamente irrazonable o inapropiada a la hora de perseguir la garantía colectiva de los DDHH en el marco de la CADH.

(iii) Obstaculización de procesos políticos internos. A pesar de las bienintencionadas razones que pueda esgrimir el juez interamericano para justificar GNR desmesuradas, lo cierto es que además de resultar

⁸⁴ Cuestión reconocida por otros autores como *efecto de cosa interpretada*. Cfr. FERRER MACGREGOR, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", p. 400.

contrarias al derecho regional vigente —como se anotaba en el punto anterior—, pueden afectar gravemente decisiones políticas trascendentales en el curso de la historia que haya querido adoptar un país. En efecto, desconocer el margen nacional de apreciación, criterio último que condiciona la legitimidad de una GNR, es desconocer también un principio que tiene asidero en la realidad: los órganos del Estado son los primeros llamados a concretar las mejoras de su sistema, dado que conocen de primera mano las particularidades del mismo.

Omitir este criterio no sólo rechaza el principio del *self-restrain* judicial, sino que además acarrea la violación del principio de subsidiaridad y con él, también, el principio de no intervención. Como consecuencia de todo esto, el tribunal creado para resguardar los DDHH y los principios democráticos termina contradiciendo al propio instrumento que le ha dado existencia⁸⁵, en la medida en que trasgrede el más elemental de los principios de la democracia de acuerdo con el cual las directrices fundamentales que orientan el accionar de los Estados deben ser debatidas y adoptadas por el constituyente primario.

Se trata de un riesgo con costos muy altos para un país. Las mejores intenciones del tribunal pueden llegar a minar el terreno propicio para soluciones políticas de gran trascendencia nacional. La adopción de un modelo de justicia transicional en algunos países latinoamericanos que lo requieren, sirve para ilustrar la problemática que se anota. Esto es así porque la sentencia del legendario caso *Barrios Altos vs. Perú* y la jurisprudencia subsiguiente sobre la inadmisibilidad absoluta de las

⁸⁵ Véase, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en particular, el preámbulo en cuanto contextualiza la función del tratado dentro del “cuadro de las instituciones democráticas” y el artículo 29. c) que recoge un principio de interpretación básico de acuerdo con el cual ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.

leyes de amnistía podrían llegar a dificultar salidas negociadas a conflictos internos.⁸⁶

No es del caso dilucidar en este punto la validez de la interpretación llevada a cabo por el tribunal de acuerdo con la cual concluye que el derecho interamericano proscribiera de forma absoluta todo tipo de leyes de amnistía. Lo cierto es que ordenar como *garantía de no repetición* la persecución penal de uno y otro bando de amnistiados favorecidos con una ley que data de varias décadas atrás, habiendo sido refrendada tal disposición tanto popularmente como por la máxima corporación judicial brasilera, no es una decisión inocua. Tampoco puede calificarse como la única posibilidad de realizar los derechos convencionales cuestionados. No es tan claro, por tanto, que la resolución del caso *Gomez Lund* sea la más afortunada⁸⁷, entre otras cosas, porque el fallo erosiona un acuerdo político fundamental que había sido logrado en un contexto histórico y particular que probablemente lo justificó y deja en vilo derechos fundamentales expresamente custodiados por la misma convención. No es el propósito de este estudio ahondar en las repercusiones de este fallo de la judicatura regional. Se trata, más bien, de ilustrar y llamar la atención sobre un riesgo latente que puede acarrear con el uso indiscriminado de la figura de las GNR.

Como puede observarse, el trío de razones expuestas además de señalar efectos adversos de una mala práctica judicial en relación con

⁸⁶ Un análisis más específico de este fenómeno en la dirección que aquí se plantea puede verse en: E. MALARINO, "Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas", en K. AMBOS, E. MALARINO, and G. ELSNER (ed.), *Justicia de transición: informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo, 2009, 415-31.

⁸⁷ Caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, punto resolutivo núm. 15.

las GNR, hacen las veces de un llamado reforzado a la prudencia que se espera del juez interamericano con tal avanzar en el camino de fortalecimiento de los DDHH y de las instituciones tanto del nivel local como regional.

4. RECAPITULACIÓN

En este capítulo final se propuso una teoría acerca de los límites de las *garantías de no repetición*. El ejercicio consistió en establecer una especie de test que, partiendo de preguntas acerca de la necesidad, adecuación e imperatividad de las decisiones de la CorteIDH, sirviera para dilucidar la legitimidad de una GNR en la práctica interamericana. La propuesta consistió concretamente en lo siguiente.

En primer lugar, ante la pregunta sobre la necesidad de ordenar GNR en una sentencia internacional —con las implicaciones que ello conlleva—, se propuso que solamente en el contexto de un tipo especial de sentencia, al que se denominó “fallo con efectos reflejos”, resulta posible justificar una GNR. Así pues, se entiende que pueden producir *efectos reflejos* sólo aquellas sentencias que atendiendo a los principios de primacía de la persona humana, coherencia y razonabilidad a la hora de interpretar la letra y espíritu de la Convención Americana, identifiquen claramente en su contenido dos cuestiones: una falla estructural del Estado que favorece las violaciones a un derecho convencional y un estándar internacional consistente a partir del cual se puede superar parcial o totalmente la deficiencia sobre la que se ha advertido. Quedan excluidas de *efectos reflejos*, por tanto, los casos en los que no puede inferirse un problema permanente en el Estado o aquellas decisiones en las que la Corte lleva a cabo interpretaciones de la Convención que sean oscuras o infundadas, aquellas que privilegian una determinada ideología sin apego al verdadero espíritu que inspira la

Convención, o cualquier decisión que arbitrariamente elige la primacía de un derecho humano sobre otro.

En segundo lugar, frente a la pregunta por la adecuación o idoneidad de la medida que pretende ordenarse como GNR, se propuso condicionar la legitimidad de las GNR a que sean un medio indispensable —el único modo— de realizar un estándar internacional obligatorio para el Estado.

En tercer lugar, ante la pregunta por el ámbito de competencia que habilita al tribunal a decretar GNR, se elaboró una propuesta que rescata el valor que tiene la doctrina europea del margen nacional de apreciación modificando su uso no ya para la interpretación de los derechos, sino para la adjudicación de los efectos de la responsabilidad internacional estatal, entre los que se cuenta la obligación de proveer medidas idóneas para garantizar la corrección de las deficiencias institucionales que provocan casos repetitivos. El elemento que aporta el margen nacional de apreciación, en definitiva se convierte en el límite último que condiciona la legitimidad de una GNR, puesto que delimita el ámbito de competencia que corresponde al tribunal para llevar a cabo esta función.

Así, sobre la base que ofrece la fórmula del margen de apreciación, el juez está llamado a distinguir la naturaleza de las obligaciones impuestas al Estado por causa del Pacto y en consideración a ese carácter tendrá que definir los estándares jurídicos correspondientes. De acuerdo con ello, se concluyó que las obligaciones de carácter negativo reducen el margen de discrecionalidad del Estado, mientras que las positivas, ordinariamente pueden satisfacerse de distintos modos. La consecuencia práctica de este análisis resulta en que prevista la diversidad de formas para la implementación de los estándares en el ámbito interno, el tribunal internacional podrá, a lo sumo, ilustrar y recomendar al Estado sobre las alternativas que considera más apropiadas para precaver futuras violaciones semejantes, pero tendrá que abstenerse de ordenar una medida concreta, a menos que esta sea la

única vía o un medio indispensable para alcanzar el fin propuesto. Obrar en contrario configuraría una usurpación del poder que típicamente corresponde a las autoridades nacionales.

La verificación de estos tres criterios establecidos como límites para el uso de las GNR, condiciona la legitimidad de estas medidas que están diseñadas para dotar de eficacia los mandatos convencionales y coadyuvar con las autoridades locales para resolver problemas sociales trascendentales. Esta virtud característica de las GNR que las hace útiles para solventar problemas endémicos del nivel local, sin embargo, puede revertirse en contra del mismo sistema regional ante un uso indiscriminado. Este gran riesgo quedó expresado en una reflexión sobre tres posibles efectos adversos: (i) desnaturalización de las *garantías de no repetición*; (ii) desnaturalización de la función que le ha sido confiada a la Corte Interamericana; y (iii) obstaculización de procesos políticos internos.

CONCLUSIONES

Llegados a este punto, corresponde exponer de modo sucinto las principales conclusiones a las que se ha arribado en este estudio.

1. La figura de las *garantías de no repetición* se inscribe como una de las consecuencias jurídicas autónomas de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos. De esta premisa se derivan algunas consecuencias definitivas para este estudio.

1.1. En primer lugar, las GNR son fundamentalmente obligaciones jurídicas secundarias, esto es, derivadas de la responsabilidad que debe asumir un Estado que ha infringido una obligación internacional.

1.2. En segundo lugar, por tratarse de obligaciones jurídicas secundarias, su contenido es definido en la instancia judicial internacional probada la responsabilidad estatal, en conexión directa con el alcance de la obligación primaria. Esto significa que el contenido de una medida de no repetición pasa necesariamente por el rasero del proceso de adjudicación judicial.

1.3. En tercer lugar y de conformidad con el punto anterior, los límites de la decisión judicial que prescribe una GNR no reposan enteramente en la voluntad del juzgador sino en la obligación internacional asumida por el Estado. En este sentido, cobra radical importancia la definición del *estándar internacional* como exigencia de la norma convencional.

1.4. En cuarto lugar, queda probado que el objetivo de una GNR se centra en precaver futuras infracciones análogas o casos repetitivos, por lo cual su función no es la de resarcir un daño causado, sino prevenir uno nuevo.

1.5. Finalmente, y de conformidad con lo expuesto, las GNR no son una modalidad de la reparación integral, puesto que su naturaleza no es correctiva sino esencialmente preventiva, por lo cual puede sostenerse que se trata de una herramienta judicial autónoma utilizada para prevenir nuevos hechos internacionalmente ilícitos por parte de un Estado.

2. La práctica de la Corte Interamericana en relación con las GNR pone de manifiesto, principalmente, tres cuestiones que pueden glosarse del siguiente modo.

2.1. En primer término, queda probado el desarrollo creciente de resoluciones tipo GNR en la jurisprudencia interamericana a partir del nuevo milenio. Más allá de la denominación específica que algunas veces se les dé, lo cierto es que todas esas resoluciones coinciden en su objetivo: provocar transformaciones estructurales en el ámbito nacional a fuer de reformas legislativas —incluso constitucionales—, adopción de mecanismos y prácticas institucionales, ajustes en los sistemas de administración de justicia y formulación de políticas públicas. Luego del estudio de toda la jurisprudencia de la CorteIDH y de su clasificación de acuerdo a los parámetros propuestos en esta tesis (todo ello, sintetizado en el cuadro que se acompaña como Anexo), puede afirmarse que más del cincuenta por ciento del total de las sentencias de este tiempo consagran *garantías de no repetición*.

2.2. A pesar de que es claro el propósito que persiguen las GNR, su trascendental impacto y las características evidentes que las diferencian de las reparaciones, la precaria justificación esbozada por el alto tribunal todavía las mantiene como una modalidad de reparación integral pretendidamente fundada en el artículo 63 de la Convención

Americana. Llama la atención el exiguo interés por parte del tribunal para dar cuenta de los fundamentos y alcance de las GNR, así como de su competencia para decretarlas. En consecuencia, a pesar de la regularidad con la que se decretan en la instancia interamericana y la clara influencia que pretenden surtir sobre los ordenamientos nacionales, las razones que justifican las GNR y los criterios que definen su función y límites no han merecido mayor atención por parte de la Corte Interamericana ni tampoco de la academia. Esta notoria deficiencia pone en riesgo la eficacia misma del sistema interamericano por cuanto convierte al tribunal en blanco de críticas que cuestionan la legitimidad de su labor.

2.3. En todo caso, aún ante la falta de argumentos judiciales rigurosos que les fundamenten, el uso que se ha dado a las *garantías de no repetición* tiene vocación de influir decisivamente en el curso de acción que adoptan los Estados de la región. Esto pudo probarse con el análisis pormenorizado y la clasificación de todas las medidas tipo *garantías de no repetición* ordenadas por el tribunal, al que ya se ha hecho referencia.

3. En consideración a su naturaleza, objeto y fines, las *garantías de no repetición* fueron definidas como aquellas medidas ordenadas por un tribunal internacional en un juicio de responsabilidad estatal y con respeto al margen nacional de apreciación, tendientes a eliminar una deficiencia estructural que amenaza o vulnera derechos humanos en el ámbito interno del Estado, cuyo contenido —con el fin de prevenir futuras violaciones— apunta a la transformación del sistema nacional a partir de la derogación, creación o modificación de leyes, prácticas, instituciones o políticas públicas.

El ejercicio de esta práctica supone, sin duda, un reto para el juzgador internacional quien, en definitiva, se enfrenta a la disyuntiva de intervenir en el orden nacional sin invadir las potestades estatales, con el fin de proteger inequívocamente un bien humano fundamental. A este

razonamiento se lo ha denominado como “la lógica de intervenir, sin invadir, para proteger”, fórmula que en breve resume la dinámica de las GNR, las cuales en última instancia consisten en un tipo de intervención justificada de un organismo internacional en la esfera estatal con ocasión de salvaguardar una garantía convencional inexcusable en favor de derechos fundamentales de los particulares.

4. Si bien es cierto que la figura de las *garantías de no repetición* no ha sido prevista expresamente en la Convención Americana, ni puede inferirse que esta deba ser una práctica obligatoria para el tribunal regional, lo cierto es que pueden ofrecerse razones de peso para justificar su existencia en la práctica judicial interamericana.

4.1. En primer lugar, tres principios fundamentales que explican la existencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la creación del sistema interamericano abogan a su favor: el principio de subsidiaridad, el principio de prevalencia de la persona humana y el principio de efectividad. En este sentido, puede sostenerse que de acuerdo con el *principio de subsidiaridad*, la CorteIDH como autoridad judicial internacional, tiene no sólo la facultad sino también la responsabilidad de tomar decisiones orientadas a rectificar y facilitar el trabajo de coordinación al interior del Estado con miras a favorecer el *principio de efectividad* del Pacto regional, de acuerdo con el cual se aspira a la realización tangible de los compromisos asumidos por aquél para *privilegiar la protección de los derechos humanos de todas las personas* sujetas a su jurisdicción.

4.2. En segundo lugar, las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana son una fuente directa que faculta a la Corte regional a decretar GNR. Esto se explica por cuanto la conjugación de los dos artículos establece a cargo de los Estados un claro deber de prevención de violaciones a los derechos humanos y la necesidad de adecuar su derecho interno conforme estándares internacionales para lograr tal fin. En este orden de ideas, puede afirmarse que las GNR son

un modo de expresión de las obligaciones generales de la Convención Americana y, por tanto, su exigibilidad reposa sobre la base del principio *pacta sunt servanda*, piedra angular del Derecho internacional. Dicho de otro modo, el tribunal internacional a quien se ha delegado el poder de dirimir las controversias que surjan con ocasión de la interpretación y aplicación de la Convención Americana, tiene también la facultad de requerir al Estado para que de *buena fe* cumpla con las exigencias convencionales, dentro de las cuales está incluida aquella que le impone el deber de adecuar su ordenamiento interno en las distintas funciones y niveles con el fin de garantizar los derechos humanos y evitar la repetición de ilícitos en su perjuicio.

4.3. En tercer lugar, la tarea pedagógica y tutelar que ha sido encomendada a la Corte Interamericana al hacerla guardiana del cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados parte del Pacto de San José, la sitúa en posición de alentar y proteger una suerte de orden público internacional. Sobre esta base, la tarea que despliega el tribunal en sus sentencias, puede irradiar directrices para orientar un accionar general del Estado no limitado al restablecimiento del derecho de una víctima. Ésta, que es una característica distintiva de las *garantías de no repetición*, se explica entonces dentro del marco que proporciona una reflexión ponderada del quehacer judicial internacional, su relación con el bien común y las notas especiales que distinguen a sus sentencias.

5. Si bien justificadas, la potestad de la Corte para emitir *garantías de no repetición* no es ilimitada. El proceso de deliberación judicial, por tanto, debe estar orientado por unos parámetros insoslayables que finalmente legitiman su actuar. Dicho con otras palabras, luego de que en la tesis se dio cuenta de la presencia de las GNR en la jurisprudencia interamericana como un *factum* y de que, en un segundo momento, se encontraron razones que permiten fundamentarlas, en un tercer momento se hizo necesario examinar sus límites. Nada hay dicho en la

jurisprudencia ni en la doctrina respecto de este punto verdaderamente crucial. Como consecuencia de esto último, en el capítulo cuarto se propuso un test con tres pasos que puede servir de guía al juez para verificar la necesidad, adecuación e imperatividad de la medida que se pretende ordenar como *garantías de no repetición*. En definitiva, si se aceptase lo que aquí se ha propuesto, la validez de esta figura quedaría circunscrita al marco preciso que ofrecen los tres criterios elaborados a manera de condiciones: en primer lugar, el contexto que brindan las sentencias con efectos reflejos; en segundo lugar, la verificación de una falla estructural y la definición de las modalidades para corregirla; por último, la doctrina del margen nacional de apreciación como criterio indispensable en el proceso de adjudicación judicial.

Una visión integrada de estas condiciones permite concluir que cada vez que existan diversas opciones para garantizar la no repetición de violaciones de derechos humanos, la Corte Interamericana debe limitarse a exigir la adopción por parte del Estado de alguna de ellas, sin elegir concretamente ninguna, dejando en manos de la instancia nacional la decisión precisa y circunstanciada acerca de cuál de esas opciones es la más adecuada. Dicho de otro modo, el tribunal podrá ordenar a un Estado como GNR una acción concreta sólo en aquellos casos en los que esa conducta precisa sea el único modo de evitar la repetición de violaciones de los DDHH o, al menos, una medida indispensable para conseguir tal fin. Desde esta perspectiva cobra importancia el carácter negativo o positivo de la obligación internacional adeudada por el Estado. En este estudio se concluyó que las obligaciones de carácter negativo reducen el margen de discrecionalidad del Estado, mientras que las positivas, ordinariamente pueden satisfacerse de distintos modos. La consecuencia práctica de este análisis resulta en que prevista la diversidad de formas para la implementación de los estándares en el ámbito interno, el tribunal internacional podrá, a lo sumo, ilustrar y recomendar al Estado sobre las alternativas que considera más apropiadas para precaver futuras

violaciones semejantes, pero tendrá que abstenerse de ordenar una medida concreta, a menos que esta sea la única vía o un medio indispensable para alcanzar el fin propuesto. Obrar en contrario configuraría una usurpación del poder que típicamente corresponde a las autoridades nacionales.

Como puede observarse, todos los hallazgos y propuestas de esta tesis pueden agruparse como un estudio sobre la legitimidad de las *garantías de no repetición* en la práctica judicial interamericana. Por la metodología utilizada y, tal como se advirtió desde la introducción, la pregunta última sobre la legitimidad y su respuesta se reduce a recabar razones sólidas —últimas y próximas— que puedan explicar la validez de esta figura de conformidad con el Derecho vigente interamericano cuyo cuerpo normativo se inserta en el campo más amplio del Derecho internacional y se interconecta estrechamente con el derecho local, a fuer de su misión en la protección de los derechos humanos.

APÉNDICE: ANÁLISIS DE LAS GARANTÍAS DE NO
REPETICIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LAS CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 1989 -
2012

El acervo jurisprudencial sobre el cual se soporta esta investigación tiene en cuenta las doscientas cuarenta y dos sentencias que a lo largo de veinte tres años profirió la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, unas pocas providencias que sólo resuelven excepciones preliminares, son de fondo sin reparaciones o meramente interpretativas, quedaron excluidas del análisis puesto que por su propia naturaleza no eran susceptibles de ordenar medidas tipo *garantías de no repetición*. En el *banco de datos* que a continuación se presenta toda la jurisprudencia ha sido analizada, clasificada y referenciada con base en los siguientes criterios expuestos en el capítulo 2, los cuales se resumen del siguiente modo:

1) Los casos se exponen en orden cronológico, mantienen la identificación que les ha dado la CorteIDH oficialmente y las medidas están identificadas con los números originales asignados en la parte resolutive de la respectiva sentencia.

2) Las medidas seleccionadas responden a todas las características expuestas en el concepto base (*test de identificación*), esto es, a los cuatro criterios determinantes relacionados con su *origen, contenido y modalidad* específica, la *finalidad* que persiguen y los *efectos* que logran. Por tanto, independientemente de si han sido clasificadas por la misma Corte en el apartado de reparaciones o los subtítulos medidas de satisfacción o propiamente *garantías de no repetición*, se trata de modalidades de conducta ordenadas a un Estado en un juicio de responsabilidad, que tienden a remediar un problema aparentemente estructural con el fin de evitar repetición de violaciones en circunstancias similares, no sólo o no necesariamente frente a las víctimas del caso concreto, sino frente a una colectividad. Excepcionalmente el cuadro incluye unas pocas resoluciones que no encajan plenamente con todas estas características, sin embargo, la nota crítica o aclaratoria que se introduce explica la razón de su inclusión.

3) Las medidas objeto de estudio sólo son aquellas ordenadas en la parte resolutive de la sentencia. Se dejan a un lado consideraciones o

recomendaciones que pudiere hacer la Corte implícita o explícitamente en la parte motiva del fallo pero que no se encuentran soportadas en la decisión final. No obstante, se llamará la atención en algunos pocos casos en los que el tribunal en sus consideraciones hace énfasis sobre la conducta específica que debe adoptar el Estado, más sin embargo no lo traslada a la parte resolutive de la sentencia.

4) Cada una de las medidas ha sido analizada desde tres perspectivas básicas derivadas del mismo *test* de identificación: el *contenido* propio, la *modalidad* de ejecución a la que apunta y los *efectos* que persigue. En primer lugar se propone que el *contenido* de todas las medidas se especifica en alguna de estas cuatro conductas a cargo del Estado: a) derogar o eliminar normas o prácticas; b) crear o adoptar normas, prácticas, políticas o instituciones; c) modificar normas, prácticas o políticas; d) educar o capacitar a funcionarios públicos o a la población. En algunas decisiones, más bien excepcionales, la redacción de la resolución indica más de un contenido, por ejemplo, que se derogue una norma y se modifique el ordenamiento interno en un determinado sentido. El hecho de que sólo en aquellos casos en los que la literalidad de lo resuelto exige señalar dos contenidos y así se advierta, no implica que no haya otros casos en donde el Estado justamente por la orden recibida deba realizar dos conductas; por ejemplo, derogar una norma jurídica para poder crear una nueva. Así pues, la clasificación en relación con el contenido de la medida destaca la conducta que directamente le exige la CorteIDH al Estado, y si en alguna situación éste requiere acometer otras acciones para cumplir lo ordenado, estas conductas no se hacen expresas en el análisis porque sobrepasan el dictamen estricto del tribunal.

5) Por otra parte, se plantea que aunque el Estado es una unidad como sujeto responsable ante la comunidad internacional, el contenido de las medidas decretadas a su cargo suponen al interior de su jurisdicción la conducta de autoridades públicas específicas, es decir, una *modalidad* de conducta concreta para su implementación efectiva, la

cual dependiendo de los términos de la sentencia admite mayor o menor discrecionalidad en su ejecución. Este enfoque es altamente relevante en la investigación, puesto que precisa los límites usados por el propio tribunal en sus resoluciones. También es verdad que este análisis puede llegar a ser significativo de cara a un próximo estudio dirigido a revisar las dificultades y el grado de cumplimiento de las sentencias.

Siguiendo la lógica de este criterio de *modalidad*, se propone una clasificación general de las GNR, en relación con la función del poder público a la que se orienta su contenido, desde la mirada de las ramas tradicionales: ejecutiva, legislativa y judicial. Debe advertirse que esta ordenación es meramente aproximativa y no necesariamente responde a cómo en la realidad del país condenado se prevé el cumplimiento de la orden emitida. En consecuencia, algunas de estas disposiciones han sido señaladas con un asterisco (*) en el caso o en la medida directamente, indicando que por su contenido o complejidad es probable que apunte a una interacción de las tres funciones públicas clásicas, a menos que haya regulaciones particulares en el derecho interno del Estado condenado.

6) Finalmente, se ha hecho un análisis en relación con el alcance de los *efectos* que persigue cada medida; esto es, si el contenido de la decisión está dirigido solamente a causar un efecto en el ámbito de las víctimas, en el de una colectividad o en ambos.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V., "De las violaciones masivas a los patrones estructurales: Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *Derecho PUCD*, no. 63 (2009) 95-138.
- , "Los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos como Marco para la Formulación y el Control de las Políticas Sociales", *Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile*, no. 2 (2006) 13-51.
- ACOSTA LÓPEZ, J.I., and BRAVO RUBIO, D., "El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Énfasis en la experiencia colombiana.", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, no. 13 (2008) 323-62.
- ACOSTA LÓPEZ, J.I., and LONDOÑO LÁZARO, M.C., "El papel de la justicia nacional en la garantía de un recurso efectivo internacional", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, no. 16 (2010) 81-113.
- AGUILAR CAVALLO, G., "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Derechos sociales", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 13, no. Enero - Junio (2010) 57.
- ANTKOWIAK, T.M., "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond", *Colum. J. Transnat'l L.* 46 (2007) 351-419.
- APARISI, Á., and MEGÍAS QUIRÓS, J.J., "Fundamento y justificación de los derechos humanos", en J.J. MEGÍAS QUIRÓS (ed.), *Manual de Derechos Humanos*, The global law collection, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, 163-205.
- AYALA CORAO, C., "La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Estudios constitucionales, Universidad de Talca* Año 5, no. 1 (2007) 127-201.

- , "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias", en R. MÉNDEZ SILVA (ed.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003, 37-90.
- BASSIOUNI, C., "The right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms -Final Report", *U.N./Commission on Human Rights*, no. doc. E/CN.4/2000/62 (2000).
- BENAVIDES CASALS, M.A., "El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos", *Ius et Praxis (on line)* 15, no. 1 (2009) 295-310.
- BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del derecho*, (traducido por A. RUIZ MIGUEL), Derecho, Debate, Madrid, 1990.
- , *El problema del positivismo jurídico*, (traducido por E. GARZÓN VALDÉS), 6a. ed., Distribuciones Fontamara, México, 1991.
- BODANSKY, D., and CROOK, J., "Symposium: the ILC's State responsibility articles. Introduction and overview", *Am. J. Int'l. L.*, no. 96 (2002) 773-91.
- BRAUCH, J.A., "The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law", *Colum. J. Eur. L.*, no. 11 (2004) 113-54.
- BRUNNER, L., "The Rise of Peoples' Rights in the Americas: The Saramaka People Decision of the Inter-American Court of Human Rights", *Chinese Journal of International Law* 7, no. 3 (2008) 699-711.
- BURGORGUE-LARSEN, L., and UBEDA DE TORRES, A., *The Inter-American Court of Human Rights: case-law and commentary*, (traducido por R. GREENSTEIN), Oxford University Press, Oxford, 2010.
- BUYSE, A., "The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges", *Nomiko Vima (Greek Law Journal)* 57, no. 8 (2009) 1890-905.
- CANÇADO TRINDADE, A.A., *International law for humankind: towards a new jus gentium*, Martinus Nijhoff, Leiden - Boston, 2010.
- CANOSA USERA, R., "La interpretación evolutiva de los derechos fundamentales", en E. FERRER MAC-GREGOR y A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA (ed.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje A Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM- Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional- Marcial Pons, México, 2008, 57-98.

- CARBONELL, M., VÁZQUEZ, R., *et al.*, *La globalización y el orden jurídico. Reflexiones contextuales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- CARDONA LLORENS, J., "La función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en CORTEIDH (ed.), *Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, San José de Costa Rica, 2003, 313-45.
- CAROZZA, P., "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: A Reply EJIL: Debate", *Eur. J. Int'l L.* 19 (2008) 931-44.
- , "Subsidiarity as a structural principle of International Human Rights Law", *Am. J. Int'l L.* 97, no. 1 (2003) 38-79.
- CAVALLARO, J.L., and BREWER, S.E., "Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court", *American Journal of International Law* 102, no. 4 (2008) 768-827.
- , "Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court", *American Journal of International Law* 102, no. 4 (2008) 768-827.
- CERNA, C.M., "Universality of Human Rights and Cultural Diversity: Implementation of Human Rights in Different Socio-Cultural Contexts", *Hum. Rts. Q.* 16 (1994) 740-52.
- CIANCIARDO, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Navarra, 2000.
- , *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad.*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma Universidad Austral Buenos Aires, 2004.
- COLANDREA, V., "On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-Monetary Measures: Some Remarks in Light of the Assanidze, Broniowski and Sejdovic Cases United Nations and Regional Human Rights System: Recent Developments", *Hum. Rts. L. Rev.* 7 (2007) 396-411.
- CÓRDOBA TRIBIÑO, J., "Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Derecho Constitucional Colombiano", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, no. 2 (2007) 17.
- CRAWFORD, J., *The International Law Commission's articles on state responsibility: introduction, text and commentaries*, Cambridge University Press, Cambridge/ New York, 2002.

- CRAWFORD, J., PELLET, A., *et al.*, *The Law of International Responsibility*, Oxford Commentaries on International Law, Oxford University Press, New York, 2010.
- CRUZ, L.M., "El derecho de reparación a las víctimas en el derecho internacional. Un estudio comparativo entre el derecho de responsabilidad estatal y los principios básicos de reparación de víctimas de derechos humanos", *Revista de Derecho Político* 77 (2010) 185-209.
- CHRISTOFFERSEN, J., *Fair balance: proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009.
- , "Impact on General Principles of Treaty Interpretation", en M.T. KAMMINGA y M. SCHEININ (ed.), *The impact of human rights law on general international law*, Oxford University Press, Oxford; New York, 2009, 37-62.
- DE DOMINGO, T., "El problema de la drittwirkung de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho", *Derechos y Libertades* 7, no. 11 (2002) 251-89.
- DE FEYTER, K., PARMENTIER, S., *et al.*, *Out of the Ashes. Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*, Intersentia, Oxford, 2005.
- DE GREIFF, P., *The Handbook of Reparations*, Oxford University Press, New York, 2006.
- DE VARENNES, F., "Fallacies in the Universalism Versus Cultural Relativism Debate in Human Rights Law, The", *Asia-Pac. J. on Hum. Rts. & L.* 7 (2006) 67-84.
- DE VEGA GARCÍA, P., "Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)* 100 (1998).
- DEL TORO HUERTA, M., "La responsabilidad del Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en R. MÉNDEZ SILVA (ed.), *Derecho internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, 663-86.
- DIDIER, M.M., *El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*, Marcial Pons, Buenos Aires – Madrid – Barcelona, 2012.

- DOMINGO, R., *Qué es el Derecho global?*, The Global law Collection, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2008.
- DONOHU, D.L., "Democratic Legitimacy in Human Rights: The Future of International Decision-Making", *Wis. Int'l L.J.* 21 (2003) 1-64.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., "Naturaleza Jurídica de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en J. GARCÍA ROCA y P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (ed.), *Integración Europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, 171-97.
- FERRAJOLI, L., "Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción", *Reforma judicial. Revista mexicana de justicia* 15-16, no. Enero - Diciembre (2010) 3-18.
- FERRER LLORET, J., "El derecho de la responsabilidad internacional del Estado ante la celebración de una conferencia codificadora", *Revista Española de Derecho Internacional* 2, no. 56 (2004) 705-39.
- FERRER MACGREGOR, E., "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en M. CARBONELL y P. SALAZAR (ed.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011, 339-429.
- FINNIS, J., *Ley Natural y Derechos Naturales*, (traducido por C. ORREGO), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- GARCIA-SAYAN, D., "Inter-American Court and Constitutionalism in Latin America", *Tex. L. Rev.* 89 (2010) 27.
- GARCÍA RAMÍREZ, S., "El amplio horizonte de las reparaciones en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos", en P. HÄBERLE y D. GARCÍA BELAUNDE (ed.), *El control del Poder. Homenaje a Diego Valadés*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011, 87-122.
- , "Panorama de la jurisdicción interamericana de derechos humanos", en A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC GREGOR y M. MORALES ANTONIAZZI (ed.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010, 335-401.
- GARCÍA RAMÍREZ, S., and CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, M., *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la*

- competencia contenciosa de la Corte Interamericana* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009.
- GARCÍA RAMÍREZ, S., and LONDOÑO LÁZARO, M.C., *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 7 vols Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-Corte Interamericana de Derechos Humanos- Universidad de La Sabana, México, 2008-2010.
- GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Madrid, 2010.
- GARCÍA SAYÁN, D., "Inter-American Court and Constitutionalism in Latin America", *Tex. L. Rev.* 89 (2010) 1835-62.
- GARCÍA SAYÁN, D., "Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos", en (ed.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Un cuarto de siglo: 1979 - 2004*, Organización de Estados Americanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2005, 323-84.
- GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.
- GEORGE, R.P., *Entre el Derecho y la Moral*, (traducido por P.J. IZQUIERDO FRANCO), Colección Internacional. Vol. 14, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Javeriana y Editorial Ibañez, Bogotá, 2009.
- GERARDS, J., "Pluralism, deference ad the margin of appreciation doctrine", *European Law Journal* 17 (2011) 80-120.
- GOODWIN-GILL, G., "State Responsibility and the 'Good Faith' Obligation in International Law", en M. FITZMAURICE y D. SAROOSHI (ed.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Hart, Portland/ Oregon, 2004, 75-104.
- GORMLEY, W.P., "The Codification of Pacta Sunt Servanda by the International Law Commission: the Preservation of Classical Norms of Moral Force and Good Faith", *St. Louis U. L.J.* 14 (1969) 367-428.
- GREER, S., *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Human rights files, Council of Europe Press, Strasbourg, 2000.
- HENDERSON, H., "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine ", *Revista IIDH*, no. 39 (2004) 71-99.
- HERVADA XIBERTA, J., *Introducción crítica al derecho natural*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 2000.

- , *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, EUNSA, Pamplona, 2000.
- HIGGINS, R., "The International Court of Justice: selected issues of State Responsibility", en M. RAGAZZI (ed.), *International responsibility today: essays in memory of Oscar Schachter*, Martin Nijhoff, Leiden, 2005, 271-86.
- HOYOS, I.M., *De la dignidad y de los derechos humanos: una introducción al pensar analógico*, Temis/ Universidad de La Sabana, Bogotá, 2005.
- , *El concepto de persona y los derechos humanos*, Colección jurídica / Universidad de la Sabana, Universidad de la Sabana, Bogotá, 1991.
- HYLAND, R., "Pacta Sunt Servanda: A Meditation", *Va. J. Int'l L.* 34 (1993) 405-34.
- IGLESIAS VILA, M., "Justicia global y derechos humanos: hacia una ética de las prioridades", en (ed.), *La globalización y el orden jurídico. Reflexiones contextuales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, 227-66.
- IRURZUN MONTORO, F., *¿Una nueva reforma del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?*, Working Papers on European Law and Regional Integration. Vol. 10, Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR), Universidad Complutense de Madrid, 2012.
- KAMMINGA, M.T., and SCHEININ, M., *The impact of human rights law on general international law*, Oxford University Press, Oxford; New York, 2009.
- LAMBERT ABDELGAWAD, E., "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las sentencias piloto: una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo", *Revista de Derecho Político* 69 (2007) 355-83.
- , *The execution of judgments of the European Court of Human Rights*, Human Rights files, 2 ed., Council of Europe publishing, Strasbourg, 2008.
- LIXINSKI, L., "Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law Symposium: The Interpretation of Treaties - A Re-Examination", *Eur. J. Int'l L.* 21 (2010) 585-604.
- LONDOÑO LÁZARO, M.C., "El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos",

- Boletín Mexicano de Derecho Comparado* año XLIII no. 128 (2010) 761-814.
- , "La efectividad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (reseña de investigación)", *Dikaion* 19, no. 014 (2005) 5.
- , "Las cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos en perspectiva comparada", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, no. 005 (2005) 89-115.
- , "Lo social como dimensión inescindible de los derechos humanos", en R. ABELLO GALVIS (ed.), *Derecho Internacional Contemporáneo, liber amicorum en homenaje a Germán Cavallier*, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, 489-518.
- MALARINO, E., "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en G.E. LATINOAMERICANOS (ed.), *Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2010, 25-61.
- , "Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas", en K. AMBOS, E. MALARINO y G. ELSNER (ed.), *Justicia de transición: informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo, 2009, 415-31.
- MANILI, P.L., "La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Derecho Constitucional Iberoamericano", en R. MÉNDEZ SILVA (ed.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003, 371-410.
- MASSINI, C.I., *Filosofía del Derecho. El Derecho, los Derechos Humanos y el Derecho Natural*. Vol. Tomo I, Lexis Nexis. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.
- , "Iusnaturalismo e interpretación jurídica", *Dikaion* 19, no. 2 (2010) 399-425.
- MCCRUDDEN, C., "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", *Eur. J. Int'l L.* 19 (2008) 655-724.
- MORA RESTREPO, G., *Ciencia jurídica y arte del Derecho: Estudio sobre el oficio del jurista*, Universidad de La Sabana, Bogotá, 2005.
- , *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.

- NEUMAN, G.L., "Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights", *Eur. J. Int'l L.* 19, no. 1 (2008) 101-23.
- NUÑEZ POBLETE, M., "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en P.A. ACOSTA ALVARADO y M. NUÑEZ POBLETE (ed.), *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2012, 3-49.
- O'DONNELL, T.A., "The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Hum. Rts. Q.* 4, no. 4 (1982) 474-96.
- OLANO GARCÍA, H.A., "El bloque de constitucionalidad en Colombia", *Revista de Estudios Constitucionales*, no. 1 (2005) 231-42.
- ORDOÑEZ SOLÍS, D., *El cosmopolitismo judicial en una sociedad global: globalización, derecho y jueces*, The Global Law Collection, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- , *Jueces, Derecho y Política. Los poderes del juez en una sociedad democrática*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.
- ORTIZ AHLF, L., "Integración de las normas internacionales en los ordenamientos estatales de los países de Iberoamérica", en R. MÉNDEZ SILVA (ed.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003, 447-67.
- PELLET, A., "The definition of responsibility in international law", en J. CRAWFORD, A. PELLET y S. OLLESON (ed.), *The law of international responsibility*, Oxford Commentaries on International Law, Oxford University Press, New York, 2010, 3-16.
- PÉREZ GIRALDA, A., "El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de los Estados, al final del camino", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 4 (2002) 23.
- PEROTTI, A., *Habilitación constitucional para la integración comunitaria. Estudio sobre los Estados del Mercosur*, 2 volsFundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2004.
- PETERSMANN, E.-U., "Human Rights, international Economic Law and 'Constitutional Justice'", *The European Journal of International Law* 19, no. 4 (2008) 29.
- PETERSMANN, E.U., "Human Rights, international Economic Law and 'Constitutional Justice'", *Eur. J. Int'l L.* 19, no. 4 (2008) 769-98.

- PIEPER, J., *El descubrimiento de la realidad*, Ediciones Rialp, Madrid, 1974.
- PINTO, M., "El principio *pro homine*: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en M. ABREGÚ y C. COURTIS (ed.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS; Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, 163-72.
- "Principios y directrices básicos de las Naciones Unidas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", *Asamblea General de las Naciones Unidas*, no. A/RES/60/147 (2005).
- QUINCHE RAMÍREZ, M.F., *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.
- RAMELLI, A., "Sistema de fuentes del Derecho Internacional Público y bloque de constitucionalidad en Colombia", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, no. 11 (2004) 157-75.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C., and RODRÍGUEZ FRANCO, D., *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Colección Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia, DeJusticia, Bogotá, 2010.
- SANTIAGO, A., *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- SCHONSTEINER, J., "Dissuasive Measures and the Society as a Whole: A Working Theory of Reparations in the Inter-American Court of Human Rights", *Am. U. Int'l L. Rev.*, no. 127 (2007-2008) 127-64.
- SHAW, M., "The International Court, responsibility and remedies", en M. FITZMAURICE y D. SAROOSHI (ed.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Clifford Chance lectures, Hart, Portland, Oregon, 2004, 19-33.
- SHELTON, D., *Remedies in International Human Rights Law*, 2nd. ed., Oxford University Press, New York, 2005.
- , "Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility Symposium: The ILC's State Responsibility Articles", *Am. J. Int'l L.*, no. 96 (2002) 833-56.
- SILVA ABBOTT, M., *La evolución de la ciencia jurídica en Norberto Bobbio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.
- SPIELMANN, D., *Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*, Working paper series

- Center for European Legal Studies (CELS), University of Cambridge, 2012.
- STERN, B., "The elements of an international wrongful act", en J. CRAWFORD, A. PELLET y S. OLLESON (ed.), *The law of international responsibility*, Oxford Commentaries on International Law, Oxford University Press, New York, 2010, 27.
- SUÁREZ RODRÍGUEZ, J.J., "Hacia una nueva forma de comprensión de lo jurídico", *Dikaion* 21, no. 16 (2007) 105-21.
- , "La *determinatio* en el proceso de adjudicación: un visión prudencial del razonamiento jurídico", *Dikaion* 19, no. 2 (2010) 373-98.
- SULLIVAN, S.M., "Changing the Premise of International Legal Remedies: The Unfounded Adoption of Assurances and Guarantees of Non-Repetition", *UCLA J. Int'l L. & Foreign Aff.* 7 (2002) 265-90.
- TAMS, C.J., "Recognizing Guarantees and Assurances of Non-Repetition: LaGrand and the Law of State Responsibility Symposium: Reflections on the ICJ's LaGrand Decision", *Yale J. Int'l L.* 27 (2002) 441-44.
- TORO HUERTA, M.I.D., "La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 112 (2005).
- VAN BOVEN, T., "Study Concerning the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms -Final Report", *U.N./Commission on Human Rights*, no. doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8 (1993).
- VIGO, R., *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.
- VON BOGDANDY, A., FERRER MAC GREGOR, E., et al., *La justicia constitucional y su internacionalización ¿hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* Vol. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010.
- WEHBERG, H., "Pacta Sunt Servanda", *Am. J. Int'l L.* 53 (1959) 775-86.
- YOUROW, H.C., *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European human rights jurisprudence*, Kluwer Law International, The Hague, Boston, 1996.
- ZAMBRANO, P., *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009.

