



**HAL**  
open science

# EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: ENTRE CLASICISMO Y CREATIVIDAD

Laurence Burgorgue-Larsen

► **To cite this version:**

Laurence Burgorgue-Larsen. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: ENTRE CLASICISMO Y CREATIVIDAD. ¿Integración Suramericana a través del Derecho? Un análisis Interdisciplinario y Multifocal, CEPC, pp.241-260, 2009, 978-8425914607. hal-01744311

**HAL Id: hal-01744311**

**<https://hal.science/hal-01744311v1>**

Submitted on 28 Mar 2018

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN  
DE LOS DERECHOS HUMANOS: ENTRE CLASICISMO  
Y CREATIVIDAD

Laurence BURGORGUE-LARSEN

**Sumario:** I. Introducción. II. El oficio excepcional del juez interamericano. III. La profunda metamorfosis de los ordenamientos nacionales.

I. INTRODUCCIÓN

*Clásico*, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos lo es. Las manifestaciones de esta ortodoxia jurídica son múltiples: el sistema ha sido creado merced a la negociación y a la entrada en vigor de un tratado de derecho internacional; instituye una jurisdicción regional de protección, siguiendo, en eso, la experiencia europea; protege un conjunto importante de derechos humanos —esencialmente los derechos civiles y políticos— lo que, hoy en día, parece sumamente normal. En efecto, el discurso —que podríamos llamar “humanista”— ha invadido todas las esferas del derecho, más aún, de las sociedades. De este clasicismo, ha surgido no obstante una profunda y extraordinaria *originalidad*. Es la consecuencia tanto del propio texto de la Convención americana que, en algunos puntos, pone de relieve su singularidad, como y sobre todo de la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana. Aquí aparece la figura del juez, pero un juez particular, ya que su competencia no puede ignorar el contexto tanto político como social del continente latinoamericano, marcado todavía por grandes disparidades económicas y sociales y una violencia destructora. Siguiendo la linda metáfora de un autor colombiano, existen tres tipos de jueces: los *artesanos*, autómatas que utilizan exclusivamente sus manos y que producen por ende sentencias en serie y en cantidad industrial sin considerar lo humano y lo social; los *actores* que sí usan sus manos y sus cerebros, empleando los

métodos tradicionales de interpretación que les conducen de manera inevitable a transcribir exclusivamente la voluntad del legislador y, por fin, los *artistas* los cuales, con la ayuda tanto de las manos, de la cabeza como del corazón, abren horizontes novedosos a los ciudadanos sin ignorar la realidad y las situaciones concretas.<sup>1</sup> Podemos afirmar que el juez interamericano decidió, de una vez por todas, actuar como un artista: navegando entre los textos convencionales y sus reglas, la delimitación expresa de su competencia pero poniendo la “imaginación al trabajo”,<sup>2</sup> creando una nueva manera de proteger los derechos del hombre en un continente fascinante pero siempre duro, violento y desigual. El viaje dentro del Sistema Interamericano nos permitirá constatar la importancia del juez merced al cual una verdadera «cultura común» está creándose en este continente que, a pesar de estar siempre sujeto a sus viejos demonios (como el populismo), queda espléndido y lleno de esperanzas. Hablar de «cultura común» en materia de derechos fundamentales induce la idea de reconocimiento de cierto número de principios y valores comunes entre los Estados del hemisferio Sur. Ahora bien ¿cabe recordar que el continente latinoamericano fue el primero en declarar la existencia de tal *corpus juris* con vistas a orientar y guiar la acción de los Estados en su relación con los hombres y con el mundo? La Declaración americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue así adoptada en abril de 1948, anticipándose unos meses a la Declaración Universal de los Derechos Humanos que la Asamblea General de las Naciones Unidas se hizo un deber de proclamar el 9 de diciembre de 1948, apenas unos años después de la espantosa Segunda Guerra Mundial.<sup>3</sup> Esta profesión de fe latinoamericana no era sino una de las numerosas manifestaciones del «panamericanismo» que, en aquella época, suscitó a la vez numerosas esperanzas políticas y múltiples análisis doctrinales.<sup>4</sup> Pero declarar y proclamar de-

<sup>1</sup> Nanclares Arango, A., *Los jueces de mármol*, Medellín, 2001, p. 14.

<sup>2</sup> Esta idea de la “imaginación al trabajo” (y no “imaginación al poder”, como el eslogan estudiantil de los acontecimientos de Mayo de 1968) surgió después de una conversación inolvidable el 10 de mayo de 2008 con la gran jurista Mireille Delmas-Marty.

<sup>3</sup> Para una extensa y precisa presentación histórica (entre otras cosas) de la gestación del sistema interamericano, véase el prólogo redactado por el juez y antiguo presidente la Corte Interamericana, en: Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A., *Les Grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, 2008.

<sup>4</sup> *Ad ex.* Álvarez, A., *Le panaméricanisme et la VIème Conférence panaméricaine tenue à la Havane en 1928*, Paris, 1928, p. 184; Dupuy, R.-J., *Le nouveau panaméricanisme*

rechos no es suficiente. La política pionera del subcontinente en la emergencia simbólica de los derechos fundamentales no impidió, ni mucho menos, la llegada al poder de dictaduras militares feroces que, además, se esmeraron en organizar el terror transfronterizo<sup>5</sup>. En este contexto, la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969<sup>6</sup> —otra manifestación de la contribución latinoamericana al Derecho Internacional— tarda en entrar en vigor. El continente estaba bajo el dominio de regímenes autoritarios y fue necesario esperar hasta el 18 de julio de 1978 para que este tratado de garantía de los derechos tuviera vigencia. ¿Acaso los Estados del continente latinoamericano sospechaban que estaba en marcha un movimiento que iba a otorgar a la proclamación de los derechos fundamentales de la persona humana un valor no sólo simbólico? La instalación de la Corte Interamericana gracias a los mecanismos del Pacto de San José (otro nombre de la Convención Americana) fue el inicio de un proceso de profunda re-

*nisme. L'évolution du système interaméricain vers le fédéralisme*, Paris, 1956, p. 256; Yepes, J. M., *Le panaméricanisme au point de vue historique, juridique et politique*, Paris, 1936, p. 188.

<sup>5</sup> Operación Condor. Esa fue, en resumidas cuentas, la tragedia totalitaria de los países del Cono Sur durante los años 70. Proceso interestatal de violación masiva de los derechos humanos. Esta funesta operación fue realizada secretamente para luchar contra las personas y/o grupos de personas presentados como “subversivos” según la ideología de la doctrina de la “seguridad nacional” ideada con el fin de contrarrestar las acciones políticas que podían, por poco que fuera, tener alguna relación con el comunismo. Así pues varios regímenes dictatoriales se coordinaron para hacer que reinara un terror absoluto haciendo desaparecer a todo tipo de oponentes. Así, Jorge Videla en Argentina (1976-1983), Hugo Banzer en Bolivia (1971-1978), Humberto Castello Branco (1964-1967), Arthur da Costa e Silva (1964-1967) y la junta militar de Brasil, Augusto Pinochet en Chile (1973-1980), Alfredo Stroessner en Paraguay y Juan María Bordaberry en Uruguay (1973-1976), estuvieron al centro de una empresa en la que el “terrorismo de Estado” estuvo en su paroxismo. No faltan los trabajos de investigación sobre este periodo. Son históricos (Dinges, J., *Les Années Condor. Comment Pinochet et ses alliés ont propagé le terrorisme sur trois continents*, Paris, 2005), literarios (Melo, A. y Raffin, M., *Obsesiones y fantasmas de la Argentina. El antisemitismo, Evita, los desaparecidos y Malvinas en la ficción literaria*, Buenos Aires, 2005, p. 221.) y por supuesto jurídicos. Éstos han recalcado el papel clave desempeñado tanto por las Comisiones de la verdad como por los jueces nacionales en la represión de los crímenes (*ad ex.* Pinto, M., *L'Amérique latine et le traitement des violations massives des droits de l'homme*, colección Institut des Hautes Etudes Internationales, Cours et Travaux No. 7, Paris, 2007, p. 96).

<sup>6</sup> A partir de ahora Convención Americana o Convención ADH.

novación del paisaje jurídico latinoamericano. Los tiempos de la *protección* concreta y efectiva de los derechos sucedían a los de la simple *proclamación*.<sup>7</sup> La Corte de San José empezó a funcionar al principio de los años 80. Sus primeros pasos fueron difíciles. Acceder a su jurisdicción dependía de la buena voluntad de la Comisión Interamericana que recogía y sigue recogiendo las peticiones.<sup>8</sup> Ésta, al ser de creación anterior a la Corte de San José, deseaba preservar a cualquier precio sus prerrogativas frente al nuevo órgano jurisdiccional.<sup>9</sup> Así, éste acabó manifestando su autoridad fue primero en el marco de su competencia consultiva contemplada en el artículo 64 de la Convención Americana.<sup>10</sup> En efecto, fue con la opinión del 22 de septiembre de 1982<sup>11</sup> como la Corte Interamericana se dio a conocer a escala internacional y accedió al club muy cerrado de las Cortes Regionales *efectivas*<sup>12</sup> de garantía de los derechos. Antes de que estuviera en condiciones de aplicar su competencia contenciosa —i.e. antes de que emitiera su primera resolución, en el caso histórico Velázquez Rodríguez—<sup>13</sup> la Corte de San José había respondido ya ocho solicitudes de opinión. Aunque el sistema interamericano de derechos humanos sigue afectado aún por una protección heterogénea —en la medida en que algunos Estados se han empeñado en no firmar y/o ratificar la Convención Americana—<sup>14</sup> el corpus jurisdiccional no deja de ser hoy

<sup>7</sup> Úbeda de Torres, A., *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano*, Madrid, 2007, p. 349.

<sup>8</sup> Pinto, M., *La denuncia ante la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1993, p. 251.

<sup>9</sup> Allain, J., *A Century of International Adjudication. The Rule of Law and its Limits*, La Haye, 2000, esp. pp. 93 y ss.

<sup>10</sup> Ventura, M. E. y Zovatto, D., *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y principios. 1982-1987*, Madrid, 1989, p. 463; Rábago Dorbecker, M., “El avance de los derechos humanos en las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Becerra Ramírez, M. (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, 2007, pp. 223-271.

<sup>11</sup> Corte IDH, 22.9.1982, Otros tratados objeto de la función consultativa de la Corte, Serie A, No. 1/82.

<sup>12</sup> Burgorgue-Larsen, L., “Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit international”, *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, 2003, pp. 203-264.

<sup>13</sup> Corte IDH, 26.6.1987. Excepciones preliminares, *Velásquez Rodríguez, vs. Honduras*, Serie C, No. 1/87.

<sup>14</sup> De los 35 Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, diez no han firmado la Convención Americana: Antigua y Barbuda, Bahamas, Belize, Canadá,

particularmente abundante y original. A todas luces, esta Corte ha sido capaz de activar las «fuerzas imaginativas del derecho» para retomar la bonita expresión de Mireille Delmas-Marty<sup>15</sup>.

Hoy,<sup>16</sup> su actividad jurisdiccional está creciendo exponencialmente. En el marco de su competencia contenciosa, se ha pronunciado en cien casos, emitiendo ciento ochenta resoluciones,<sup>17</sup> mientras emitía diecinueve opiniones en el marco de su competencia consultiva.<sup>18</sup> Si una cultura común en materia de derechos fundamentales<sup>19</sup> se difunde y se plasma hoy de forma concreta y original entre los órdenes jurídicos nacionales de las Américas hasta fomentar en su seno una profunda metamorfosis (II), esto se debe al *oficio* excepcional de juez de la Corte Interamericana (I).

## II. EL OFICIO EXCEPCIONAL DE JUEZ INTERAMERICANO

Si los principios y valores enunciados en el Pacto de San José —los cuales revelan un indudable arraigo en la universalidad de los derechos

Cuba, Estados Unidos, Guyana, St Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas.

<sup>15</sup> Prólogo de su libro Delmas-Marty, M., *Le Relatif et l'Universel*, París, 2004, p. 7.

<sup>16</sup> A la fecha del 30 de junio de 2008.

<sup>17</sup> Durante un tiempo, un mismo caso daba lugar a varias resoluciones: sobre excepciones preliminares, sobre el fondo, sobre reparaciones y sobre interpretación y/o revisión.

<sup>18</sup> Conviene remitirse a la página web de la Corte IDH donde el lector encontrará en línea el conjunto de la protección judicial de la Corte Interamericana: <http://www.corteidh.or.cr>.

<sup>19</sup> De manera deliberada, he decidido presentar mi análisis poniendo de relieve el aspecto procedimental del sistema interamericano. Para una presentación material, es decir para el análisis de la jurisprudencia relativa a los derechos consagrados en la Convención Americana, véase *ad ex.*, Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A., *Les Grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, 2008, más específicamente la la parte consagrada a la garantía material de los derechos. Becerrea Ramírez, M. (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, 2007, p. 343; García Ramírez, S., *Los derechos humanos y la jurisprudencia interamericana*, México, 2002, p. 203; Revenga Sanchez, M. y Viviana Garcés, A. (eds.), *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal europeo de Derechos Humanos. Derecho a la vida, Libertad personal, Libertad de expresión, Participación política*, Valencia, 2007, p. 346.

humanos— tienen hoy un eco concreto en los Estados del subcontinente, mucho tiene que ver en ello el oficio de Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Su competencia *ratione materiae* es particularmente extensa (1), lo que le permite examinar las alegaciones de violación de instrumentos interamericanos más allá de la única Convención Americana. Esta extensión de la competencia material de la Corte de San José es por supuesto cardinal como vector de la difusión de una cultura común en el subcontinente. Este elemento tendría un impacto mucho menor sin duda si, en el marco de sus funciones judiciales, la Corte Interamericana disponía sólo de poderes recortados. Pero no es así. Sus poderes —en particular en lo tocante a los Estados Partes— son verdaderamente excepcionales (2).

### 1. *Una competencia material extensa*

Antes de examinar la extensión de la competencia material de la Corte, cabe señalar dos límites que aparecen como obstáculos a la efectividad integral de su autoridad judicial en la región. Primero, su competencia es facultativa; en segundo lugar, es indirecta. Tratándose del primer elemento, el sistema interamericano de los derechos humanos se parece hoy a lo que era el sistema europeo antes de la entrada en vigor del protocolo No. 11, del que se sabe que borró las dos cláusulas facultativas de los artículos 25 y 46, emblemas de una época en que los Estados no estaban dispuestos a renunciar a las manifestaciones más tradicionales de su soberanía. América todavía se encuentra en ese momento político en que los Estados quieren guardar las riendas de su destino. Esto explica que para ser sometidos a la jurisdicción de la Corte deben aceptar previamente la competencia de la Corte en base al artículo 62§1 de la Convención Americana.<sup>20</sup> Así, al lado de los diez Estados que no han firmado siquiera la Convención, se encuentran Estados que, habiéndola ratificado, aún no se han decidido a presentar una declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana. Entre estos países encontramos Dominica (ratificación del 3 de junio de 1993) y Granada (ratifi-

<sup>20</sup> Artículo 62, § 1 de la Convención Americana: “Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.”

cación del 18 de julio de 1978). Es de notar que la aceptación de la jurisdicción de la Corte es reversible y puede ser denunciada perfectamente por un Estado que, a pesar del riesgo de ruptura diplomática importante, quisiera desautorizar a la Corte. Hasta hoy, sólo Trinidad y Tobago se ha lanzado en una política jurídica exterior de este tipo.<sup>21</sup> El segundo límite, de menor importancia sin lugar a dudas teniendo en cuenta las recientes modificaciones reglamentarias, estriba en el hecho que el *individuo* —en el sentido genérico de sujeto de derecho internacional— no accede directamente a la jurisdicción de la Corte Interamericana. Si desea denunciar violaciones, debe dirigirse a la Comisión Interamericana cuya sede está ubicada en Washington. Por lo tanto, no tiene el dominio de la presentación de la demanda. Sin embargo, si durante mucho tiempo éste fue aleatorio, guiado por ningún criterio claro y preciso —lo cual constituía un verdadero handicap para la afirmación de una autoridad incontestada del sistema interamericano en una época en que la Comisión estaba altamente politizada— ya no es así hoy en día. Gracias al dominio de la adopción de su reglamento interior (artículo 60 de la Convención)<sup>22</sup> así como de su modificación a la mayoría absoluta de sus miembros (artículo 66 de su Reglamento Interior),<sup>23</sup> la Corte Interamericana ha sido capaz de mejorar el traslado de la demanda por la Comisión estableciendo criterios precisos<sup>24</sup>. La reforma reglamentaria ha operado

<sup>21</sup> Ratificaba la Convención el 28 de mayo de 1991, aceptaba la competencia de la Corte el mismo día y la denunciaba el 26 de mayo de 1998.

<sup>22</sup> Artículo 60 de la Convención Americana : “La Corte preparará su Estatuto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su Reglamento.”

<sup>23</sup> Artículo 66 del Reglamento Interior: Reformas al Reglamento: “El presente Reglamento podrá ser reformado por decisión de la mayoría absoluta de los Jueces Titulares de la Corte y deroga, a partir de su entrada en vigor, las normas reglamentarias anteriores.”

<sup>24</sup> El reglamento de la Comisión IDH modificado y entrado en vigencia el 1 de mayo de 2001 ha introducido una modificación esperada desde hacía mucho. El artículo 44, §1 establece por vez primera un criterio de demanda. Así, todos los casos que implican a los Estados que han aceptado la jurisdicción de la Corte —conforme al artículo 62, §1— y que no son conformes a las recomendaciones del informe del artículo 50, deben ser sometidos a la Corte IDH, a menos que una mayoría absoluta de la Comisión —o sea cuatro de sus miembros— se opongan a la demanda en una decisión motivada. El §2 del artículo 44 establece una serie de elementos destinados a guiar a los miembros de la Comisión IDH en su decisión (por mayoría absoluta) de acudir a la Corte. Está especificado que la Comisión IDH debe tomar en consideración “la obtención de justicia” que se fundamenta en varios elementos: a) la opinión del peticionario; b) la naturaleza y la gravedad de la violación; c) la necesidad de desarrollar o de clarificar la jurisprudencia del



un cambio radical. De una presentación aleatoria, por ser discrecional, el sistema interamericano optó, casi veinte años después de emitir la Corte IDH su primera resolución, por una demanda rigurosa, estrictamente enmarcada. La consecuencia inmediata fue el aumento sensible de los casos sometidos a la Corte IDH.<sup>25</sup>

Tras este preámbulo, cabe ahora presentar uno de los puntos fuertes del sistema interamericano: estriba en la competencia de la Corte para conocer, además de las violaciones de la Convención Americana, las de otros instrumentos adoptados en el marco del sistema interamericano. Sin embargo, para que así sea, son necesarias dos condiciones. Primero, dicha Convención debe prever la jurisdicción de la Corte; asimismo, tiene que haber sido ratificada por el Estado demandado. Una vez cumplidas estas dos condiciones, el juez de San José no tiene motivo alguno para aplicar al caso especial la convención internacional invocada por la Comisión IDH y/o los representantes de la víctima y/o la víctima como tal. Tanto el Protocolo de Salvador del 17 de noviembre de 1988 sobre los derechos económicos y sociales,<sup>26</sup> como la Convención Interamericana sobre desapariciones forzadas de personas del 9 de junio de 1994 son dos convenios del «sistema» de la OEA que disponen de una cláusula *ad hoc* que prevé expresamente y sin ambigüedad posible la competencia de la Corte —se trata de los artículos 19§6<sup>27</sup> y XIII<sup>28</sup> respectivamente. Así,

sistema; d) el eventual efecto de la decisión sobre los órdenes jurídicos internos de los Estados miembros; e) la calidad de la prueba a disposición.

<sup>25</sup> Ya vemos perfilarse en el horizonte los problemas prácticos, de orden material, que la Corte deberá afrontar. Porque si la demanda está ahora enmarcada, esto genera una actividad exponencial de la Corte IDH, la cual padece graves dificultades financieras, poco ayudada por los Estados miembros de la OEA que se hacen rogar para aumentar su presupuesto, a pesar de las llamadas incesantes de la Asamblea General de la OEA y los presidentes sucesivos de la jurisdicción de San José. Aunque, la primera reforma del cuarto reglamento de la Corte (entrado en vigor el 1. de enero de 2004) tuvo por objetivo acelerar los trámites y disminuir los costes de funcionamiento, sus efectos no podrán durar si no se encuentra una solución más global y más radical a la cuestión financiera. (Ventura Robles, M. E., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: la necesidad inmediata de convertirse en un tribunal permanente (Efectos de la aplicación del cuarto reglamento de la Corte IDH de junio 2001 a junio 2004, en relación con el artículo 44, §1 del reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos)”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, 2005, p. 292).

<sup>26</sup> Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador”, Serie A-52.

la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas —de la que fácilmente se entiende que participa a erradicar una cultura de la violencia y de la impunidad que todavía hoy causa estragos en América Latina— fue de hecho inmediatamente oponible a los Estados que la habían ratificado.<sup>27</sup> Así, Guatemala,<sup>28</sup> Perú<sup>29</sup> y Venezuela<sup>30</sup> vieron sus actos evaluados con los criterios de esta Convención.

No obstante, prever la jurisdicción de la Corte de San José puede a veces ser semejante a una previsión *implícita*, o por lo menos una previsión presentada como tal por la Corte IDH. Está aquí concernido el artículo 8 *in fine*<sup>31</sup> de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura del 9 de diciembre de 1985 adoptada en Cartagena de Indias.<sup>32</sup> La Corte no tuvo en cuenta los eventuales obstáculos que hubieran podido recortar su competencia y lo afirmó sin rodeos en el famoso caso de los *Niños de la Calle*.<sup>33</sup> Gracias a esta interpretación teleológica del artículo 8 *in fine*, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura es una de las convenciones del sistema interamericano que más a

<sup>27</sup> El 4 de octubre de 2007, la Convención del 9 de julio de 1994, vigente desde el 28 de marzo de 1996, fue ratificada por Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México (que la combinó con una reserva de tipo temporal), Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, o sea trece Estados de los dieciséis países firmantes. Brasil, Chile y Nicaragua no la han ratificado.

<sup>28</sup> Corte IDH, Molina Theissen vs. Guatemala, sentencia del 4.4.2004, Fondo y reparaciones, Serie C, No. 106.

<sup>29</sup> Corte IDH, Gómez Palomino vs. Perú, sentencia del 22.11.2005, Fondo y reparaciones, Serie C, No. 136.

<sup>30</sup> Corte IDH, Blanco Romero vs. Venezuela, sentencia del 28.11.2005, Fondo y reparaciones, Serie C, No. 138.

<sup>31</sup> Artículo 8o. de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, *in fine*, cuando dispone: Una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado.

<sup>32</sup> El 4 de octubre de 2007, la Convención del 9 de diciembre de 1985, vigente desde el 28 de febrero de 1987, fue ratificada por diecisiete de los veinte países firmantes. Se trata de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela. Haití, Honduras y Nicaragua no la han ratificado.

<sup>33</sup> Corte IDH, *Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la Calle") vs. Guatemala*, sentencia del 19.11.1999, Fondo, Serie C, No. 63, § 247-248.

menudo utiliza el juez, que los hechos sean probados o simplemente presumibles, como ocurre en materia de desapariciones forzadas.<sup>34</sup>

Cabe mencionar, para ser completamente exhaustivo, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer firmada el 9 de junio de 1994 en Belém do Pará. Se trata del instrumento regional que mayor éxito ha tenido entre los Estados miembros de la OEA puesto que de los treinta y cinco miembros, treinta y dos la han ratificado.<sup>35</sup> Si esta convención prevé explícitamente la competencia consultiva de la Corte de San José (artículo 11),<sup>36</sup> no es tan clara, sin embargo, por cuanto respecta a su competencia contenciosa (artículo 12).<sup>37</sup> A pesar de las dudas expuestas por algunos en la doctrina, la Corte la ha aplicado directamente en un caso en el que Brasil, demandado en el caso, habiéndola ratificado había sido invocada por el representante común de las víctimas.<sup>38</sup> Así pues los derechos de la mujer surgen con fuerza en el universo judicial interamericano.

<sup>34</sup> Burgorgue-Larsen, L., “La prohibition de la torture et ses équivalents dans le système interaméricain des droits de l’homme”, en Chassin, C.-A. (ed.), *La portée de l’article 3 de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, 2006, pp. 23-46.

<sup>35</sup> El 20 de febrero de 2007, la Convención del 9 de junio de 1994, entrada en vigor el 5 de marzo de 1995, fue ratificada por treinta y dos de los treinta y cinco Estados miembros de la OEA: Antigua, Argentina, Bahamas, Belize, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, St Kitts y Nevis, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay, Venezuela. No la han ratificado Canadá, Cuba y EE.UU.

<sup>36</sup> Artículo 11 de la Convención de Belém do Pará: “Los Estados Partes en esta Convención y la Comisión Interamericana de Mujeres, podrán requerir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos opinión consultiva sobre la interpretación de esta Convención.”

<sup>37</sup> Artículo 12 de la Convención de Belém do Pará: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del artículo 7 de la presente Convención por un Estado Parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.”

<sup>38</sup> Corte IDH, Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, sentencia del 25.11.2006, Fondo y reparaciones, Serie C, No. 160.

Participar en la difusión de los principios y valores convencionales —tal como están recogidos en el Pacto de San José de 1969 así como en las cuatro susodichas convenciones interamericanas— sería casi imposible si el Juez de la Corte Interamericana no dispusiera, en el marco de su oficio, de poderes excepcionales para que la fuerza del derecho prevalezca sobre las múltiples manifestaciones de la «razón de Estado».

## 2. *Poderes judiciales excepcionales*

Los poderes judiciales de la Corte pueden ser presentados esquemáticamente sobre la base de una *summa divisio* de la que se espera que sea operativa. La Corte Interamericana dispone a la vez de importantes poderes con respecto a los Estados Partes (A), y con respecto a sus propias resoluciones (B).

### A. *Los poderes con respecto a los Estados*

Tratándose del primer elemento, se puede notar que previamente a su intervención, tiene el poder de ordenar medidas provisionales —se trata de la faceta preventiva de su autoridad—,<sup>39</sup> mientras que posteriormente dispone de la facultad de determinar de forma muy amplia la importancia de las reparaciones que los Estados deberán otorgar a las víctimas y/o a sus familiares a raíz de la constatación de violación.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Artículo 63, §2 de la Convención Americana: “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. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.” Véase también el artículo 25 de su reglamento interior.

<sup>40</sup> Nash Rojas, C., *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Chile, 2004, p. 303. Véase también los numerosos análisis del antiguo Presidente de la Corte Interamericana: García Ramírez, S., “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, 2005, pp. 1-85; *id.*, “Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *La jurisdicción internacional. Derechos humanos y la justicia penal*, México, 2003, pp. 285-347; *id.*, “Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, 2a. ed., San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, vol.

La facultad de prevenir eventuales violaciones o por lo menos de alertar a los Estados de la obligación de no dejar persistir situaciones preocupantes le otorga una vez más a la Corte un papel que supera con mucho la única esfera jurídica para arbitrar entre los Estados cuestiones altamente sensibles desde un punto de vista político. Tratándose de reparaciones, aunque la jurisprudencia de Corte Interamericana está arraigada, por supuesto, en el derecho internacional general —que desde hace mucho tiempo ha establecido que cualquier violación de una obligación convencional acarrea la responsabilidad internacional del Estado— ha sido capaz, sin embargo, de destacar principios propios y adaptados a los tipos de violación cometidos en el continente. Y darle un relieve muy particular a uno de sus dictámenes clásicos según el cual “las reparaciones deben guardar relación con las violaciones declaradas.”<sup>41</sup> Si las reparaciones otorgadas por los Estados a menudo tienen como objetivo rectificar daños clásicos, tal como daños materiales (los cuales incluyen el *damnum emergens* y el *lucrum cessans*) e inmateriales, la Corte ha añadido un daño más original, totalmente inexistente en el sistema europeo. Se trata del daño al “proyecto de vida”. Fue en 1998 cuando el concepto irrumpió en el escenario judicial interamericano gracias a la argumentación desarrollada por la propia víctima —inspirándose en trabajos académicos—,<sup>42</sup> María Elena Loayza Tamayo, quien invocó este daño de un tipo particular cuando, siendo catedrática, fue arrestada, secuestrada y torturada a raíz de una delación por supuesta pertenencia al grupo comunista terrorista Sendero Luminoso. En su resolución de reparación, la Corte se esforzó en distinguir este nuevo daño de los daños «clásicos» como el *damnum emergens* y el *lucrum cessans*, procedentes del universo civilista e inadaptados en este caso<sup>43</sup>. Ésta continúa, afirmando que

1, 2003, pp. 129-158; *id.*, “Reparaciones”, *Los derechos humanos y la jurisprudencia interamericana*, México, 2002, pp. 145-153.

<sup>41</sup> Corte IDH, *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, sentencia del 22.11.2004, Fondo y reparaciones, Serie C, No. 117, § 89; Corte IDH, *Paniagua Morales («Panel Blanca»)*, sentencia del 25.5.2001, Reparaciones, Serie C, No. 76, § 81.

<sup>42</sup> Fernández Sessarego, C., “Apuntes para una distinción entre el daño al proyecto de vida y el daño psíquico”, *Themis Revista de Derecho*, No. 32, Lima, 1995.

<sup>43</sup> Corte IDH, *Loayza Tamayo vs. Perú*, sentencia del 27.11.1998, Reparaciones, Serie C, No. 42, § 147: “Por lo que respecta a la reclamación de daño al “proyecto de vida”, conviene manifestar que este concepto ha sido materia de análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia recientes. Se trata de una noción distinta del “daño emergente” y el

Por lo que respecta a la reclamación de daño al “proyecto de vida”, conviene manifestar que este concepto ha sido materia de análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia recientes. Se trata de una noción distinta del “daño emergente” y el “lucro cesante”. Ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el “daño emergente”. Por lo que hace al “lucro cesante”, corresponde señalar que mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.<sup>44</sup>

El lector entenderá la importancia de la concepción espiritual de la persona cuyas fracturas de la vida no pueden repararse con, como único punto de referencia, el aspecto material, hasta materialista. Los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli recalcaron con énfasis este punto de vista del que el preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se hace eco: “el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría”.<sup>45</sup>

Si los daños que la Corte toma en cuenta son profundamente progresistas y novadores (sobre todo cuando se tiene como referente el sistema convencional europeo), las reparaciones en sí lo son también. Aunque también en ello se ha inspirado de los principios clásicos del derecho internacional para determinar las modalidades de indemnización, ha innovado imponiendo a los Estados “medidas de satisfacción”. Hacer que la víctima y/o sus familiares puedan *reconstruirse* y retomar mal que bien

“lucro cesante”. Ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el “daño emergente”. Por lo que hace al “lucro cesante”, corresponde señalar que mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permite fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”.

<sup>44</sup> Corte IDH, *Loayza Tamayo vs. Perú*, sentencia del 27.11.1998, Reparaciones, Serie C, No. 42, §§ 147-148.

<sup>45</sup> Opinión separada conjunta de los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli bajo el caso No. 42, § 10.

el curso de sus vidas destrozadas, éste es el objetivo del Juez de la Corte Interamericana al imponer a los Estados que reparen los daños causados. El término “reconstrucción” está tomado adrede del lenguaje psicoanalítico porque es tanto el ser humano y su reconstrucción personal como la de la sociedad en su conjunto —para que pueda arraigarse de forma duradera en la democracia— lo que la Corte toma en consideración.

Tener en cuenta el sufrimiento de las víctimas y reparar lo mejor posible su dolor pasa antes que nada por una “exigencia de justicia interna” imponiendo a los Estados en la fase de la reparación la obligación de investigar, de perseguir y de castigar a los responsables de las violaciones.<sup>46</sup> Otras medidas de satisfacción tienen por objeto demostrar a la víctima y a su familia que el Estado toma en cuenta su sufrimiento. La toma en consideración del sufrimiento es manifiesto cuando la Corte IDH impone al Estado encargarse de los gastos del tratamiento médico<sup>47</sup> o la entrega de los restos mortales de la víctima a la familia para que por fin pueda ofrecerle una sepultura conforme a sus costumbres y creencias religiosas.<sup>48</sup> Tomar en consideración el perjuicio de las víctimas cobra también a veces una dimensión simbólica como las disculpas públicas del Gobierno,<sup>49</sup> la construcción de monumentos a la memoria de las víctimas o aún la inauguración de calles, plazas, edificios a sus nombres.<sup>50</sup> Estas manifestaciones públicas en su conjunto participan, a la larga, a orquestar una difusión social de los valores convencionales. El derecho y la exigencia de justicia ya no están confinados en los cenáculos protegidos de las Cortes y tribunales. Este elemento es aún más evidente cuando la Corte IDH toma en consideración la construcción necesaria y existencial de la sociedad en su conjunto. A lo largo de su jurisprudencia, ha imagi-

<sup>46</sup> Corte IDH, *Caracazo vs. Venezuela*, 29.8.2002, Reparaciones, Serie C, No. 95, § 119; Corte IDH, *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, sentencia del 12 de septiembre de 2005, Fondo y reparaciones, Serie C, No. 132, § 97.

<sup>47</sup> Corte IDH, *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, sentencia del 12 de septiembre de 2005, Fondo y reparaciones, Serie C, No. 132, § 101-103.

<sup>48</sup> Como la cultura maya en el caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Serie C, No. 91, §§ 79-83.

<sup>49</sup> Corte IDH, *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, sentencia del 22.11.2004, Fondo y reparaciones, Serie C, No. 117, § 39.

<sup>50</sup> Corte IDH, *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia del 8.7.2004, Fondo y reparaciones, Serie C, No. 110, § 236; Corte IDH, sentencia del 26.5.2001, Reparaciones, *Villagrán Morales y otros («Niños de la Calle») vs. Guatemala*, Serie C, No. 77, § 103.

nado toda una serie de medidas originales que ha impuesto a los Estados; utiliza para calificarlas la expresión “medidas de alcance y repercusión públicos”. Así la carga simbólica es fuerte e importante cuando la Corte IDH impone al Estado la obligación de publicar en los boletines oficiales, o incluso en los diarios de gran tirada, el o los extractos significativos del fallo de la Corte.<sup>51</sup> Lo es tanto más para un país como Colombia —lastrado desde hace cuarenta años por un conflicto armado interno— cuando la publicación se realiza en el boletín de prensa de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas, de las que algunos miembros eran responsables de las ejecuciones extrajudiciales.<sup>52</sup> Tales medidas aseguran la transparencia y la información, primeros elementos indispensables para el buen funcionamiento de cualquier Estado de derecho. La Corte IDH incluye cada vez más a menudo, en el caso de atentar contra el derecho a la vida (desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales), la obligación para el Estado de reconocer públicamente su responsabilidad y de pedir disculpas a los familiares de las víctimas.

#### B. *Los poderes con respecto a sus resoluciones*

Tratándose de los poderes que posee la Corte con respecto a sus propias resoluciones, la situación oscila aquí entre clasicismo y originalidad. Primero, puede interpretar<sup>53</sup> pero también, si se presenta el caso, puede revisar sus resoluciones.<sup>54</sup> hasta aquí estaremos de acuerdo de que no es nada novedoso. Sí lo es, en cambio, el que sea la Corte la que asegure el control de su ejecución. Lo afirmaba solemnemente en el caso *Baena Ri-*

<sup>51</sup> Corte IDH, *Cantoral Benavides vs. Perú*, sentencia del 3.12.2001, Reparaciones, Serie C, No. 88, § 79; Corte IDH, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia del 31 de enero de 2006, Fondo y reparaciones, Serie C, No. 140, § 279.

<sup>52</sup> Corte IDH, *Las Palmeras vs. Colombia*, sentencia del 22.11.2002, Reparaciones, Serie C, No. 96, § 75.

<sup>53</sup> Artículo 67 de la Convención Americana: “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.”

<sup>54</sup> Visto el silencio de la Convención sobre este punto, la Corte IDH ha colmado de forma pretoriana esta carencia pero en muy escasas ocasiones: Corte IDH, *El Amparo vs. Venezuela*, sentencia del 16.4.1997, Serie C, No. 46; Corte IDH, *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, sentencia del 13.9.1997, Serie C, No. 45; Corte IDH, *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, sentencia del 26.11.2003, Interpretación, Serie C, No. 102.



*cardo* mientras Panamá ponía en duda tal poder en el silencio de la Convención Americana.<sup>55</sup> Esto último es una cuestión mayor en la presión que ejerce sobre los Estados Partes que, casualmente, se harían rogar para ejecutar sus obligaciones internacionales. Aunque la *praxis* demuestra la dificultad extrema para la Corte IDH de obtener en unos plazos razonables una rápida y correcta ejecución de sus fallos (tratándose de reparaciones), su dominio del control de ejecución —que corresponde en el ‘Viejo Continente’ al Consejo de ministros del Consejo de Europa— la convierte en pieza clave del proceso de difusión de principios y valores del que es el portaestandarte. La presión que ejerce supera con mucho la esfera jurídica y cobra visos políticos bienvenidos. Por eso, si los Estados quieren aparecer con su mejor apariencia diplomática, no pueden ignorar las llamadas al orden, frecuentes, de la Corte, la cual establece con mucha constancia un estado de la situación de las ejecuciones y no ejecuciones de sus resoluciones.

Esta lista de poderes otorgados a la Corte en base a las prescripciones convencionales participa en la refundación de los sistemas jurídicos nacionales marcados durante mucho tiempo por los estigmas del autoritarismo político y de la arbitrariedad judicial. La metamorfosis está en marcha: aunque puede aparecer como lenta y caótica para numerosos observadores, no deja de ser real y reveladora de un proceso que la Corte IDH pretende que sea irreversible.

### III. LA PROFUNDA METAMORFOSIS DE LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES

Los poderes de la Corte asociados a sus audacias pretorianas permiten afirmar que está orquestando una metamorfosis de los ordenamientos nacionales que afecta tanto a los poderes legislativos (1) como a los poderes judiciales (2).

<sup>55</sup> Corte IDH, *Baena Ricardo y otros (270 trabajadores) vs. Panamá*, sentencia del 28.11.2003, Competencia, Serie C, No 104.

### 1. *La metamorfosis legislativa*

La metamorfosis legislativa no es una cláusula meramente retórica. Existe y se aplica gracias a una disposición importante de la Convención Americana: el artículo 2 que contempla lo siguiente:

Si en 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.

Esta disposición es la consagración a la escala interamericana de una norma clásica del *derecho de la gente* según la cual todo Estado que ratifique un tratado de protección de los derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar una aplicación fiel de las obligaciones contraídas. *Principe allant de soi* que fue determinado desde 1925 por la Corte Permanente de Justicia Internacional.<sup>56</sup> La Convención Americana da de este principio una versión específica en el artículo 28 —a propósito de la llamada “cláusula federal”— que tiene por objeto evitar una aplicación diferenciada entre los Estados federales, mayoritarios en el continente americano.<sup>57</sup>

Como lo ha recordado la Corte en varias ocasiones, el artículo 2 no define las medidas pertinentes de adaptación del derecho interno al patrón convencional. De este modo ha colmado de forma pretoriana el lacónismo convencional. La operación de adaptación debe orientarse en dos direcciones. La primera concierne a “la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención”; la segunda toca con “la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”. Es necesario reafirmar que la obligación de la primera vertiente sólo se satisface cuando efectivamente se realiza la refor-

<sup>56</sup> CPJI, opinión, 21 de febrero de 1925, *Echange des populations grecques et turques*, Serie B, No. 10, p. 20.

<sup>57</sup> Para un ejemplo como Argentina, véase Dulitzky, A. E., “Federalismo y Derechos humanos. El caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 6, 2006, pp.199-249.

ma.<sup>58</sup> Se presentarán más abajo las obligaciones de aprobación (A) y de supresión de (B) normativas respectivamente.<sup>59</sup>

#### A. *La obligación de aprobación normativa*

Es notable que los efectos del artículo 2 se manifiesten de modo magistral en la fase de las reparaciones. Asocia esta exigencia —propia del ámbito de las reparaciones— a la de «*no repetición de los hechos*». Un tipo de reparación con efectos preventivos de cierto modo. Así, imponer que sea integrado a la legislación penal interna el crimen de desaparición forzada conforme al contenido de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, del 9 de junio de 1994, tiene como primera función evitar a toda costa que perdure un sistema de impunidad<sup>60</sup>. Exigir la creación de un registro de detenidos tiene por función evitar que se reproduzcan actos de detención ilegal o por lo menos que puedan ser controlados y sancionados en caso de que ocurran.<sup>61</sup> Asimismo, el hecho de imponer la creación de un sistema de información genética que permita la determinación y el aclaramiento de la filiación y de la identificación de los niños desaparecidos tiene como objetivo prevenir los errores y las demoras en caso de nuevas desapariciones de niños.<sup>62</sup>

Puede ocurrir, por supuesto, que el esfuerzo de adaptación normativa pase por un proceso complejo que integre una fase previa dedicada a erradicar del orden jurídico leyes no conformes a los patrones convencionales. El caso de *La Última tentación de Cristo* es emblemático, en particular porque estaba en juego la compatibilidad de la Constitución chilena

<sup>58</sup> Corte IDH, *La Última Tentación de Cristo*, sentencia del 5.2.2001, Fondo y reparaciones, Serie C, No. 73, § 85; Corte IDH, *Almonacid Arrellano vs. Chile*, sentencia del 26.9.2006, Fondo y reparaciones, Serie C, No. 154, § 118, subrayamos nosotros.

<sup>59</sup> Medina Quiroga, C., “Las obligaciones de los Estados partes bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, 2005, pp. 209-270.

<sup>60</sup> Corte IDH, *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, sentencia del 27.2.2002, Reparaciones, Serie C, No. 92, § 121.

<sup>61</sup> Corte IDH, *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, sentencia del 7.6.2003, Fondo, Serie C, No. 99, § 189.

<sup>62</sup> Corte IDH, *Las hermanas Serrana Cruz vs. Guatemala*, sentencia del 1.3.2005, Serie C, No. 120, §§ 194-195.

con la Convención ADH<sup>63</sup>. Ahora bien, la Corte IDH, después de constatar que el Estado violó el artículo 13 (libertad de expresión) y que de este modo no respetó los artículos 1§1 y 2 de la Convención ADH, se dirigió al Estado en la fase de determinación de las reparaciones y le instó a proceder en dos etapas. Así, bajo el ángulo del artículo 63§1, la Corte IDH afirmó lo siguiente:

Respecto del artículo 13 de la Convención, la Corte considera que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película “*La última tentación de Cristo*”, ya que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. En relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, las normas de derecho interno chileno que regulan la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica todavía no han sido adaptadas a lo dispuesto por la Convención Americana en el sentido de que no puede haber censura previa. Por ello el Estado continúa incumpliendo los deberes generales a que se refieren aquéllas disposiciones convencionales. En consecuencia, Chile debe adoptar las medidas apropiadas para reformar, en los términos del párrafo anterior, su ordenamiento jurídico interno de manera acorde al respeto y el goce del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en la Convención.<sup>64</sup>

El punto 4 del dispositivo impone a Chile modificar su derecho interno del que hay que recordar aquí que se trataba ni más ni menos del artículo 19.12 de la Constitución chilena que consagraba el principio de la censura previa... Ordenó al Estado que le entregara, en un plazo de seis meses, un informe sobre las medidas adoptadas a este respecto.

Bien se ve que la distancia es tenue entre la operación de aprobación y la de supresión: en realidad a menudo van juntas, aunque se puede constatar que existe un ámbito en el que la obligación de supresión de leyes no convencionales ha tomado un cariz particular en las Américas en el contexto postdictatorial.

<sup>63</sup> Corte IDH, *Olmedo Bustos y otros (La Última Tentación de Cristo) vs. Chile*, sentencia del 5.2.2001, Fondo y reparaciones, Serie C, No. 73.

<sup>64</sup> Corte IDH, *La Última Tentación de Cristo*, sentencia del 5.2.2001, Fondo y reparaciones, Serie C, No. 73, §§ 97-98.

### B. *La obligación de supresión normativa*

Lo que está aquí en el centro de la problemática es la cuestión crucial de las leyes de amnistía o de las leyes también llamadas de «autoamnistía» —cuando son el fruto de ‘gobiernos de hecho’ que fueron los que perpetraron los crímenes.<sup>65</sup> Ahora bien, gracias a las implicaciones del artículo 2, la Corte ha reconocido la capacidad de operar un control *in abstracto* de tales leyes.

Si el sistema convencional europeo reconoce la técnica del control *in abstracto*, se ha limitado a casos a decir la verdad y a leyes muy específicas. Entre éstas se encuentran sobre todo las que penalizaban las relaciones homosexuales entre adultos consintientes.<sup>66</sup> La cuestión cobra un cariz bastante más trascendental en el continente americano. Porque de lo que se trata, a fin de cuentas, es de saber si las sociedades latinoamericanas pueden reconstruirse, tras largas y sangrientas dictaduras, sobre el olvido o si, al contrario, no pueden prescindir de la justicia que pasa por arrojar toda la luz sobre la verdad.<sup>67</sup> Fue un caso peruano —el caso *Ba-*

<sup>65</sup> La literatura es abundante. Se citarán aquí sólo algunas referencias: Dulitzky, A. E., *Amnistía y reconciliación nacional: Encontrando el camino de la justicia*, Guatemala, 1996; Pacheco, G., Acevedo, L. y Galli, G. (eds.), *Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social*, San José, 2005, p. 234.

<sup>66</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *Dudgeon vs. Reino Unido*, sentencia del 22.10.1981, Serie A, No. 45; Corte Europea de Derechos Humanos, *Norris vs. Irlanda*, sentencia del 26.10.1988, Serie A, No. 45.

<sup>67</sup> La experiencia vivida por numerosos países en América Latina en los años 1980, obligados a afrontar su pasado tras recobrar la democracia, originó un debate importante: en particular, ¿había que aceptar las leyes de autoamnistía promulgadas en Argentina, en Chile, en Guatemala, en Uruguay, en Perú, en nombre de los imperativos de reconciliación nacional? Juzgar a los criminales, desvelar el desarrollo y la organización de los crímenes, revelar el destino de las personas ejecutadas o desaparecidas, ¿participaba a debilitar o, al contrario, a reforzar las sociedades recién democráticas? Éstas y sus componentes ¿podían prescindir de una confrontación con su pasado? Todas estas interrogantes hacen referencia a la “justicia transicional” que estuvo al centro de una multitud de estudios filosóficos y jurídicos en el continente americano en el momento en que numerosos países fueron conducidos a sacar a la luz la o las verdades de su pasado. Aunque el tema está viviendo un nuevo período de interés, debido a las experiencias que se multiplican al respecto en otras partes del mundo (de la Europa postcomunista a África y pasando por Asia), y aunque los especialistas y los trabajos en la materia son muchos, conviene sin embargo mencionar particularmente al filósofo argentino Carlos Santiago Nino. Este universitario argentino, fallecido prematuramente de modo accidental, se ilus-

*rrios Altos*— el que dio un golpe fatal a la impunidad, fenómeno demasiado corriente en las sociedades latinoamericanas en el marco de las transiciones democráticas de los años 80. La Corte de San José afirmó de modo genérico

que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyente 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.<sup>68</sup>

Y prosiguió afirmando

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 (§§43-44).

Tal enfoque fue confirmado en la importante resolución relativa a la interpretación que se emitió en el mismo caso a petición de la Comisión IDH. A la pregunta sobre si la declaración de incompatibilidad de las leyes de autoamnistía estaba circunscrita al caso particular, la Corte IDH respondió recalcando que “La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado Parte en la Convención constituye per se una violación de ésta y genera responsabilidad in-

tró tanto por sus estudios científicos (*ad. ex. Nino, C. S., Radical Evil on Trial*, New Haven/London, 1996, p. 220; *id.*, “Derecho, moral y política II”, en Maurino, G. (ed.), *Fundamentos del liberalismo político. Derechos humanos y democracia deliberativa*, prólogo de O. Fiss, Buenos Aires, 2007, p. 23.) como por su compromiso político concreto al lado del presidente Raúl Alfonsín, obrando con pasión y convicción para tratar de superar las paradojas vinculadas con la búsqueda de justicia.

<sup>68</sup> Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú*, sentencia del 14.3.2001, Fondo, Serie C, No. 75, § 41.

ternacional del Estado.”<sup>69</sup> La erradicación de las leyes alevosas —que sofocan las necesidades de la justicia— de los paisajes legislativos nacionales está así orquestada desde «arriba», por la Corte Interamericana, la cual envía una señal muy clara a los legisladores nacionales. Es vano perdurar en un proceso que sería el del olvido, peor aún el de la exoneración de responsabilidades, inadmisibles cuando se trata de violaciones lesivas de los derechos humanos.

Si los Estados tienen la obligación de adaptar sus normas internas a los patrones convencionales, entonces, las jurisdicciones nacionales como componente existencial de los órdenes estatales deben velar, en el marco de su competencia, porque la operación de adaptación legislativa sea conforme a las exigencias de la justicia interamericana. La jurisprudencia reciente de la Corte de San José recalca el papel novador —para el continente latinoamericano— del juez nacional elevado a «*juez convencional de derecho común*» para retomar una expresión grata a los especialistas del derecho europeo de la integración.

## 2. *La metamorfosis judicial*

Los casos históricos *Almonacid Arellano* y *La Cantuta* son, de cierto modo, resoluciones apoteósicas tratándose de la problemática de las leyes de amnistía. En efecto, no sólo confirman una jurisprudencia que se materializó con el caso *Suárez Romero*<sup>70</sup> y que fue muy firmemente establecida por el caso *Barrios Altos*, sino que además, y sobre todo, abren una perspectiva de gran importancia para el porvenir. Esta perspectiva se encarna en el papel que deben desempeñar los jueces internos. La plusvalía está aquí puesta de manifiesto por la resolución *Almonacid Arellano* ya que inaugura la necesidad de un *control de convencionalidad*. El párrafo §124 es sencillamente capital a este respecto:

*«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*

<sup>69</sup>Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú*, 3.9.2001, Interpretación, Serie C, No. 83, § 18.

<sup>70</sup> Corte IDH, *Suárez Romero vs. Ecuador*, sentencia del 12.11.1997, Serie C, No. 35.

*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 (cursivas nuestras).<sup>71</sup>*

Este extracto da a entender que el juez interno tiene el poder de regular el conflicto entre una ley interna y una disposición de la Convención ADH en provecho de ésta. Más aún, invita al juez interno a acogerse no sólo al texto de la Convención ADH sino también, evidentemente, a la interpretación propuesta por la Corte, lo cual supone que esté atento a la evolución jurisprudencial interamericana. Algunas precisiones complementarias fueron aportadas en cuanto a este control en el caso de los *Trabajadores cesados del Congreso*. Se puede leer que

los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sin también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.<sup>72</sup>

Permitirles que planteen ellos mismos la cuestión de la convencionalidad de las normas internas es muy claramente una manera de dirigirse de nuevo a los jueces internos para que se vuelvan los aliados objetivos de la Corte IDH. La referencia furtiva a *las competencias y reglas procesales* no es nada despreciable. En efecto, cada juez deberá adaptarse a las

<sup>71</sup> Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia del 26.9.2006, Fondo y reparaciones, Serie C, No. 154.

<sup>72</sup> Corte IDH, *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia del 24.11.2006, Fondo y reparaciones, Serie C, No. 158, § 128.



características de su ordenamiento jurídico, *i.e.* con el puesto que ocupan los tratados internacionales de protección de los derechos humanos en la jerarquía de las fuentes, a la existencia de un control concentrado o, al contrario, difuso de constitucionalidad,<sup>73</sup> etc...

Los jueces de la Corte de San José habrán considerado que había llegado el momento para América Latina de ver a los órganos judiciales de los Estados democráticos aplicar de modo natural y sistemático la Convención ADH tal como es interpretada por el juez de San José. Se trata en cierto modo de una nueva era que se abre y que debe caracterizarse por la difusión entre los Estados de jurisprudencia interamericana. Así se respetará la subsidiariedad del mecanismo de garantía y se evitará también que a la larga la Corte IDH experimente los mismos problemas estructurales de entorpecimiento que su homóloga europea. El juez y presidente actual de la Corte Interamericana, el famoso penalista mexicano Sergio García Ramírez, se ha hecho eco muy claramente de esta última preocupación.<sup>74</sup>

Hoy en día, los sistemas nacionales latinoamericanos son cada vez más permeables al derecho internacional y más específicamente al derecho internacional de los derechos humanos así como a la jurisprudencia de la Corte IDH. Por lo tanto, se puede percibir un movimiento de *responsabilización* del juez nacional.<sup>75</sup> Algunos ejemplos bastarán para demostrarlo.

Las instancias judiciales peruanas se ajustaron con una rapidez y un respeto notables a la jurisprudencia *Barrios Altos*. El caso *La Cantuta* lo demuestra por las muchas referencias hechas a la jurisprudencia de los tribunales internos en el contenido de la resolución.<sup>76</sup> La Corte transcribe en particular en el párrafo §181 extractos de la resolución del Tribunal

<sup>73</sup> Abregú, M. y Curtis, C. (ed.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, 1997, p. 655.

<sup>74</sup> Punto 8 de la opinión concordante del juez García Ramírez, Corte IDH, 24 de noviembre de 2006, Fondo y reparaciones, *Trabajadores cesados del Congreso*, Serie C, No. 158.

<sup>75</sup> García Sayan, D., "Una viva interacción: Corte interamericana y tribunal internos", *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 325-384.

<sup>76</sup> Corte IDH, *La Cantuta vs. Perú*, sentencia del 29.11.2006, Fondo y reparaciones, Serie C, No. 162.

Constitucional de Perú del 29 de noviembre de 2005<sup>77</sup> que toma en cuenta *expressis verbis* la declaración de nulidad absoluta de las leyes de amnistía n° 26479 y 26492. De nuevo aquí la señal enviada a los jueces internos es clara. Al valorizar su jurisprudencia —cuando está conforme al patrón convencional— la Corte IDH insta un diálogo basado en el respeto, en función de especificidades propias a cada sistema nacional, del grado de protección de los derechos así como lo ha determinado la Convención ADH. Los tribunales peruanos no han sido los únicos en ajustarse a la jurisprudencia interamericana en materia de amnistía. Argentina, del mismo modo, se ha lucido al respecto. Ella también había pensado que borrar el pasado, probar el olvido para participar mejor a la “reconciliación nacional” era la mejor solución. Las famosas leyes de *Punto Final* del 24 de diciembre de 1986 y de *Obediencia Debida* del 4 de junio de 1987 eran adoptadas por el gobierno de Raúl Alfonsín a pesar del riesgo de mantener vivo el sentimiento de injusticia entre las familias de desaparecidos. Era sin contar con la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, el 14 de junio de 2005, en el caso *Simón, Julio Héctor y otros*, declaraba nulas dichas leyes apoyándose *expressis verbis* en la jurisprudencia *Barrios Altos*.<sup>78</sup> Asimismo, una de las Cortes constitucionales más atenta y abierta al derecho internacional y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el continente latinoamericano es, sin la mayor duda, la Corte Constitucional colombiana. Merced a unas disposiciones de la Magna Carta colombiana sumamente “progresistas”,<sup>79</sup> el juez

<sup>77</sup> Tribunal Constitucional de Perú, Santiago Martín Rivas, caso No. 4587-2004-AA/TC, 29.11.2005.

<sup>78</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Simón, Julio Héctor y otros*, 14.6.2005, §§ 23, 27, 29, extractos reproducido en *Diálogo jurisprudencial. Derecho internacional de los derechos humanos. Tribunales nacionales*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, IIDH, IJ, Konrad Adenauer Stiftung, Corte IDH, julio-diciembre 2006, No. 1, pp. 257-273. Para una visión global de estas cuestiones, véase Pinto, M., *L'Amérique latine et le traitement des violations massives des droits de l'homme*, Paris, 2007, p. 95.

<sup>79</sup> Se trata de los artículos 93 y 214 de la Constitución. El artículo 93 afirma que “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.” En lo que toca con el artículo 214, se puede leer que: “Los Estados de excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones [...] 2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En

constitucional de Bogotá señaló dos importantes reglas. *Primero*, que tienen jerarquía y valor constitucional las normas contenidas en los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia que no pueden ser suspendidos en estados de excepción así como las normas de derecho internacional humanitario. *Segundo*, que los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia —pero cuya suspensión resulta admisible— deben servir de parámetro de interpretación de las disposiciones constitucionales en materia de derechos fundamentales. En tal contexto constitucional pluralista, la jurisprudencia colombiana está influenciada de manera expresa por la jurisprudencia interamericana que participa en la democratización del sistema y la consolidación del Estado de derecho. Así, la jurisprudencia interamericana en lo que concierne al derecho a la verdad, la libertad de expresión, el derecho a un recurso efectivo, entre otros, ha sido integrada por la Corte constitucional en el derecho colombiano.<sup>80</sup>

La Corte Interamericana representa una institución judicial existencial para el continente latinoamericano. Sus poderes —que en muchos aspectos superan los de su homóloga europea de Estrasburgo— le permiten disponer de medios, para su jurisprudencia, bastante audaces. Gracias a la forma inherente a los tratados internacionales de derechos humanos en los órdenes internos<sup>81</sup>, la Corte de San José construye con paciencia un conjunto de *valores comunes* de los que los jueces nacionales se hacen los portaestandartes.

todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.”

<sup>80</sup> Córdova Triviño, J., “Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al derecho constitucional colombiano”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. 2, 2007, pp. 665-684.

<sup>81</sup> Fix-Zamudio, H., “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, vol. 1, No. 1, 2004, pp. 141-180; Jiménez de Arechaga, E., “La Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno”, *Boletín da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasilia, No. 69-71, 1987-1989, pp. 35-55.