

Acerca del “control de convencionalidad” por parte de los operadores de justicia (nacionales e internacionales) en situaciones de justicia transicional*

*Olger Ignacio González Espinosa***

Introducción

En el marco de una transición, ante demandas de las víctimas o sus familiares y defensas jurídicas de perpetradores o beneficiarios de graves violaciones a los derechos humanos, las y los operadores de justicia¹, nacionales e internacionales, se ven enfrentados al dilema de afectar con su decisión (positiva o negativamente) determinados modelos (o antimodelos) de justicia transicional, pactados o impuestos en una sociedad determinada. Surge entonces la pregunta: ¿el rol que una democracia funcional asigna a los tribunales encargados del control constitucional (o de obligaciones internacionales del Estado) cambia o debe cambiar en épocas de transición o ante situaciones de “justicia transicional”?

* Las opiniones del autor son un ejercicio académico y de reflexión personal; no comprometen ni representan necesariamente la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

** Costarricense. Abogado senior (Coordinador) en la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OEA), donde ha desempeñado varias funciones en el área legal desde el año 2000. Máster en Derechos Humanos y Democratización (en Venecia, Italia, y Estrasburgo, Francia); Diplomado en Derechos Humanos y Democratización (Universidad de Chile); y Licenciado en Derecho y Notario Público (Universidad de Costa Rica). Conferencista y consultor en temas de derechos humanos, justicia transicional y Sistema Interamericano en varias instituciones, organizaciones y universidades de la región. Colaborador del IIDH. Profesor Invitado en la Maestría de Derecho Internacional y Derechos Humanos de la Universidad para la Paz de Naciones Unidas (Costa Rica). También está involucrado en proyectos de cine y gestión cultural.

¹ En general, en este artículo me refiero indistintamente a “tribunales”, “jueces” u “operadores de justicia” para indicar cualquier autoridad administrativa o judicial con poder de decisión sobre diferentes aspectos relacionados con derechos humanos. Por ende, según el país de que se trate y su respectivo ordenamiento jurídico, las autoridades que a niveles nacionales tengan tales atribuciones pueden ser muy variadas.

Así formulada, esta pregunta se ubica más en un plano político y axiológico de la legitimidad o razón del sí, por qué, cuándo y cómo juzgar². Otras preguntas surgen con relación a la anterior:

- ¿Hasta dónde es legítima, bajo una concepción democrática que se pretenda como marco de referencia transicional, la intervención de los tribunales?
- ¿Hasta dónde le toca al tribunal “reenviar” la decisión a las instancias de participación democrática?
- ¿A partir de qué momento la “prudencia judicial” pasa a ser irresponsabilidad o “complicidad judicial” ante las violaciones de derechos humanos del pasado?
- ¿Qué rol corresponde a los tribunales internacionales? ¿Son la última esperanza de las víctimas o el último “puerto seguro” de los perpetradores?

Propongo repasar brevemente diversas concepciones acerca del rol asignado a los tribunales (principalmente constitucionales) en una democracia, y cómo se expresa la tensión Constitución-democracia en la interacción de los sistemas nacionales e internacionales de protección de derechos humanos. Luego, para aproximarme a algunas respuestas, destacaré algunos condicionamientos usuales de las transiciones políticas a que se enfrentan los tribunales. Finalmente, plantearé algunas ideas al respecto con relación a tres temas abordados en casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

1. El rol de los tribunales en democracia

Las sociedades en transición se ven en la necesidad de enfrentar violaciones de derechos humanos ocurridas durante un conflicto armado o régimen autoritario anterior. A pesar de su pretensión de imparcialidad ideológica, la opción ideológica implícita del discurso de los derechos humanos es la sociedad democrática. Partiendo de que esta idea es el sistema político al cual se aspira “volver” o “llegar” en una transición,

² En un sentido similar al que plantea L. Ferrajoli como “razón del derecho” penal, siendo uno de los tres órdenes de fundamentos del mismo (los otros dos: racionalidad y validez). Cfr. Ferrajoli, L., *Derecho y razón*. Editorial Trotta, Madrid, 2001, págs. 21-26.

la pregunta inmediata es ¿cuál democracia? Luego, ¿quién la controla y cómo?

Para los efectos de este ensayo, baste señalar que muchos teóricos han estudiado la tensión entre la democracia, como régimen de mayorías, y la protección de los derechos individuales. Para esos “problemas mayoritarios”, en particular la posible vulneración de aquellos derechos, se han ideado “soluciones antimayoritarias” o “contramayoritarias”, como el constitucionalismo, la justicia constitucional, la separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos³. Dentro de estas “soluciones” actúan los tribunales nacionales, en principio, y, a partir de la segunda mitad del siglo XX, también los tribunales internacionales.

¿Qué rol se asigna a los tribunales en una democracia?

En una hipersimplificación de un tema muy amplio, baste señalar que las posiciones más escépticas dirían que no existe de manera evidente ningún modelo de referencia acerca de la función del juez. Otras posiciones pueden ofrecer argumentos axiomáticos en favor de uno u otro modelo, con determinadas características⁴.

Los más liberales consideran que “la institución central de la democracia liberal no es la corte constitucional sino el parlamento”. Para Holmes es crucial que esas cortes no intenten agrandarse miopemente a sí mismas, disminuyendo el estatus del parlamento ante la mirada del público, pues la autoinflación de aquéllas implica que la voz del pueblo no surge adecuadamente a través del proceso representativo⁵.

³ Ver, e.g., Elster, J., “Régimen de mayorías y derechos individuales”, en: Shute y Hurley (eds.), *De los derechos humanos*. Editorial Trotta, Madrid, 1998, págs. 165 a 190.

⁴ Gargarella identifica varias tradiciones de pensamiento que justifican (o no) la función judicial de control de las leyes: una “conservadora” señala la supuesta dificultad de “las mayorías para tomar decisiones razonables”. Una “radical populista” es hostil a esa idea y favorable al apoyo popular como único indicio adecuado de validez de la decisión; en ella, la función del juez queda sumamente restringida. La que él adhiere es la que llama “genuinamente radical”. Cfr. Gargarella, R., *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*. Editorial Ariel, 1996.

⁵ Holmes, S., “El constitucionalismo, la democracia y la desintegración del Estado”, en: Koh y Slye (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Gedisa, 1999, págs.157-163.

Posiciones más pragmáticas afirman que la legitimidad de la actuación judicial no puede responderse en abstracto, considerando unas variables normativas, como el lugar de los tribunales en una “teoría pura” de la democracia o el origen no electivo de los jueces. Courtis señala que ese análisis de legitimidad requiere información empírica sobre el funcionamiento del sistema político, el conocimiento concreto del contexto histórico en el cual se desempeñan las y los jueces, y la necesaria comparación con la legitimidad de los demás poderes⁶.

Abramovich coincide con esa posición y propone articular la labor de los jueces con los procesos políticos y sociales. Observa que la debilidad de las instituciones democráticas de representación y el deterioro de los espacios tradicionales de mediación social y política, han contribuido a que conflictos colectivos anteriormente restringidos a los demás poderes del Estado se trasladen a la esfera judicial, lo que redefine su rol frente a las instancias políticas. Promueve la necesidad de un activismo judicial (creativo con los instrumentos y estrategias procesales), a partir de la definición de los tipos de obligaciones que permiten la exigencia de derechos por esa vía. Otro rol del juez se explica sólo sobre la base de una visión sesgada y “naturalista” del aparato estatal, coincidente con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, seguridad y defensa. En definitiva, dado que “el Poder Judicial es el menos adecuado para realizar planificaciones de política pública”, su rol sería más bien confrontar el diseño de esas políticas con los estándares jurídicos aplicables y reenviar la cuestión a los poderes pertinentes cuando sea necesario. El Poder Judicial participa, así, en un “diálogo” entre los distintos poderes del Estado para la concreción del programa jurídico-político establecido por la Constitución o por los pactos de derechos humanos⁷.

⁶ Courtis, Christian, “Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales”, en: Bergalli, Roberto, y Claudio Martiniuk (comps.), *Filosofía, política, derecho. Homenaje a Enrique Marí*. Universidad Nacional de Quilmes, 2003.

⁷ Abramovich, Víctor, “Líneas de trabajo en DESC: herramientas y aliados”. En similar sentido, Ferrajoli, L., *Derecho y razón...* pág. 863. Al respecto, Habermas señala que la discusión acerca del activismo o del *self-restraint* del tribunal constitucional no puede efectuarse en abstracto, pero que una jurisprudencia constitucional “ofensiva” es normativamente exigida cuando se trata de hacer valer el procedimiento democrático y la forma deliberativa de formación de la

Cabe destacar también el rol asignado a las y los jueces por las concepciones de “democracia deliberativa”. Revisando teorías de Ackerman y Ely, entre otros, e influenciado por Nino⁸, Gargarella considera que se debe procurar que el proceso de toma de decisiones, en materias que trasciendan el ámbito de la moral privada, asegure la mayor imparcialidad posible (que reflejen los puntos de vista de todos los posibles afectados por la decisión). Luego de analizar múltiples problemas presentados por el llamado “carácter contramayoritario” del Poder Judicial, intuye que no resulta obvio que aquél control deba recaer en manos de la justicia o que deba ejercerse del modo como hoy es ejercido (con jueces que tienen “la última palabra” en todo tipo de decisiones). Por ende, Gargarella sugiere un sistema de control de las leyes enfocado en asegurar las condiciones del debate democrático (intervención del juez justificada en supuestos de discriminación irracional, protección de libertad de expresión, distorsiones del proceso decisorio, etc.) y que el control de constitucionalidad se oriente a asegurar una esfera de inviolable autonomía a los individuos⁹.

Al repasar brevemente (y seguramente en forma insuficiente) estas concepciones sobre el rol del operador de justicia en democracia, y al compartir algunas de las preocupaciones expuestas, particularmente por Abramovich y Curtis, corresponde observar cómo podrían aplicarse ante los dilemas de justicia transicional, en el marco de la tensión democracia-Constitución.

2. Los tribunales frente a las restricciones de la transición

Dada la multiplicidad de víctimas, perpetradores y beneficiarios de las violaciones de derechos humanos ocurridas en un conflicto o régimen anterior, y los diferentes alcances y formas que éstas tomaron, las relaciones de poder subyacentes en esa sociedad, particularmente de desigualdad, se han profundizado o producido durante esa época y las resultantes determinan las características de la transición.

opinión y de la voluntad política. Habermas, J., “Justicia y legislación: sobre el papel y legitimidad de la jurisprudencia constitucional”, citado por Abramovich.

⁸ Ver, entre otros, Nino, C., *La constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa, 1997, capítulo 7.

⁹ Gargarella, R., *La justicia frente al gobierno...*

La experiencia de muchas transiciones indica que no hay fórmulas o recetas mágicas para determinar la mejor ecuación posible, en un momento político determinado, entre los imperativos mínimos que deben reconocerse a las víctimas que, entre otros, son justicia, verdad y reparación. Además, las transiciones no suelen ser momentos o acontecimientos históricos definidos y estables, sino, por el contrario, dinámicos y tan inestables cuanto mayor injusticia hayan propiciado.

Si entendemos las transiciones a la democracia como tiempos refundacionales y procesos potencialmente inestables, tratar con el legado de represión o autoritarismo es un asunto de exigencia moral pero también de viabilidad política; es decir, concurren allí objetivos éticos y restricciones o condicionantes políticas específicas¹⁰. Sin embargo, parto de que

los procesos de reconstrucción postconflicto no podrían ser sostenibles si las injusticias estructurales – políticas, legales y económicas – se mantienen. En este sentido un proceso de reconciliación debe ser afirmado por la distribución del poder, el cumplimiento de los compromisos políticos y un clima favorable a la protección de los derechos humanos y de la justicia económica¹¹.

Por lo anterior, y por ejemplo, es sumamente interesante que Mamdani¹² y Malamud Goti¹³ llamen la atención acerca de la impunidad de los beneficiarios del régimen de *apartheid* sudafricano¹⁴ y de la

¹⁰ Zalaquett, J., “La reconstrucción de la unidad nacional y el legado de violaciones de los derechos humanos”, págs.1-12.

¹¹ Beristain, C. M., “Reconciliación luego de conflictos violentos: un marco teórico”, en: *Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social*, primera edición. IDEA-IIDH, julio de 2005, pág. 18.

¹² Mamdani, M., “The TRC and justice”, en: *Truth and reconciliation in South Africa and the Netherlands*. SIM special No.23, Utrecht, 1999, pág. 34 y ss.

¹³ Malamud Goti, J.E., *Terror y justicia en la Argentina*. Editorial de la Flor, Argentina, págs.169-209.

¹⁴ Mamdani distingue entre nociones de verdad: una individualista (opuesta al poder) y otra institucional (ligada al poder); con base en esta segunda, que relaciona con análisis de Marx y Foucault, se pregunta cuándo una verdad se convierte en parcial por enmascarar ciertas relaciones de poder o privilegio. De ahí, critica la función que, en su criterio, la CVR sudafricana dejó de cumplir por reforzar el compromiso político con una verdad comprometida, sin haberse pensado en medidas de justicia social.

“guerra sucia” argentina¹⁵, respectivamente. Ambos coinciden en que la discriminación en el proceso de inculpar, implícita en función del compromiso político, dejó de considerar las más amplias dimensiones institucionales y sociales subyacentes, en particular respecto de los beneficiarios del régimen anterior, y dejó de promover suficientemente el respeto a la dignidad como aspecto indispensable de una democracia establecida sobre derechos.

Sobre esto último, dada la amplia gama de derechos vulnerados en la época que se pretende superar, tanto de carácter civil y político, como los llamados económicos, sociales y culturales, considero indispensable superar falsas distinciones entre esos derechos y enfocarse en un esquema de justicia y responsabilidad social que deleve las relaciones de poder, privilegio y desigualdad¹⁶ entre víctimas, perpetradores y beneficiarios. Por ende, una concepción de derechos centrada en las correlativas obligaciones del Estado y de particulares, y no en las “naturalezas” de esos derechos, resulta más apropiada para afrontar los problemas de la transición (y, pensaría, en general en la interpretación y aplicación de los derechos humanos).

Cruda y ciertamente puede sostenerse que un mal cálculo de justicia por verdad puede ser moralmente inaceptable pero políticamente sostenible¹⁷. Estimo que develar esas relaciones de poder, privilegio y desigualdad entre víctimas, perpetradores y beneficiarios es un

¹⁵ Malamud critica el hecho de emplazar a los tribunales penales en el centro del proceso de transición política, pues ello significa circunscribir conflictos sociales muy comprehensivos a las limitadas dimensiones del juicio y el castigo penal, y puede conducir a “politizar” a los jueces en lugar de “judicializar” la política.

¹⁶ Si bien no se refiere a la época de transición, con base en ideas “igualitarias” de Rawls, Nagel, Dworkin y otros, Alegre otorga una especial relevancia a la necesidad de satisfacción de necesidades básicas, para alcanzar en forma urgente un mínimo de protección en el plano social y económico, como base misma de la legitimidad democrática, para lo cual otorga un papel importante a los jueces. Alegre, M., “Igualitarismo, democracia y activismo judicial”, en: *Los derechos fundamentales*. SELA, 2001, págs. 95-101.

¹⁷ Con base en los ejemplos de Chile y Argentina, Orentlicher cree haber constatado que las sociedades incapaces de abrir o sostener juicios penales en sus años iniciales de transición pueden tener mayor espacio político para hacerlo con el paso del tiempo, ayudados por las normas de derecho internacional que han evolucionado. Orentlicher, D., “‘Settling Accounts’ Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency”, *International Journal of Transitional Justice* 1, 2007, pág. 22.

imperativo de la transición. Por ende, suscribo dos nociones relevantes en temas de justicia transicional que el profesor Zalaquett desarrolla en torno a la idea weberiana de “ética de responsabilidad”:

- a) si una autoridad estatal no puede cumplir con una norma ética imperativa, debido a restricciones heredadas del pasado, debe, por lo menos, abstenerse de validar tal situación; y
- b) las medidas que adopten las nuevas autoridades deben ser compatibles con la sustentabilidad del nuevo régimen y, en lo posible, abrir también posibilidades para luego avanzar en mayor medida hacia los objetivos de ética política¹⁸.

Insertos los tribunales en esas lógicas, considero que éstos tienen, efectivamente, un rol en la transición. Un rol activo y responsable: les corresponde “chequear” que los actos u omisiones cuestionadas en el proceso contengan una base suficientemente democrática, participativa y deliberativa. En defecto de ello, deben intentar revelar, resguardando aquel “piso ético”, las (complejas) relaciones de poder subyacentes de desigualdad, sin cerrar las puertas a futuras acciones a través del sistema judicial cuando las restricciones del contexto sean determinantes. El nivel de intervención legítimamente justificado del tribunal depende del tipo de obligaciones en juego y es inversamente proporcional a las posibilidades reales de participación democrática del interesado o afectado (su mayor o menor ventaja o situación de inclusión-exclusión en el contexto específico).

El rol de los tribunales en la transición no tiene que ser, en definitiva, realmente tan diferente al que le correspondería en una democracia funcional, en tiempos de “normalidad”. Sin embargo, propongo que, ante la complejidad e inestabilidad de las transiciones, corresponde a las y los operadores de justicia un “deber de debida diligencia”, que implica en muchos casos activismo judicial, prudente y multidimensional, teniendo en cuenta al menos los siguientes postulados:

- a) ***In dubio pro vulnerable***: en la situación límite o ponderación última de los intereses en juego debe observar y proteger a quien se encuentre en situación de mayor vulnerabilidad relativa.

¹⁸ Zalaquett, J., “La reconstrucción de la unidad nacional y el legado de violaciones de los derechos humanos”... pág.12.

- b) **Principio pro libertatis:** considero que la interpretación y aplicación de las normas de derechos humanos en una sociedad democrática debe estar regida por el principio de favorecer la libertad personal del individuo o colectividad de que se trate, entendiendo libertad en el más amplio de los sentidos, como “la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia”¹⁹.
- c) **Efecto útil de sus decisiones:** los tribunales deben pensar en las posibilidades y condicionamientos reales para que su decisión sea efectivamente ejecutada, antes de tomarla.
- d) **Intertemporalidad:** puesto que sus decisiones pueden ser determinantes para muchas personas cuyos derechos han sido, son y continuarán siendo violados, y dado que los efectos de las mismas son sólo calculables hasta cierto punto, corresponde a las y los operadores de justicia hacer un esfuerzo máximo para adoptar tales decisiones en función de su impacto actual pero también a futuro, al menos para no cerrar posteriores puertas de avance hacia los objetivos de ética política.

¹⁹ Estas son las palabras de la Corte IDH en el Caso Gelman vs. Uruguay, al calificar la supresión o sustitución de identidad de la niña Macarena Gelman como una forma de desaparición forzada, que había violado el artículo 7 (derecho a la libertad personal) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ver párrs. 117 a 132 de la sentencia de 24 de febrero de 2011). “La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana”, es decir, que “cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo” (Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñíguez vs. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 21 de noviembre de 2007, Serie C No. 179, párr. 52). Es posible, también, encontrar el fundamento de este principio fundamental en el Preámbulo de la Convención Americana (así como de otros instrumentos interamericanos) y en el artículo 29 de la misma, que define las normas de interpretación. Ver también *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239, párr. 136. Además, a modo de referencia, se ha afirmado que “el principio *pro libertate*, el cual, junto con el principio *pro homine*, constituyen el meollo de la doctrina de los derechos humanos; según el primero, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad; según el segundo, el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano” (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 3173-93). Pido disculpas por no desarrollar más esta idea, pero considero que esta comprensión más amplia del derecho a la libertad personal en su sentido positivo abre interesantes puertas de interpretación de la Convención, aún poco exploradas en la jurisprudencia del Sistema Interamericano. Escribiré en un futuro al respecto (*inshalah*).

Sólo si el juez nacional no ha hecho “lo que le corresponde”, el juez internacional puede y debe entrar en acción, en los mismos términos. Sólo así, en complementariedad, tiene sentido considerar a la justicia internacional en interacción con la dialéctica democracia-Constitución nacional: como eventual “muro de contención”, como garantía colectiva; como “contralor complementario de convencionalidad”.

3. La aparente tensión democracia-Constitución extrapolada al ámbito internacional: “control de convencionalidad”

Las normas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y otras disposiciones de Derecho Internacional constituyen actualmente un marco normativo explícito e imperativo para los Estados, que puede orientar o restringir (en positivo y negativo) la formulación y ejecución de la agenda política en una sociedad democrática (e inclusive en sociedades agredidas por formas autoritarias de gobierno). Si bien es fuente de ética política, comparto la idea de que la finalidad de la doctrina de los derechos humanos es establecer un “piso ético”²⁰ ante el caos normal de la vida en sociedad.

En el marco conceptual en que Holmes se refiere al dilema contramayoritario²¹, propongo plantear, a modo de ejercicio para diluir un aparente problema, dos analogías:

- a) entre el concepto de “precompromiso constitucional” (una Constitución) y lo que podría llamarse un “precompromiso interestatal”

²⁰ Zalaquett, J. (ed), *Agenda de derechos humanos para América Latina*. IDL-CDH, 2002, pág. 4.

²¹ Dice Holmes que “Laurence Tribe comienza su influyente tratado sobre derecho constitucional con una formulación concreta del dilema contramayoritario: la discordia entre la política mayoritaria y los frenos anclados en la Constitución: “En su forma más básica, la pregunta [...] es por qué una nación que fundamenta la legalidad sobre el consentimiento de los gobernados decidiría constituir su vida política mediante un compromiso con un acuerdo original [...] estructurado deliberadamente para dificultar el cambio. De diversas maneras se ha planteado ya el problema subyacente. ¿Cómo se puede reconciliar ‘el consentimiento de los gobernados’ con la garantía de un consentimiento ulterior mediante una convención constitucional? ¿Por qué un marco constitucional, ratificado hace dos siglos, debe ejercer tan enorme poder sobre nuestras vidas actuales? [...] ¿La revisión judicial, cuando está basada en una lealtad supersticiosa a la intención de sus creadores, es compatible con la soberanía popular?”. Cfr. Holmes, Stephen, *El precompromiso y la paradoja de la democracia*.

- (un acuerdo entre Estados plasmado por ejemplo en un tratado internacional);
- b) entre “poder popular” (o democracia) y el concepto de soberanía estatal en las relaciones internacionales.

Propongo que la llamada “paradoja de la democracia constitucional”²² puede ser extrapolada al ámbito internacional de la siguiente manera: se presenta una aparente “tensión”, *prima facie* irreconciliable, entre el poder de los Estados soberanos y el poder e interés de la comunidad internacional, que mediante instrumentos internacionales también reconoce derechos humanos y a la persona como sujeto de derecho internacional, en formas si bien similares, no necesariamente coincidentes.

En tal sentido, este orden normativo, que podríamos llamar “precompromiso internacional”, ha adquirido una función legítimamente complementaria al “precompromiso constitucional”. Este orden se expresa a través de diferentes normas, instituciones, órganos y esquemas jurídicos y políticos de control, entre ellos las comisiones y tribunales internacionales. En este sentido, la justicia internacional calzaría en ese esquema multidimensional (de relaciones interindividuales,

²² Continuando la cita anterior, Holmes refiere a ideas de Martin Shapiro y Friederich A. Hayek como ejemplos del punto y el contrapunto de un debate o desacuerdo que “representa claramente la pugna – si puedo decirlo así – entre los demócratas, para quienes la Constitución es un fastidio, y los constitucionalistas, para quienes la democracia es una amenaza. Algunos teóricos se preocupan de que la democracia quede paralizada por la camisa de fuerza constitucional. Otros temen que se rompa el dique constitucional arrastrado por el torrente democrático. Pese a sus diferencias, ambos bandos convienen en que existe una tensión profunda, casi irreconciliable, entre constitucionalismo y democracia. En realidad, poco les falta para sugerir que la ‘democracia constitucional’ es un matrimonio de opuestos, un oxímoron”. No obstante, continúa Holmes observando que “la existencia de una ‘tensión’ irreconciliable entre constitucionalismo y democracia es uno de los mitos centrales del pensamiento político moderno”, el cual pone en entredicho al dudar de tal suposición, ampliamente compartida, y al atender “a la sugerencia de que constitucionalismo y democracia se apoyan mutuamente”. Considera el autor que, “de manera sorprendente para gran número de pensadores serios, la democracia constitucional sigue siendo una paradoja o, si no, una contradicción de términos. Según se revela, todas las democracias que funcionan actúan dentro de los límites fijados por unas limitaciones estabilizadoras. Por tanto, el concepto de [John Hart] Ely, de que las constituciones pueden reforzar la democracia, resulta manifiestamente superior a la idea opuesta de que constituciones y democracias son fundamentalmente antagónicas. Y sin embargo, subsiste el mito de una ‘tensión’ latente”.

individuos-Estado y relaciones interestatales) como un mecanismo de garantía colectiva de esos derechos, que hace parte, en definitiva, de los ordenamientos jurídicos de los Estados (los que, soberanamente, han aceptado la jurisdicción internacional). Su rol, no obstante, se complica en aquella concepción democrática por el dilema adicional que enfrentan los órganos de justicia internacionales: sus decisiones pueden convertirse en estándar internacional y, como tales, inciden en otros países y otros modelos transicionales que no tuvieron participación alguna en esa decisión.

En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, siendo uno de sus pilares el principio democrático²³, el funcionamiento de su sistema de protección internacional se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad)²⁴. De tal manera, considero que la aparente tensión señalada se puede “resolver”, no mediante concepciones centradas en la soberanía estatal, sino en el concepto de “control de convencionalidad”.

²³ La Carta de la OEA contiene varias referencias directas e indirectas a este principio. Igualmente la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos hacen constante referencia al sistema democrático, entre numerosos tratados y resoluciones en el marco de aquella.

²⁴ El preámbulo de la Convención Americana establece que la protección internacional de los derechos humanos es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. Así, “el sistema [de la Convención Americana] consta de un nivel nacional que consiste en la obligación de cada Estado de garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención y de sancionar las infracciones que se cometieren. Ahora bien, si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la Convención prevé un nivel internacional en la que los órganos principales son la Comisión y esta Corte. Pero como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, la protección internacional es ‘coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos’” (Corte IDH, *Caso Las Palmeras vs. Colombia*, fondo, sentencia de 6 de diciembre de 2001, Serie C No. 90, párr. 33). De tal manera, “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. Los tribunales internos y órganos estatales tienen el deber de asegurar la implementación de la Convención Americana a nivel nacional” (Corte IDH, *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).

La idea de “control de convencionalidad” ha sido expresada por la Corte IDH en los siguientes términos:

[L]as autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico²⁵. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana²⁶.

Si bien este es un término acuñado por la Corte IDH desde su sentencia en el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, dictada en el año 2006, control de convencionalidad es, en realidad, la función que ha venido desarrollando (o debido desarrollar en algunas ocasiones) la Corte desde que fue establecido el mecanismo interamericano de derechos humanos.

Es así que, dadas las limitadas posibilidades reales de acceso a la justicia internacional,

[...] la única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el “criterio de interpretación y aplicación”, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a

²⁵ Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párr. 124; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216, párr. 219, y *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de septiembre de 2010, Serie C No. 217, párr. 202.

²⁶ Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile...* párr. 124; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México...* párr. 219, y *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia...* párr. 202.

los pronunciamientos de la Corte constituida merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales²⁷.

Lo anterior significa que se ha instaurado un control dinámico y complementario de los actos y omisiones de los Estados, respecto de sus obligaciones de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria). Es ese el sentido de la última frase del párrafo transcrito *supra*: las autoridades nacionales deben “tomar en cuenta” (dar aplicación, seguir los lineamientos, conformar los criterios, adecuar los razonamientos) a la jurisprudencia de la Corte IDH (o, en su caso, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), que se autodefine como intérprete “última” de la Convención. Esto no quiere decir, necesariamente, que sea la máxima y suprema instancia de interpretación de los tratados de derechos humanos. La Corte IDH no es un tribunal internacional de casación. La frase “última” refuerza, a mi criterio, la idea de complementariedad, pues en un caso que ha llegado a jurisdicción de la Corte las autoridades internas y otros órganos han tenido ya la oportunidad de dar su propia interpretación, lo que no afecta la obligación de estas autoridades de aplicar consistentemente el derecho de los derechos humanos. Es un proceso dinámico, de retroalimentación, de “referencia cruzada” o “fertilización jurisprudencial cruzada”²⁸, en que también las instancias internacionales observan y se alimentan de los criterios de los tribunales internos, lo que permite trabajar en un *corpus juris* sobre derechos humanos consistente y reproducible en los ordenamientos jurídicos.

Es así que en los últimos años se ha establecido un indispensable y productivo “diálogo jurisprudencial” entre la Corte IDH y los tribunales nacionales y todo tipo de órganos de administración de justicia²⁹.

²⁷ Corte IDH, *Caso trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C No. 158, voto razonado del juez Sergio García Ramírez.

²⁸ Sobre la “fertilización cruzada” jurisprudencial entre tribunales internacionales, ver Cançado Trindade, Antônio A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, pág. 30.

²⁹ “En ese proceso de interacción la Corte no se sitúa por encima de los Estados, sino que cumple su función de actuar, en el terreno de lo contencioso, cuando

Este “diálogo” se expresa en varios escenarios posibles, entre los que interesa destacar:

- a) el “choque” o ruptura entre la decisión del órgano del sistema internacional y la decisión del órgano interno³⁰;
- b) ciertos casos en que la Corte IDH ha entrado a “dirimir”³¹ conflictos de criterios entre tribunales internos³²;

se le somete un caso después de haberse agotado la jurisdicción interna. El carácter vinculante de las sentencias de la Corte no está hoy en discusión y en lo esencial ellas son acatadas por los Estados. Especialmente notable es que los tribunales nacionales vienen inspirándose de manera creciente en los criterios jurisprudenciales de la Corte, espacio internacional que hoy sirve a los tribunales más relevantes de América Latina como inspiración de razonamiento jurisdiccional. Se multiplica, así, en centenares y, acaso, en miles de espacios judiciales nacionales, la jurisprudencia de la Corte. El tribunal interamericano, por su lado, se nutre también de la importante jurisprudencia de instancias nacionales. El Tribunal no puede situarse al margen o por encima de esa dinámica institucional ni pretender corregir decisiones internas salvo cuando se trate de decisiones contrarias o que confronten los parámetros internacionales a la luz de la Convención Americana. [...] El carácter subsidiario de los órganos de protección del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos supone que las instancias internas cuentan con márgenes para establecer y aplicar criterios para reparar la violación. Ello permite que los órganos e instituciones nacionales refuercen sus capacidades para utilizar procedimientos y criterios que estén en concordancia con los parámetros internacionales en materia de derechos humanos”. Voto concurrente del juez Diego García-Sayán a la sentencia dictada en el Caso Cepeda Vargas (Corte IDH, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C No. 213).

30 Cuando el Estado desconoce abiertamente lo que la Corte IDH dispone, *e.g.* el pretendido “retiro” del Perú de la competencia de aquélla. Cfr. Resoluciones sobre “competencia” en: *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, competencia, sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C No. 55; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, competencia, sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C No. 54.

31 Entre comillas, pues aquélla no es tribunal superior ni de apelaciones respecto de los tribunales internos.

32 Por ejemplo, cuando ha dispuesto que la jurisdicción militar no era competente para conocer determinados hechos violatorios de derechos humanos (*Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C No. 109) o ha reafirmado la decisión de un tribunal constitucional que así lo dispuso (*Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134). En un interesante y reciente ejemplo, ya en fase de supervisión de la sentencia dictada en el Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, se informó que, como consecuencia de la orden emitida por la Corte Suprema de Justicia de Guatemala de reabrir la investigación por los hechos de tortura y desaparición de la víctima, un excoronel del Ejército imputado en el caso presentó un recurso de amparo ante la Corte de Constitucionalidad alegando que existía un sobreseimiento a su favor y que al reabrir el proceso se desconocerían sus derechos de defensa, los principios del debido proceso, entre otros. La Corte de Constitucionalidad

- c) retoma decisiones de tribunales internos que han adoptado “criterios correctos”, pero igualmente declara la violación de la Convención³³;

declaró con lugar el amparo al considerar que la Corte Suprema debió fundamentar la reapertura de la investigación. La Corte Suprema en efecto cerró la investigación y la Comisión Interamericana y los representantes de las víctimas alegaron que ello contravenía lo dispuesto en la sentencia de la Corte IDH en cuanto a la obligación del Estado de investigar. Por esta razón, la Corte IDH analizó si la orden emitida por la Corte de Constitucionalidad era compatible con las obligaciones internacionales del Estado. Si bien la Corte IDH realizó, innecesariamente a mi criterio (por razones que no explicaré en este artículo), un juicio de ponderación entre la garantía de *ne bis in idem* del imputado y los derechos de las víctimas en el caso, también decidió – acertadamente – que “las Sentencias y Resoluciones emitidas por la Corte en el presente caso eran suficientes para reiniciar o impulsar todo tipo de proceso penal relacionado con la investigación de los hechos, a través de las medidas de derecho interno – incluyendo órdenes judiciales – necesarias para superar cualquier obstáculo que impida la investigación o que no la haga idónea o efectiva. En consecuencia, con base en la obligación de investigar derivada de las Sentencias emitidas por la Corte, no puede tener efecto el sobreseimiento ocurrido con anterioridad a las Sentencias y Resoluciones emitidas por la Corte, las cuales constituyen la fuente para que el Poder Judicial ejerza un “control de convencionalidad” respectivo entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana”. Continuó la Corte considerando que “no sólo su jurisprudencia constante, sino también diversas prácticas en la región, relacionadas con la implementación judicial de sus órdenes, permiten inferir que no son necesarias órdenes específicas y desagregadas para que las autoridades internas implementen efectivamente investigaciones judiciales y adopten las medidas necesarias para superar los obstáculos que generan impunidad. [...] Las decisiones que generaron el cierre del caso han frenado los avances iniciales en el cumplimiento del deber de investigar y traen como consecuencia la impunidad en un caso de grave violación de derechos humanos como éste, incumpliendo lo dispuesto por la Corte Interamericana. En este tipo de casos, la prevalencia de un sobreseimiento por encima de los derechos de las víctimas genera que el proceso continúe con manifiestas violaciones del acceso a la justicia, proyectando la impunidad en el tiempo y haciendo ilusorio lo ordenado por esta Corte. En consecuencia, el Tribunal decide que el Estado debe realizar todas las gestiones concretas y pertinentes para cumplir con dichas Sentencias y Resoluciones y adecuar las decisiones judiciales pertinentes, de tal forma que el Estado continúe con la investigación y que no puedan oponerse excluyentes de responsabilidad que impidan dicha investigación y la eventual sanción de los responsables” (Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte de 18 de noviembre de 2010).

³³ En el Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, al desarrollar el derecho a no ser forzosamente desplazado, bajo los artículos 4, 5 y 22 de la Convención, la Corte IDH se basó extensamente en la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T/025-04. En esta sentencia, la Corte Constitucional analiza ampliamente el fenómeno del desplazamiento interno que, consciente de la existencia de más de 3 millones de desplazados, consideró en una sola sentencia las acciones de tutela interpuestas por 1.150 núcleos familiares de población desplazada. Además, en el proceso fueron recibidas intervenciones de diversos organismos internacionales y de la sociedad civil. En esta sentencia, esa Corte Constitucional declaró un “estado de cosas inconstitucional” y una violación masiva y sistemática de derechos, con base en su situación de vulnerabilidad y a

- d) reconoce que, en forma concordante con las obligaciones estatales internacionales, órganos, instancias o tribunales internos, han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso³⁴, han resuelto la violación alegada³⁵ o han dispuesto reparaciones razonables³⁶; y

la amplia gama de derechos CP y ESC que les afecta, e identificó obstáculos que enfrentan para retornar en condiciones de seguridad humana. Por último, dispuso un sistema de supervisión periódico de los alcances de su propia sentencia, en el marco del cual se han dado numerosas resoluciones de seguimiento.

- 34 En el Caso *La Cantuta vs. Perú* se discutió si las leyes de amnistía, declaradas incompatibles con la Convención en un caso anterior (*Barrios Altos*), continuaban surtiendo efectos a nivel interno. Luego de observar que los actos de varios órganos estatales y decisiones del Tribunal Constitucional peruano eran conformes a lo dispuesto anteriormente, la Corte IDH estimó que el Estado no había continuado incumpliendo el artículo 2 de la Convención. El análisis realizado fue muy amplio. Ver, además, muy recientemente la resolución dictada por la Corte en el caso *Barrios Altos*, en relación con una decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema peruana que afectaba los alcances y cumplimiento de la Sentencia. Cfr. Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte de 7 de septiembre de 2012.
- 35 En el Caso *Cepeda Vargas vs. Colombia*, la Comisión solicitó a la Corte que declare al Estado responsable por la violación del derecho a la protección de la honra y dignidad de los familiares, en cuanto declaraciones realizadas por altos funcionarios del Estado en su contra constituyeron “actos de estigmatización” que les afectaron, a ellos “y a la memoria del Senador”. Los representantes estimaron que tales declaraciones “fueron particularmente graves, ya que además de fomentar el odio, el desprecio público, y la persecución, tuvieron y tienen el efecto de incitar la violencia contra la víctima y sus familiares”. El Tribunal estimó “razonable considerar que la desprotección ocasionada al Senador Cepeda Vargas, en el contexto en que fue vinculado con las FARC, ha repercutido también en sus familiares, afectando su honra, dado que el estigma social y las acusaciones públicas contra aquél se extendieron también a la familia, especialmente después de su ejecución. Por otro lado, la Corte IDH observó que la alegada violación al artículo 11 se basaba también en un hecho específico en perjuicio del hijo del Senador: un mensaje publicitario emitido como parte de la publicidad electoral de la campaña de reelección del entonces candidato a Presidente de la República Álvaro Uribe Vélez, desde mediados del mes de abril de 2006. La Corte IDH observó que la propia Corte Constitucional de Colombia había dictado la Sentencia T-959 de 20 de noviembre de 2006, en la que reconoció que la difusión de ciertos mensajes a través de medios masivos de comunicación menoscabó el buen nombre y la honra del señor Iván Cepeda Castro, en cuanto hijo de una de las víctimas de la violencia política del país y que los mencionados derechos también se han violado a sus familiares. La Corte IDH declaró que “había analizado la referida sentencia de la Corte Constitucional, en el sentido que declaró la [referida] violación [...] por el mencionado mensaje publicitario, y que además dispuso reparaciones pertinentes a nivel interno”, por lo que – correctamente, en mi opinión – el Tribunal no prosiguió con análisis alguno respecto de la violación alegada en cuanto a ese hecho (ver párrs. 203 a 210 de la sentencia de 26 de mayo de 2010).
- 36 En el mismo Caso *Cepeda Vargas vs. Colombia*, en lo relativo a las reparaciones, los representantes solicitaron que se ordenara al Estado el pago de indemnizaciones por los daños materiales y morales a favor de los familiares, adicionales a las

- e) controla la convencionalidad de los actos internos si las autoridades nacionales no lo han hecho suficiente o correctamente.

Este supuesto será analizado en la siguiente sección de este ensayo, en relación con decisiones de la Corte IDH en varios casos colombianos y en el Caso Gelman vs. Uruguay.

4. Interesantes casos de control de convencionalidad en la jurisprudencia interamericana

a. La obligación de investigar y la “Ley de Justicia y Paz” en varios casos colombianos

Sin entrar a definir si Colombia se encuentra actualmente (y desde cuándo) en proceso de transición, se podrían examinar algunas

otorgadas en la vía contencioso-administrativa interna. Los representantes alegaron que “las indemnizaciones que se ordenan en los fallos [internos] no encuentran correspondencia con el verdadero alcance de la responsabilidad estatal y por tanto sustancialmente son insuficientes y parciales”, así como que los criterios utilizados en dichos procesos no se ajustan a los estándares del Sistema Interamericano. Respecto del lucro cesante otorgado, los representantes sostuvieron que el Estado recurrió a criterios y métodos de cálculo disímiles a los utilizados por la Corte. El Estado consideró, entre otros, improcedente el requerimiento de un pago por concepto de pérdida de ingresos a favor de los hijos del Senador Manuel Cepeda Vargas; que su hijo y la hija no solicitaron ninguna indemnización por daño material para ellos mismos dentro del proceso contencioso y estuvieron de acuerdo con la distribución de las indemnizaciones por lucro cesante realizada por el Tribunal Administrativo. A su vez, el Estado solicitó a la Corte que tome en cuenta las reparaciones económicas ya otorgadas y que no ordene montos adicionales de indemnización a los familiares que ya fueron indemnizados. La Corte consideró que “de existir mecanismos nacionales para determinar formas de reparación, esos procedimientos y resultados pueden ser valorados (*supra* párr. 139). Si esos mecanismos no satisfacen criterios de objetividad, razonabilidad y efectividad para reparar adecuadamente las violaciones de derechos reconocidos en la Convención declaradas por este Tribunal, corresponde a éste, en ejercicio de su competencia subsidiaria y complementaria, disponer las reparaciones pertinentes. En este sentido, ha sido establecido que los familiares del Senador Cepeda Vargas tuvieron acceso a los tribunales contencioso-administrativos, los que determinaron una indemnización por pérdida de ingresos con criterios objetivos y razonables. En consecuencia, la Corte valora positivamente lo actuado por los tribunales internos en este caso y estima que lo fijado en esas instancias es razonable en los términos de su jurisprudencia”. No obstante, esta decisión es ciertamente discutible, no por el razonamiento y fundamento que dio la Corte, que es consecuente con la idea de complementariedad, sino porque la Corte no estableció los criterios específicos que en el caso concreto le permitieron determinar que lo actuado en la jurisdicción contenciosa fuera “razonable”. De hecho, la decisión en este punto no fue unánime a lo interno de la Corte, lo cual se evidencia en los votos de los jueces García-Sayán, Ventura Robles, Pérez Pérez y Vio Grossi (ver párrs. 243 a 247 de la sentencia, y los votos concordantes y disidentes).

decisiones judiciales alrededor de la Ley 975 de 2005, llamada “Ley de Justicia y Paz”³⁷. Esta ley ha sido promovida como uno de los ejes de políticas de justicia penal en el marco del conflicto armado. Aclaro que no pretendo hacer un análisis estructurado y exhaustivo de la ley.

En un primer momento, esta ley fue cuestionada ante la Corte IDH en el Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia³⁸. La discusión fue introducida al proceso en forma tardía por los representantes de los familiares de las víctimas, que alegaban que tal ley se constituía en un obstáculo para que el Estado cumpliera con su obligación de investigar los hechos. En el capítulo de reparaciones, la Corte tomó nota de la entrada en vigor de la ley y se limitó a señalar, conforme a sus precedentes, que ninguna ley ni disposición de derecho interno puede impedir a un Estado cumplir con aquella obligación, en particular las disposiciones de amnistía, las reglas de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad. Además, reiteró que esa obligación debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y la repetición de los hechos.

Posteriormente, en la exhaustiva sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006, la Corte Constitucional colombiana calificó a la ley como una “de justicia transicional”; en términos generales, la “avaló” pero buscó adecuarla al “bloque de constitucionalidad” (normas constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado), pues declaró la inconstitucionalidad total o parcial de algunos artículos, la “constitucionalidad condicionada” de otros y se inhibió para pronunciarse sobre muchos otros artículos.

Destaco de esta sentencia que declarara la inconstitucionalidad de la restricción del patrimonio para reparar los daños por los delitos cometidos a los bienes ilícitamente obtenidos por los paramilitares y de las restricciones presupuestales del Estado para reparar a las víctimas. Asimismo, la constitucionalidad de la aplicabilidad del sistema penal

³⁷ “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”.

³⁸ Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia...* párrs. 301-304.

acusatorio condicionada a que la víctima o perjudicado pueda participar en el proceso para ejercer sus derechos y pueda conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del delito que le afectó. A su vez, la integración del fondo de reparaciones queda condicionada a que cada uno de los miembros de grupos armados respondan con su propio patrimonio para indemnizar a las víctimas, incluso solidariamente respecto de otros hechos cometidos por el grupo.

De tal manera, es posible apreciar que muchos de los fundamentos de la sentencia de la Corte Constitucional destacados, responden a ciertos aspectos de la función de los tribunales en transición: en particular, la constatación y revelación de relaciones de poder entre víctimas y perpetradores, así como de vínculos de éstos con otros beneficiarios, *e.g.* al resolver que los miembros de grupos ilegales tendrán que responder solidariamente con su patrimonio y que las restricciones presupuestales del Estado son inoponibles para efectos de reparación.

Es interesante además que, considerando “fuente de Derecho Internacional vinculante para Colombia, por tratarse de decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana”, la Corte Constitucional transcribió apartes de sentencias de la Corte IDH. De éstas derivó “estándares sobre justicia, no repetición, verdad y reparación de las víctimas” que consideró “de relevancia jurídica para la interpretación de derechos y deberes en el orden interno”. Es decir, es posible afirmar que el tribunal interno realizó también, en este sentido, un “control de convencionalidad”, en conjunto con una amplia gama de disposiciones internacionales.

Asimismo, transversalmente se puede apreciar en la sentencia una constatación del origen deliberado de la ley en el parlamento y, al decidir la constitucionalidad condicionada de determinados aspectos, la Corte Constitucional dialoga con los otros poderes y les reenvía la adecuación de la ley para su aplicación conforme a lo interpretado.

Sin embargo, uno de los aspectos más relevantes y transversales de la sentencia de la Corte Constitucional es que ésta hizo un ejercicio de ponderación entre los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, por un lado, y un “derecho colectivo a la paz” de la sociedad colombiana y de superar definitivamente las condiciones

que propician la violencia, por el otro. Así, señaló que cierto tipo de limitaciones de los derechos de las víctimas son admisibles sólo si son correlativamente proporcionales a que la sociedad puede alcanzar la paz y a la desarticulación de los factores de la violencia³⁹.

Con posterioridad a esta decisión, la llamada Ley de Justicia y Paz fue nuevamente cuestionada ante la Corte IDH.

En el Caso de las Masacres de Ituango⁴⁰, también hubo discusión entre las partes respecto de esta ley, pero en esta oportunidad la Corte IDH no hizo pronunciamiento alguno. Sin embargo, en el capítulo de la sentencia dictada en el Caso de la Masacre de La Rochela⁴¹ relativo a la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención, la Corte IDH entró a considerar mucho más ampliamente diversos aspectos de la Ley de Justicia y Paz. La Corte tomó en cuenta la sentencia de la Corte Constitucional referida; destacó algunos puntos de ésta; observó, además, que el tribunal interno decidió “no concede[r] efectos retroactivos a estas decisiones” y que, con posterioridad a esa sentencia, el Gobierno ha expedido decretos que reglamentan la ley.

La Corte IDH consideró los amplios alegatos de las partes y, con base en la información aportada, observó que la aplicación de esta ley se encuentra en una primera etapa de actos procesales relacionados con la recepción de versiones libres de algunas personas desmovilizadas; que en una segunda etapa futura se determinaría si los desmovilizados que se han postulado cumplen o no los requisitos de elegibilidad para acceder a los beneficios respectivos, y expresó que “no escapa a la Corte

³⁹ Respecto de esto último, si bien no es un tema de este artículo, me parece que no queda claro en la sentencia de la Corte Constitucional la pretendida ponderación que hace entre derechos de las víctimas y un difuso “derecho a la paz”. Considero que, por su diversa naturaleza y por las correlativas obligaciones estatales respecto de los derechos de las víctimas, éstos no son ponderables con un derecho abstracto a la paz. Más allá del hecho de que el “derecho a la paz” fue reconocido en la Constitución colombiana de 1991, lo que técnicamente permitiría la referida ponderación, ese pretendido balance democrático podría ir en contravía, en este sentido, de la necesidad de proteger al más vulnerable. Ese derecho colectivo, difuso e inasible “a la paz” no parece algo concreto para ponderar con derechos específicos de víctimas concretas.

⁴⁰ Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C No. 148.

⁴¹ Corte IDH, *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 163.

que la aplicación de este procedimiento especial se suma a los 18 años de procesos judiciales adelantados en relación con este caso”. Asimismo, el Tribunal señaló:

Dado que existe incertidumbre sobre el contenido y alcance preciso de la Ley 975, que se encuentran en desarrollo los primeros actos del procedimiento penal especial que podría permitir la concesión de beneficios penales para personas que han sido señaladas de tener alguna vinculación con los hechos de la masacre de La Rochela, que aún no existen decisiones judiciales al respecto, y dadas las solicitudes de las partes [...], la Corte estima oportuno indicar a continuación, con base en su jurisprudencia, algunos aspectos sobre principios, garantías y deberes que debe observar la aplicación del referido marco jurídico de desmovilización. Asimismo, es necesario indicar que los funcionarios y autoridades públicas tienen el deber de garantizar que la normativa interna y su aplicación se adecuen a la Convención Americana⁴².

Con base en sus precedentes, la Corte enfatizó en varias obligaciones del Estado, todas relacionadas con el deber de garantizar el derecho de acceso a la justicia y el conocimiento y acceso a la verdad, a través de su deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar, así como reparar las graves violaciones a los derechos humanos⁴³. Destaca, al respecto, el *obiter* de la Corte:

En casos de graves violaciones a los derechos humanos, las obligaciones positivas inherentes al derecho a la verdad exigen la adopción de los diseños institucionales que permitan que este derecho se realice en la forma más idónea, participativa y completa posible [...]. La Corte resalta que la satisfacción de la dimensión colectiva del derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades.

Así, en la parte de reparaciones de la sentencia, la Corte observó dos posibles obstáculos a nivel interno respecto de la obligación de investigar: la prescripción de la acción penal por concierto para delinquir en casos de violaciones cometidas por miembros de grupos paramilitares

⁴² *Ibidem*, párr. 192.

⁴³ *Ibidem*, párrs. 193-198.

y la concesión de beneficios legales para miembros de organizaciones armadas al margen de la ley. Respecto de esto último, afirmó que si esas personas son señaladas de involucrar una compleja estructura de ejecución de graves violaciones a los derechos humanos, pero que alegan no haber participado en tales violaciones, se exige la mayor debida diligencia de las autoridades competentes para determinar si realmente el beneficiario participó en la compleja estructura de ejecución de tales violaciones.

**b. La obligación de investigar vista como sistema.
Caso Cepeda Vargas vs. Colombia**

Lo anterior fue, en otro sentido, un tema relevante en el caso Manuel Cepeda Vargas y otros vs. Colombia⁴⁴. El señor Manuel Cepeda Vargas fue un líder político y miembro de los partidos políticos Unión Patriótica (UP) y Partido Comunista de Colombia (PCC), y un comunicador social con una orientación de oposición crítica. Fue miembro de la dirigencia de dichos partidos, y elegido como Senador de la República para el período 1994-1998. El 9 de agosto de 1994 fue asesinado cuando se desplazaba desde su vivienda hacia el Congreso de la República. El móvil del crimen fue su militancia política de oposición, que ejercía como dirigente de la UP y del PCC, en sus actividades parlamentarias como Senador de la República y en sus publicaciones. Los hechos del caso ocurrieron en un contexto de violencia sistemática contra los miembros de la UP y se alegó la existencia de un plan específico para eliminar a sus líderes. Fueron expresas y numerosas las solicitudes de protección que se realizaron a favor del Senador Cepeda Vargas ante diversas autoridades estatales, inclusive ante altos funcionarios del Poder Ejecutivo. Fue evidente para el Tribunal que las autoridades internas se abstuvieron injustificadamente de protegerlo, o que las pocas medidas adoptadas fueron claramente insuficientes, en el contexto referido, lo que imponía al Estado una obligación especial de prevención y protección.

En este caso, la Corte IDH observó lo actuado por las autoridades internas, a niveles administrativos y judiciales, que debieron haber prevenido la ejecución y protegido al señor Cepeda Vargas, así como investigado efectivamente los hechos, antes y después de la ejecución.

⁴⁴ Corte IDH, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia...*

En cuanto al deber de prevención, la Corte consideró que

existió una estructura organizada que determinó, planificó y llevó a cabo la ejecución del Senador Cepeda Vargas. El propio Estado reconoció que la dilación en las investigaciones “ha impedido establecer a los determinadores del homicidio y cuáles eran las estructuras criminales subyacentes y que lo impulsaron”. El deber de diligencia estatal implicaba que la investigación sobre las amenazas dirigidas al Senador Cepeda y otros miembros de la UP debió dirigirse también a determinar la existencia de planes para eliminarlo, dado el contexto en que se denunciaban las amenazas, precisamente como un medio de prevención para conjurarlas y, de esa forma, haber contribuido a impedir la ejecución del Senador Cepeda o al menos a tratar de impedirlo. No consta que el Estado condujera tal investigación en el momento oportuno. En efecto, ante el contexto de violencia que enfrentaba la UP y el PCC en Colombia al momento de los hechos, el deber de debida diligencia frente a las denuncias de amenazas de muerte adquirió un carácter especial y más estricto, en tanto exigía del Estado prevenir la vulneración de los derechos del Senador Cepeda Vargas [...] la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación de los responsables de las amenazas y de los crímenes acontecidos en el mismo contexto⁴⁵. Por ende, en ese referido contexto, la ejecución del Senador Cepeda Vargas fue propiciada, o al menos permitida, por el conjunto de abstenciones de varias instituciones y autoridades públicas de adoptar las medidas necesarias para proteger su vida, entre las cuales destaca la falta de investigación adecuada de las amenazas en el marco de un alegado plan de exterminio de dirigentes de la UP.

La Corte IDH observó que autoridades estatales acreditaron la actitud omisiva del Estado frente a las solicitudes de protección⁴⁶.

⁴⁵ Cfr. Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párr. 126. Ver también, *mutatis mutandi*, *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. 283; *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia...* párr. 123, y *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párr. 76.

⁴⁶ Por ejemplo, el Tribunal Contencioso Administrativo, al resolver sobre el incumplimiento de la “obligación de vigilancia”, encontró “comprometida la responsabilidad de la administración, a través del Ministerio de Defensa y el [DAS], en la medida en que dichas instituciones no atendieron en forma suficiente los deberes constitucionales y legales de protección que les eran propios, pues

Además, estimó que en el conjunto de la prueba ofrecida, y del contexto en que ocurrieron los hechos, “se puede constatar que en la planeación y ejecución del homicidio participaron otros miembros del Ejército y miembros de uno o varios grupos paramilitares, lo que surge incluso de las propias constataciones de las investigaciones internas”. En este sentido, estimó el Tribunal que el crimen requirió una compleja organización, que debió ser abordado como tal por las autoridades encargadas de las investigaciones, las que en el caso no habían logrado establecer todos los vínculos entre los distintos perpetradores ni determinar a los autores intelectuales⁴⁷. De tal manera, la Corte reiteró su jurisprudencia en cuanto a que, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la garantía y protección de ciertos derechos afectados por esas situaciones⁴⁸.

No obstante, más allá de una visión centrada en el proceso penal y que, creo, busca la expansión del debido control de convencionalidad

no se tomaron las medidas idóneas de seguridad para proteger la vida del extinto Senador”. El propio Consejo de Estado señaló que ante las solicitudes de protección a su vida formulada por el Senador, “de manera directa, pública, oficial y por intermedio de la Comisión Interamericana, la respuesta del Estado fue prácticamente nula”, aún cuando el grave riesgo que corrían él y demás miembros del PCC y la UP era públicamente notorio. Por su parte, al realizar un amplio análisis de los hechos y circunstancias relevantes del homicidio en su informe evaluativo de julio de 1997, la Procuraduría Segunda Distrital tuvo en cuenta que se había denunciado el alegado “plan golpe de gracia” y observó la conducta omisiva de otros funcionarios, inclusive de “la Administración Distrital y de altas instancias del Ejecutivo Nacional”.

⁴⁷ El Tribunal observó que, en casos como éste, es precisamente la división de tareas entre perpetradores intelectuales y materiales lo que dificulta el esclarecimiento de los vínculos entre ellos y, asimismo, las características de la planeación y ejecución del crimen tienden a dificultar la conexión entre los dos niveles de perpetradores. Citó al respecto a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que sostiene que: “The presumption behind system crimes is that they are generally of such a scale that they require a degree of organization to perpetrate. [...] Most often, this organization will be the apparatus of the State”. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Rule-of-law Tools for Post-Conflict State, Prosecution Initiatives*, (HR/PUB/06/4), United Nations, Nueva York y Ginebra, 2006, pág. 11.

⁴⁸ Cfr. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia...* párr. 145; *Caso Radilla Pacheco vs. México...* párr. 143, y *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de septiembre de 2009, Serie C No. 202, párr. 65.

hacia el conjunto del sistema jurídico, la Corte hizo interesantes reflexiones acerca de la concreción de las obligaciones de protección e investigación ante crímenes complejos que recaen en las autoridades administrativas y judiciales. Señaló:

En casos complejos, la obligación de investigar conlleva el deber de dirigir los esfuerzos del aparato estatal para desentrañar las estructuras que permitieron esas violaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias, y no sólo descubrir, enjuiciar y en su caso sancionar a los perpetradores inmediatos. Es decir, la protección de derechos humanos debe ser uno de los fines centrales que determine el actuar estatal en cualquier tipo de investigación. De tal forma, la determinación sobre los perpetradores de la ejecución extrajudicial del Senador Cepeda sólo puede resultar efectiva si se realiza a partir de una visión comprensiva de los hechos, que tenga en cuenta los antecedentes y el contexto en que ocurrieron y que busque develar las estructuras de participación.

Como parte de la obligación de investigar ejecuciones extrajudiciales como la del presente caso, las autoridades estatales deben determinar procesalmente los patrones de actuación conjunta y todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades. No basta el conocimiento de la escena y circunstancias materiales del crimen, sino que resulta imprescindible analizar el conocimiento de las estructuras de poder que lo permitieron, diseñaron y ejecutaron intelectualmente y materialmente, así como de las personas o grupos que estaban interesados o se beneficiarían del crimen (beneficiarios). Esto puede permitir, a su vez, la generación de hipótesis y líneas de investigación; el análisis de documentos clasificados o reservados, y un análisis de la escena del crimen, testigos, y demás elementos probatorios, pero sin confiar totalmente en la eficacia de mecanismos técnicos como éstos para desarticular la complejidad del crimen, en tanto los mismos pueden resultar insuficientes. En consecuencia, no se trata sólo del análisis de un crimen de manera aislada, sino inserto en un contexto que proporcione los elementos necesarios para comprender su estructura de operación.

Para garantizar el derecho de acceso a la justicia, en un caso de ejecución extrajudicial en que la vía penal tiene un rol principal, otros mecanismos, procedimientos o modalidades utilizadas en el derecho interno pueden resultar útiles o eficaces como complemento para establecer la verdad, determinar los alcances y dimensiones de la

responsabilidad estatal y reparar integralmente las violaciones. Así, se procura evitar que se generen condiciones de impunidad, que puede producirse de múltiples formas, por lo cual el Estado debe remover todos los obstáculos, *de facto* y *de jure*, que la propicien o mantengan.

Consecuentemente, la Corte analizó los procesos tramitados en las jurisdicciones disciplinaria, contencioso-administrativa y penal ordinaria, a fin de determinar si los mismos habían constituido un recurso efectivo para asegurar los derechos de acceso a la justicia, a conocer la verdad y a la reparación de los familiares. Es decir, para determinar si en el marco de sus competencias habían realizado efectivos controles de convencionalidad.

En cuanto al procedimiento disciplinario, llevado a cabo por varios órganos de la Procuraduría General de la Nación, la Corte consideró que la existencia misma de tal procedimiento, que pueda atender, al menos indirectamente, casos de violaciones de derechos humanos, reviste un importante objetivo de protección. De esta forma, observó que la Procuraduría determinó las faltas de los dos militares identificados como autores materiales del hecho y del ex Secretario de Gobierno de la Alcaldía de Bogotá. No obstante, la Corte destacó que la determinación de responsabilidades por parte de la Procuraduría no abarcó a otros posibles funcionarios públicos implicados, como otros miembros de las fuerzas armadas, a pesar de que el informe evaluativo que dio inicio a la investigación había observado la gravedad, complejidad y magnitud de los hechos⁴⁹.

⁴⁹ Este informe evaluativo del órgano de la Procuraduría concluyó con la recomendación de apertura de la investigación disciplinaria contra los suboficiales del Ejército condenados penalmente por los hechos y un Coronel del Ejército, a quien se identificó como “determinador” de los hechos; contra el entonces Secretario de Gobierno de Santafé de Bogotá, y dos coordinadores de su despacho, al observar la “conducta omisiva” de “la Administración Distrital”, por no haber atendido oportunamente solicitudes de protección para el señor Cepeda Vargas. Además, observó posibles conductas omisivas de “altas instancias del Ejecutivo Nacional”, por lo que indicó que correspondía al Procurador General de la Nación tomar la decisión pertinente respecto de los exministros de Defensa y de Relaciones Exteriores y del ex Director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), órgano que entre otras funciones tiene a cargo servicios de inteligencia. La Corte observó que, no obstante, no constaba alguna acción en este sentido.

Por otro lado, para evaluar la efectividad de los recursos incoados en la jurisdicción contencioso-administrativa nacional, la Corte consideró que debía observar “si las decisiones tomadas en aquella han contribuido efectivamente a poner fin a la impunidad, a asegurar la no repetición de los actos lesivos y a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos protegidos por la Convención”. A su vez, recordó que, en varios casos contra Colombia, había establecido que la reparación integral de una violación a un derecho protegido por la Convención no puede ser reducida al pago de compensación a los familiares de la víctima, pues una reparación integral y adecuada, en el marco de la Convención, exige medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. Observó la Corte que “los tribunales contencioso administrativos no establecieron responsabilidad institucional por acción de funcionarios estatales en la ejecución del Senador Cepeda Vargas, que considerara la transgresión de sus derechos a la vida y la integridad personal, entre otros, a pesar de que al momento de sus decisiones se contaba ya con los resultados parciales del proceso penal e incluso del disciplinario. En este sentido, no contribuyeron de manera sustancial al cumplimiento del deber de investigar y esclarecer los hechos”.

Con relación a la determinación de responsabilidades en la investigación penal, la Corte observó que no constataba que la Fiscalía o la Procuraduría investigaran diligentemente la hipótesis de participación de altos oficiales militares, ni las razones por las que un coronel del Ejército no fue vinculado a proceso oportunamente, a pesar que este oficial fue señalado como autor intelectual del crimen en el mismo testimonio que dio lugar a la inculpación de los suboficiales; que era uno de los altos mandos militares identificados por el mismo Senador Cepeda como instigadores del llamado “plan golpe de gracia”, y que existían otros elementos de prueba relevantes que lo vinculaban a los hechos.

Por otro lado, en cuanto a la participación de miembros de grupos paramilitares, la Corte IDH consideró que, en definitiva, dadas las características complejas de este crimen, debía darse preponderancia a los otros indicios en lugar de pretender probar una relación propiamente de mando entre jefes paramilitares y los ejecutores materiales, más aún

si existían elementos para vincular a otros paramilitares (en el caso, al menos a personas señaladas con los alias de “El Ñato” y “Candelillo”), quienes habrían estado bajo el mando de aquel jefe paramilitar.

Asimismo, la Corte observó que otros de los principales jefes paramilitares también brindaron información acerca de la participación de otros agentes estatales en el crimen, inclusive de un exasesor de las fuerzas militares y que posteriormente ocupara el cargo de subdirector del DAS, quien habría tenido vínculos con el grupo paramilitar y habría acordado con uno de los jefes la muerte del Senador. De hecho, con base en declaraciones en versión libre de jefes paramilitares desmovilizados, ese exasesor fue vinculado tardíamente al proceso penal.

Al respecto, los representantes de las víctimas alegaron que con la aplicación de la normatividad de los procesos de desmovilización se ha contribuido a preservar la impunidad en la ejecución del Senador. Señalaron que uno de los autores del homicidio, alias el “Ñato”, pasó por el proceso de desmovilización sin ser debidamente identificado y, por lo tanto, podría haber gozado de beneficios legales y económicos establecidos en aquella normativa sin haber sido objeto de una exhaustiva valoración de las actividades que realizó como paramilitar. Asimismo, señalaron que José Vicente Castaño Gil, uno de los jefes de grupos paramilitares al momento de la ejecución, nunca fue interrogado sobre esta muerte ni vinculado a la investigación, en relación con la Ley 782 de 2002. Además, alegaron que las extradiciones de jefes paramilitares podrían obstaculizar la obtención de mayor información sobre los hechos, a pesar de que al ser extraditados continuaban sus diligencias de versión libre en el marco de la Ley 975 de Justicia y Paz.

El Estado sostuvo que alias “El Ñato” se desmovilizó colectivamente bajo el Decreto 3360 de 2003; que en el marco del radicado 329 se ha verificado, con la Unidad Nacional de Fiscalías de Justicia y Paz y con el Alto Comisionado para la Reintegración, la información que pudieran tener los desmovilizados sobre posibles responsables de la autoría intelectual del homicidio, y que la contribución del proceso de desmovilización “ha sido enorme y de suma importancia” para conocer la identidad de alias “el Ñato” y vincular a la indagatoria al exasesor militar y ex subdirector del DAS, como presunto autor intelectual. A

su vez, el Estado manifestó que al tiempo en que fue señalado como alias “El Ñato” no se tenían suficientes elementos para proceder a su individualización, lo que fue posible hasta el año 2006, cuando se desmovilizó con el alias de “Jiménez”, y su identificación fuera posible al momento en que uno de los jefes paramilitares lo mencionó en audiencia de versión libre.

La Corte observó que alias el “Ñato” fue señalado desde las primeras investigaciones seguidas por la ejecución del Senador Cepeda en 1994; que si bien no fue inicialmente individualizado o identificado por la Fiscalía, ésta no realizó posteriores diligencias para lograr su vinculación a proceso, más allá de ordenar su “individualización”; que su vinculación apareció de nuevo como una línea relevante en las investigaciones de la Fiscalía recién en el año 2008, como resultado de las declaraciones de uno de los jefes paramilitares extraditados, y que se desmovilizó colectivamente como parte del “Bloque Mineros de Córdoba”, bajo el procedimiento establecido en el Decreto 3360 de 2003 (que contempla el otorgamiento de beneficios legales y socioeconómicos a los desmovilizados y establece que no podrán ser beneficiarios de la misma las personas que hubiesen cometido violaciones graves a los derechos humanos).

En cuanto a su paso por el proceso de desmovilización, la Corte observó que si bien dicha persona se desmovilizó como alias “Jiménez” y no como el “Ñato”, el Estado no informó si en esos momentos las autoridades a cargo del proceso de desmovilización intercambiaron información con las autoridades encargadas de las investigaciones, de tal forma que aquél pudiera haber sido identificado como la persona requerida por la Fiscalía desde el año 1994. La Corte consideró, en una precisión de la obligación de aplicar la Convención en la protección de derechos de las víctimas en todos los niveles investigativos, que “tratándose de delitos graves y de una grave violación de derechos humanos, constituía parte del deber de debida diligencia que las autoridades colaboraran entre sí, a fin de identificar e individualizar plenamente a las personas sospechosas o imputadas de haber cometido esas violaciones graves”. El Tribunal estimó que la falta de precisión en cuanto al nombre de la persona desmovilizada no era razón suficiente para que las autoridades dejaran de verificar, con la mayor diligencia y

coherencia respecto de las investigaciones, a las personas que pasaron por el proceso de desmovilización por bloques⁵⁰. En este sentido, la Corte consideró que durante el proceso de desmovilización de alias el “Ñato”, el Estado no adoptó la debida diligencia requerida a fin de individualizarlo e identificarlo apropiadamente, toda vez que estando relacionado con la comisión de una grave violación a derechos humanos no debía haber sido beneficiario del Decreto 3360, en los propios términos de esta normativa.

Por otro lado, la Corte observó que dos jefes paramilitares que habían aportado información y datos relevantes para la investigación de la ejecución del Senador Cepeda Vargas, fueron extraditadas a los Estados Unidos de América bajo cargos de narcotráfico, a pesar de que estaban sujetas a la aplicación de la Ley 795 de 2005 (Ley de Justicia y Paz). El primero de ellos, antes de ser extraditado, aportó datos sobre alias “el Ñato”, que permitió su identificación; el segundo, estando extraditado aportó información que vinculaba a otros funcionarios públicos en la ejecución. El Estado alegó que había adoptado medidas para que las extradiciones no tengan un impacto negativo en la continuidad de los procesos que se tramitan en Colombia, de modo tal que se realicen diligencias y procedimientos judiciales a través de audiencias virtuales y videoconferencias. En particular, el Estado informó que para la recepción de versiones libres se diseñó e implementó un sistema de transmisión de la actuación a las salas especiales para víctimas, desde donde éstas pueden intervenir en forma activa.

Al respecto, la Corte IDH recordó su reiterada jurisprudencia en cuanto a que ninguna ley ni disposición de derecho interno puede impedir a un Estado cumplir con la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos. El Tribunal precisó que “un Estado no puede otorgar protección directa o indirecta

⁵⁰ Esto se consideró aún más grave, a juicio de la Corte, porque la Alta Consejería para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas de la Presidencia de la República, que había tenido el control sobre la participación del señor Jiménez Ramírez en el proceso de desmovilización, había informado el 16 de diciembre de 2009 que “no tiene conocimiento ni de las investigaciones o procesos que se adelantan actualmente contra los señores Jiménez Ramírez y Castaño Gil, ni de las sentencias condenatorias que probablemente se hayan dictado en contra de los precitados”.

a los procesados por crímenes que impliquen violaciones graves contra derechos humanos mediante la aplicación indebida de figuras legales que atenten contra las obligaciones internacionales pertinentes. De tal manera, la aplicación de figuras como la extradición no debe servir como un mecanismo para favorecer, procurar o asegurar la impunidad⁵¹. Por ello, en las decisiones sobre la aplicación de estas figuras procesales a una persona, las autoridades estatales deben hacer prevalecer la consideración de la imputación de graves violaciones de derechos humanos⁵². Es interesante que, en este sentido, la Corte observara que ese principio había sido a su vez considerado, con posterioridad a dichas extradiciones, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, respecto a una solicitud de extradición de un paramilitar en otro caso⁵³. La Corte estableció que, en cualquier caso, el Estado tiene la “obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar que las personas involucradas en graves violaciones de derechos humanos, o que puedan poseer información relevante al respecto, comparezcan ante la justicia, o colaboren con ésta, cuando sea requeridas”.

La Corte concluyó considerando que, a pesar de la contribución específica de cada uno de los procedimientos analizados, el conjunto de investigaciones realizadas no habían sido coherentes entre sí ni suficientes para un debido esclarecimiento de los hechos materia del caso. De tal manera, al precisar los aspectos que las investigaciones internas requerirían, como parte de la obligación del Estado de investigar y sancionar como forma de reparación, la Corte IDH señaló:

- a) investigar de forma efectiva todos los hechos y antecedentes relacionados con el presente caso, inclusive la alegada existencia del “plan

⁵¹ Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de julio de 2009, considerando 40.

⁵² *Ibidem*, considerandos 40 y 41.

⁵³ En el proceso 30451, la Sala de Casación Penal emitió concepto negativo respecto de la solicitud de extradición de una persona postulada a los beneficios previstos en la Ley de Justicia y Paz con base en los siguientes argumentos: (i) se vulnera el espíritu de la Ley 975 de 2005; (ii) se desconocen los derechos de las víctimas; (iii) se traumatiza el funcionamiento de la administración de justicia colombiana, y (iv) la gravedad de los delitos cometidos por el ciudadano pedido en extradición es menor respecto de los delitos que se le imputan en Colombia.

golpe de gracia” u otros planes dirigidos a amedrentar y asesinar a miembros de la UP, tal como ha avanzado en ese sentido la Fiscalía General de la Nación, para lo cual deberá adoptar todas las medidas necesarias para determinar y visibilizar patrones de conducta de violencia sistemática contra la colectividad de la que hacía parte el Senador Cepeda Vargas;

- b) determinar el conjunto de personas involucradas en la planeación y ejecución del hecho, incluyendo a quienes hubieren diseñado, planificado o asumido el control, determinación o dirección de su realización, así como aquellos que realizaron funciones de organización necesarias para ejecutar las decisiones tomadas, inclusive si están involucrados altas autoridades civiles, mandos militares superiores y servicios de inteligencia, evitando omisiones en el seguimiento de líneas lógicas de investigación;
- c) articular, para estos efectos, mecanismos de coordinación entre los diferentes órganos e instituciones estatales con facultades de investigación y otros esquemas existentes o por crearse, a efectos de lograr las más coherentes y efectivas investigaciones, de modo que la protección de los derechos humanos de las víctimas sea uno de los fines de los procesos, particularmente en casos de graves violaciones;
- d) realizar con especial diligencia, en la indagación por la interacción del grupo ilegal con agentes estatales y autoridades civiles, la investigación exhaustiva de todas las personas vinculadas con instituciones estatales y de miembros de grupos paramilitares que pudieron estar involucrados. Así, la aplicación del principio de oportunidad o la concesión de cualquier otro beneficio administrativo o penal no debe generar ningún tipo de obstáculo para una debida diligencia en las investigaciones de criminalidad asociada a la comisión de violaciones graves de derechos humanos, y
- e) asegurar que los paramilitares extraditados puedan estar a disposición de las autoridades competentes y que continúen cooperando con los procedimientos que se desarrollan en Colombia. Igualmente, el Estado debe asegurar que los procedimientos en el extranjero no entorpezcan ni interfieran con las investigaciones de las graves violaciones ocurridas en el presente caso ni disminuyan los derechos

reconocidos en esta sentencia a las víctimas⁵⁴, mediante mecanismos que hagan posible la colaboración de los extraditados en las investigaciones que se adelantan en Colombia y, en su caso, la participación de las víctimas en las diligencias que se lleven a cabo en el extranjero.

Si se compara lo valorado por la Corte IDH respecto de la Ley de Justicia y Paz con lo resuelto por la Corte Constitucional, alguien podría calificar a la primera de haber sido sustancialmente cautelosa, particularmente en los primeros casos.

A la vez, podría pensarse que en un primer momento, en Mapiripán, la Corte IDH oportuna y cautelosamente “espera” a que la ley lleve su propio proceso a nivel interno antes de incidir, sin mayores elementos y al final de un proceso internacional, en los modos de aplicación de esta ley que se presentaba como de justicia transicional. Es posible imaginar que la Corte IDH evitó pronunciamientos más sustanciales, más que por una cuestión procesal o porque estaba siendo cuestionada ante la Corte Constitucional, quizá por el hecho de que en ese momento la ley apenas entraba en vigor y no se sabía cuál sería su aplicación.

En un segundo momento, en La Rochela, se nota un cambio cualitativo importante. Luego en el caso Cepeda Vargas en realidad los cuestionamientos no estaban tan enfocados en la Ley de Justicia y Paz en sí misma, sino en el hecho de que se hayan propiciado situaciones que podían conducir a la impunidad, aún en el marco de mecanismos de justicia transicional como los establecidos en dicha ley. En este último caso, la Corte IDH no hizo pronunciamientos específicos en torno a la ley, sino cuestionó la forma en que los mecanismos de justicia internos estaban interactuando, para lo cual tomó en cuenta los criterios del alto tribunal colombiano al respecto, en un diálogo jurisprudencial que propone y propicia la idea del control dinámico y complementario de convencionalidad.

De tal manera, se puede notar cierta prudencia en las decisiones tomadas por la Corte IDH, que podría interpretarse como una forma de aguardar la evolución del proceso de aplicación más concreta de la

⁵⁴ Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, supervisión de cumplimiento de sentencia... considerandos 40 y 41.

ley en Colombia, sin dejar de resguardar por ello ciertas garantías de orden convencional. Esto por supuesto no significa que la Corte IDH se encuentre “esperando un momento oportuno para condenar a los Estados”. Quiero decir que esas decisiones reflejan un ejercicio prudente de política judicial, un adecuado *self-restraint*, en función de la mejor posición en que se encuentran, en principio, las autoridades estatales para, en el marco del control democrático, ir aplicando e interpretando la ley cuestionada en atención a los estándares internacionales y en el marco de ese diálogo judicial complementario.

En efecto, con posterioridad a las sentencias de la Corte IDH, y en medio de las mismas, la referida ley ha sido posteriormente reformada en algunos aspectos y cuestionada en diversos ámbitos, lo que corrobora la necesaria prudencia judicial internacional.

Creo que un manejo creativo del control de convencionalidad, interno e internacional, favorece las posibilidades de la deliberación democrática sin descuidar a los más vulnerables, evita el cierre de futuras intervenciones cuando ésta, o sus falencias, impliquen la desprotección de aquéllos y se piensa a sí misma de manera intertemporal, según los postulados señalados en la sección anterior.

¿Son estas las “últimas palabras” acerca de la Ley de Justicia y Paz? ¿Significa esto que la Corte Constitucional o la Corte IDH actuaron bien? Pensaría que, por el contrario, la implementación de la ley deberá indicar si su actual constitucionalidad y convencionalidad “condicionadas” se aplicarán correctamente y si las consecuencias de ello son efectivamente funcionales para lograr los “propósitos transicionales” que plantea. Es un efecto dinámico. Correspondería, en primer lugar, a la justicia constitucional colombiana como al sistema internacional, en segundo, mantenerse complementariamente vigilantes.

c. La obligación de investigar y la Ley de Caducidad validada democráticamente (el Caso Gelman vs. Uruguay)

El Caso Gelman vs. Uruguay es uno de los más emblemáticos que han llegado a conocimiento de la Corte IDH. Tanto por su trascendencia histórica (desapariciones forzadas, incluso mediante la supresión de

identidad de una niña nacida en cautiverio, actos de tortura, etc., en el marco de la Operación Cóndor en la época de las dictaduras del Cono Sur del Continente), como por la relevancia jurídica de las cuestiones debatidas (particularmente la compatibilidad de la “Ley de Caducidad” uruguaya con la Convención Americana), es sin duda un caso de alto interés. Muchas de sus aristas no serán estudiadas ahora, sino únicamente lo relativo a la solución encontrada con relación a esta ley de amnistía que, a diferencia de otras similares en la región y el mundo, planteaba una característica diferencial muy sustancial: además de su aprobación por el órgano legislativo y subsiguientes aplicaciones tanto por el Poder Ejecutivo como por el Judicial, la Ley de Caducidad había sido validada mediante actos de democracia directa (un plebiscito y un referéndum), el segundo incluso después de que la Corte Suprema la declarara inconstitucional en un caso concreto. Para ello es necesario repasar brevemente algunos de los hechos relevantes.

Hechos

El 22 de diciembre de 1986 el Parlamento uruguayo aprobó la llamada “Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado”, que disponía:

Artículo 1o.- Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1o. de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto.

Artículo 2o.- Lo dispuesto en el artículo anterior no comprende:

- a) Las causas en las que, a la fecha de promulgación de esta ley, exista auto de procesamiento;
- b) Los delitos que se hubieren cometido con el propósito de lograr, para su autor o para un tercero, un [provecho] económico;

Artículo 3o.- A los efectos previstos en los artículos anteriores, el Juez interviniente en las denuncias correspondientes, requerirá al Poder Ejecutivo que informe, dentro del plazo perentorio de treinta días de recibida la comunicación, si el hecho investigado lo considera

comprendido o no en el artículo 1o. de la presente ley.

Si el Poder Ejecutivo así lo comunicare, el Juez dispondrá la clausura y el archivo de los antecedentes. Si en cambio, no contestare o informa que no se halla comprendido dispondrá continuar la indagatoria. [...]

La Corte observó el contexto político en que se originó la referida Ley, según lo informado por la Comisión Interamericana⁵⁵.

Tras la promulgación de la Ley de Caducidad, la Suprema Corte de Justicia uruguaya fue llamada a pronunciarse sobre su constitucionalidad, en virtud de acciones de inconstitucionalidad presentadas

⁵⁵ Según manifestó la Comisión en su demanda, cuando se volvió a llamar a elecciones, que se celebraron en noviembre de 1984, Julio María Sanguinetti fue electo Presidente del Uruguay y comenzó a ejercer su mandato el 1 de marzo de 1985. Entre las medidas adoptadas, reinstuyó la Constitución de 1967, restableció la independencia de la justicia civil y ciertos órdenes en lo laboral, lo político y administrativo; indultó a todas las personas en espera de juicio ante los tribunales militares y obtuvo la aprobación parlamentaria de la Ley de Pacificación Nacional, que, con excepción de 65, indultaba a los 800 presos políticos que quedaban, aunque incluyendo una disposición que excluía expresamente de la amnistía a los miembros de las fuerzas armadas y policía responsables de abusos de los derechos humanos durante el período dictatorial. Como antecedente de la Ley de Caducidad se señala la crisis política derivada de las denuncias judiciales por las violaciones de derechos humanos cometidas durante los gobiernos *de facto* en Uruguay. Ante la interposición de denuncias en sede penal y la apertura de investigaciones correspondientes, la Suprema Corte de Justicia dictaminó que la justicia ordinaria era competente para conocer de esas denuncias y se comenzaron a realizar las primeras citaciones a los implicados. Ante esta situación, los militares se negaban a comparecer ante las citaciones en sede penal y el Ministro de Defensa ordenó a muchos oficiales que no comparecieran personalmente ante los tribunales civiles. Según la Comisión, a partir de 1986 el presidente Sanguinetti “empezó a buscar en el Parlamento una solución política a la cuestión de la rendición de cuentas de los militares”. En el ámbito jurisdiccional, en noviembre de 1986 la Suprema Corte uruguaya sostuvo la reivindicación de los tribunales civiles de jurisdicción en dos casos clave que implicaban a integrantes de las Fuerzas Armadas uruguayas en las desapariciones. La decisión abrió el camino para que estos casos avanzaran en la justicia civil y se esperaba que la Suprema Corte dictaminara análogamente en los casos restantes. El 1 de diciembre de 1986 el presidente Sanguinetti hizo pública una declaración de diecisiete generales retirados que habían ocupado cargos de alto mando durante la dictadura, en la que reconocían y asumían total responsabilidad por los abusos de los derechos humanos cometidos por sus subordinados durante la campaña antsubversiva e indicaron que dichos excesos no se repetirían. Sanguinetti señaló que la declaración merecía “una respuesta de igual grandeza de espíritu”. Antes del vencimiento del plazo del 23 de diciembre (fecha en que debían comparecer varios militares ante la justicia civil), y para evitar lo que denominó públicamente “una inminente crisis institucional”, el 22 de diciembre una mayoría de legisladores “colorados” y “blancos” de ambas cámaras aprobaron la Ley de Caducidad.

por representantes de víctimas y familiares de desaparecidos o de planteamientos formulados de oficio por los jueces que estaban conociendo de las denuncias⁵⁶. En 1988 la Suprema Corte de Justicia sostuvo que la Ley de Caducidad era constitucional por mayoría de tres votos a dos, lo cual, de acuerdo con el derecho constitucional uruguayo, tenía efectos vinculantes únicamente para el caso concreto. En dicho caso los jueces consideraron que, pese a no figurar la palabra “amnistía” en el texto, la intención del legislador había sido conferir una “auténtica amnistía” a las fuerzas de seguridad⁵⁷.

El 16 de abril de 1989 un grupo de ciudadanos y familiares de detenidos desaparecidos, que conformaron la “Comisión Nacional pro Referéndum contra la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado”, promovió y obtuvo la recolección de las firmas de más del 25% de los electores (aproximadamente 630.000), con las cuales se interpuso un recurso de referéndum contra la Ley de Caducidad, el cual no fue aprobado por la ciudadanía uruguaya, pues sólo el 42,4% de los votantes se pronunció a favor de hacer lugar al recurso y el resto en contra.

No obstante, el 19 de octubre de 2009 la Suprema Corte de Justicia dictó la sentencia No. 365 en la causa Sabalsagaray Curutchet, Blanca Stela, en la que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 1, 3 y 4 de la Ley y resolvió que son inaplicables al caso concreto que generó la acción⁵⁸.

A su vez, el 25 de octubre de 2009 se sometió a consideración de la ciudadanía, junto con las elecciones de autoridades nacionales y mediante el mecanismo de “iniciativa popular” que requirió previamente

⁵⁶ Cfr. Informe de Americas Watch, “Challenging Impunity: The Ley de Caducidad and the Referendum Campaign in Uruguay”, 12 de marzo de 1989, prueba, folios 1789 y 1790.

⁵⁷ Cfr. Suprema Corte de Justicia de Uruguay, autos caratulados “Detta, Josefina; Menotti, Noris; Martínez, Federico; Musso, Osiris; Burgell, Jorge s/ inconstitucionalidad de la Ley 15.848, arts.1, 2, 3 y 4”, sentencia No. 112/87, resolución de 2 de mayo de 1988. Cfr. también, Suprema Corte de Uruguay, autos caratulados “Macchi Torres, Jessi. Homicidio. Inconstitucionalidad de oficio Ley No. 15.848, arts. 1o. y 3o.”, sentencia No. 232/1988, y autos caratulados “Whitelaw Agustoni, Agustín Germán; Barredo Longo, Fernando José. Denuncia. Inconstitucionalidad”, sentencia No. 224/1988.

⁵⁸ Cfr. Suprema Corte de Justicia de Uruguay, Caso “Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela – Denuncia de Excepción de Inconstitucionalidad”, sentencia No. 365, de 19 de octubre de 2009.

el apoyo de más de doscientos cincuenta mil (250.000) firmantes, un proyecto de reforma constitucional por el cual se introduciría en la Constitución una disposición especial que declarararía nula la Ley de Caducidad y dejaría inexistentes los artículos 1, 2, 3 y 4 de la misma, propuesta que sólo alcanzó el 47,7% de los votos emitidos, por lo que no fue aprobada.

El 29 de octubre de 2010 la Suprema Corte de Justicia dictó otro fallo en la causa “Organización de los Derechos Humanos”⁵⁹, en el cual, mediante el mecanismo de “resolución anticipada”, reiteró la jurisprudencia establecida en el caso Sabalsagaray, acerca de la excepción de inconstitucionalidad de la Ley de Caducidad, confirmándose los argumentos esgrimidos en esa sentencia.

Por otro lado, en este caso, el señor Juan Gelman realizó numerosas gestiones ante autoridades judiciales y administrativas para que el caso se mantuviera en investigación, inclusive ante el Presidente del Uruguay.

La Corte observó las acciones realizadas en el ámbito del Poder Ejecutivo luego de la transición, tales como: la creación e informe de la Comisión para la Paz; varios intentos de búsqueda de restos de desaparecidos en predios que pertenecieron al Ejército; la resolución de diciembre de 2006 en que el Poder Ejecutivo declaró culminada la primera etapa de las actuaciones dirigidas a la investigación de las desapariciones forzadas perpetradas en territorio nacional y estableció la publicación de los informes elevados por los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y un informe producido por la Universidad de la República; la publicación de la obra “Investigación histórica sobre detenidos desaparecidos en cumplimiento del artículo 4 de la Ley [No.] 15.848”, que contiene una investigación historiográfica sobre el estudio de casos de los detenidos-desaparecidos en Uruguay y la Región; así como otras investigaciones sobre detenidos-desaparecidos.

En cuanto a lo actuado por el Poder Judicial, la causa en que se denunció la privación de libertad y homicidio de María Claudia García, así como la sustracción de su hija Macarena y la supresión de su estatuto

⁵⁹ Suprema Corte de Justicia de Uruguay, autos caratulados “Organización de los derechos Humanos – denuncia – excepción de inconstitucionalidad – arts. 1o., 3o., 4o. de la Ley No. 15.848 – Ficha IUE 2-21986/2006”, sentencia No. 1525, de 29 de octubre de 2010, prueba, folios 5205 a 5207.

civil, fue iniciado en el año 2002 por el señor Juan Gelman pero enfrentó diversos reveses ante la consideración, por parte del Poder Ejecutivo y del Ministerio Público, de que el caso estaba comprendido en la Ley de Caducidad. Inclusive el señor Gelman interpuso una solicitud de declaración de inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley, alegando que vulneraba varios derechos reconocidos en la Constitución uruguaya, acción que en noviembre de 2004 fue desestimada por la Suprema Corte. Se realizaron varias diligencias de prueba y el caso permanece abierto desde el año 2008, luego de que el Poder Ejecutivo cambiara de criterio y lo excluyera de los efectos de la Ley. No obstante, al emitir la sentencia, la Corte observó que la causa se encontraba en investigación presumarial y no había mayores avances, no había ninguna persona formalmente acusada ni sancionada, ni se había logrado determinar el paradero de la víctima desaparecida.

Consideraciones de la Corte IDH

La Corte IDH concluyó, respecto de la causa abierta en el caso de María Claudia García de Gelman específicamente, que dicha ley no es en la actualidad un obstáculo que impida la investigación y eventual sanción de los responsables, pues desde junio de 2005 el Poder Ejecutivo cambió de criterio e interpretó que el caso se encuentra excluido del ámbito subjetivo de la ley. Sin embargo, el Tribunal observó que “el principal obstáculo para las investigaciones en este caso ha sido la vigencia y aplicación de la Ley de Caducidad” y que, según lo reconocido por varias autoridades internas, aunque el Estado no contenía la necesidad de dejarla sin efecto, no había procedido a hacerlo”⁶⁰.

En cuanto a las violaciones específicas, la Corte IDH concluyó que el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial (artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana), con relación a los artículos 1.1 y 2 de la misma y los artículos I.b y IV de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por la falta de una investigación efectiva de la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena y la sustracción, supresión y sustitución de

⁶⁰ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 221.

identidad y entrega a terceros de María Macarena Gelman, en perjuicio de Juan y María Macarena Gelman.

Más importante aún, concluyó, en particular, que

debido a la interpretación y a la aplicación que se ha dado a la Ley de Caducidad, la cual carece de efectos jurídicos respecto de graves violaciones de derechos humanos, el Estado ha incumplido su obligación de adecuar su derecho interno a la Convención, contenida en el artículo 2 de la misma, con relación a los artículos 8.1, 25 y 1.1 del mismo tratado y los artículos I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Vale transcribir las consideraciones de la Corte IDH al respecto:

210. La forma en la que, por lo menos durante un tiempo, ha sido interpretada y aplicada la Ley de Caducidad adoptada en Uruguay, por una parte, ha afectado la obligación internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos referidas a la desaparición forzada de María Claudia García y de María Macarena Gelman, y respecto de la segunda en razón de su sustracción y ocultamiento de identidad [que la propia Corte consideró como una forma de desaparición forzada], al impedir que los familiares de las víctimas en el presente caso fueran oídos por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención Americana y recibieran protección judicial, según el derecho consagrado en el artículo 25 del mismo instrumento, precisamente por la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos, incumpliendo asimismo los artículos 1.1 y 2 de la Convención, referida esta norma a la obligación de adecuar su derecho interno a lo previsto en ella⁶¹.

211. La falta de investigación de las graves violaciones de derechos humanos cometidas en este caso, enmarcadas en patrones sistemáticos, revelan un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, establecidas por normas inderogables⁶².

⁶¹ Cfr. Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C No. 219, párr. 175.

⁶² Cfr. Corte IDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C No. 153, párrs. 93 y 128; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia...* párr. 61 y 197, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil...* párr. 137.

212. Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay⁶³.

En este caso, el Estado hizo un amplio (aunque poco claro) reconocimiento de responsabilidad, inclusive por la falta de investigación de los hechos durante un período, en virtud de la aplicación de la Ley de Caducidad. En sus alegatos finales, el Estado manifestó que actualmente hay una contundente interpretación administrativa y judicial que ha llevado a la rotunda desaplicación de la Ley de Caducidad en este caso y, en general, por las decisiones de la Suprema Corte que evidencian “el cambio radical que [...] ha operado con relación a los efectos y alcance” de dicha Ley. En ese momento manifestó, inclusive, que la Cámara de Representantes había aprobado en octubre de 2010 un proyecto de ley interpretativa de la Ley de Caducidad, que “suprime los efectos” de la misma y que estaría “siendo tratado por la Cámara de Senadores”.

No obstante, en virtud de lo considerado, la Corte ordenó que el Estado debe continuar la investigación de las desapariciones forzadas cometidas en el caso y los hechos conexos, para lo cual

dado que la Ley de Caducidad carece de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, el Estado deberá asegurar que aquélla no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay⁶⁴.

⁶³ Cfr. Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, fondo, sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75, párr. 44; *Caso La Cantuta vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162, párr. 175, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil...* párr. 174.

⁶⁴ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay...* párr. 253.

En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo⁶⁵.

Inmediatamente, entonces, surge la pregunta: ¿cómo hizo la Corte Interamericana para “saltarse” el hecho de que la Ley había sido democráticamente validada en el Estado demandado? Dado que esta no fue una ley de autoamnistía, como sí lo fue por ejemplo, la aprobada en el régimen fujimorista en Perú por un parlamento cooptado, sino una ley con una mayor legitimidad democrática, ¿no le importa a la Corte IDH lo que una sociedad democrática ha considerado mejor?

Veamos lo que la Corte IDH consideró al respecto:

238. El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones [utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia – recurso de referéndum (párrafo 2o. del artículo 79 de la Constitución del Uruguay) – en 1989 y – plebiscito (literal A del artículo 331 de la Constitución del Uruguay) sobre un proyecto de reforma constitucional por el que se habrían declarado nulos los artículos 1 a 4 de la Ley – el 25 de octubre del año 2009] no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. [...]

239. 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 [...]. 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 Humanos, 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, en las cuales también debe primar un “control de

⁶⁵ *Ibidem*, párr. 254.

convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”⁶⁶.

Un reconocido profesor latinoamericano de filosofía política y del Derecho ha lanzado una serie de interesantes críticas a la sentencia de la Corte IDH. Gargarella critica que la Corte se “comprometa” con la justificación de la pena coercitiva, es decir, que asuma injustificadamente que existe una obligación específica de los Estados de sancionar penalmente a los perpetradores de graves violaciones de derechos. Lanza además otras críticas pero, para los efectos del tema tratado, transcribo algunas de sus ideas:

1) superficialmente y – de modo literal – en diez renglones, la Corte despacha los dos plebiscitos que, en Uruguay, dieron respaldo popular a la Ley de Caducidad. Criticar este aspecto del fallo no implica negarse a estudiar críticamente a los plebiscitos del caso; ni asumir que los plebiscitos van a culminar siempre en decisiones “correctas”.

⁶⁶ Suprema Corte de Justicia del Uruguay, Caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet, en que, entre otras, hizo además las siguientes consideraciones: “[...] la ratificación popular que tuvo lugar en el recurso de referéndum promovido contra la ley en 1989 no proyecta consecuencia relevante alguna con relación al análisis de constitucionalidad que se debe realizar [...] Por otra parte, el ejercicio directo de la soberanía popular por la vía del referéndum derogatorio de las leyes sancionadas por el Poder Legislativo sólo tiene el referido alcance eventualmente abrogatorio, pero el rechazo de la derogación por parte de la ciudadanía no extiende su eficacia al punto de otorgar una cobertura de constitucionalidad a una norma legal viciada ‘ab origine’ por transgredir normas o principios consagrados o reconocidos por la Carta. Como sostiene Luigi Ferrajoli, las normas constitucionales que establecen los principios y derechos fundamentales garantizan la dimensión material de la ‘democracia sustancial’, que alude a aquello que no puede ser decidido o que debe ser decidido por la mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y a los otros principios axiológicos establecidos por ella [...] El mencionado autor califica como una falacia metajurídica la confusión que existe entre el paradigma del Estado de Derecho y el de la democracia política, según la cual una norma es legítima solamente si es querida por la mayoría [...]”.

Los plebiscitos pueden ser criticados pero, para ello [...] es necesario llevar a cabo esa crítica. El tribunal, en cambio, se contenta con señalar que “la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de la mayoría”: se trata de la esfera de lo que no es “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías (la Corte retoma así el aspecto más cuestionable del valioso pensamiento de Luigi Ferrajoli). Para la Corte, “que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede automáticamente ni por sí sola legitimidad ante el Derecho Internacional”. Es decir, si se me permite exagerar un poco la imagen, la democracia debe arrodillarse frente al Derecho Internacional, que a su vez es interpretado por una élite de personas a las que ni conocemos. Desde mi punto de vista, lo dicho por la Corte en este aspecto es gravemente equivocado, e implica banalizar la idea de democracia (una constante en el fallo).

2) Agravando lo anterior, la Corte afirma que sus objeciones frente a las amnistías no se vinculan tanto al “proceso de adopción y a la autoridad que emitió la ley de amnistía”, sino a su *ratio legis*: dejar impunes graves violaciones de derechos. Insiste la Corte: la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana “no deriva de una cuestión formal, como su origen”, sino de su aspecto material. Este punto es gravísimo para quienes pensamos a la democracia en términos de deliberación democrática. Desde este último punto de vista, el nuestro, estamos en buenas condiciones de objetar, por caso (y como lo hiciera Carlos Nino, por ejemplo, y luego todo el Congreso argentino), la autoamnistía dictada por Bignone, antes del fin de la dictadura militar; como de impugnar la muy débilmente democrática autoamnistía dictada por el cuasi-dictador Alberto Fujimori, en Perú (decisión que fuera objetada, por otras – malas – razones, por la Corte Interamericana, en “Barrios Altos”). Para nuestra crítica, lo central es el origen más o menos democrático de las normas cuestionadas. La Corte Interamericana, en cambio, considera ese aspecto una mera formalidad. Tremendo error, que ya se paga, y que se pagará todavía más caro.

5) La Corte no reconoce (ni reflexiona sobre) las limitaciones propias de su legitimidad – algo que cualquier tribunal hace, cuando define, en casos concretos, los alcances y límites posibles de su decisión; y algo sobre lo cual la doctrina reflexiona desde hace más de doscientos años. Por el contrario, la Corte toma como fuente de apoyo crucial, de su decisión en este caso, a sus decisiones anteriores, y a las decisiones de otros tribunales internacionales – sentencias dictadas

en cualquier momento, por cualquier tribunal. Los organismos democráticos no aparecen por ningún lado; el proceso democrático es descrito, como vimos, como una mera formalidad; y las decisiones populares plebiscitarias, como también vimos, son descartadas en unas pocas líneas, como básicamente irrelevantes (sobre todo, si es que ellas se contraponen con algunas de las – en absoluto fundadas – interpretaciones del tribunal)⁶⁷.

Puesto que este ensayo versa sobre las dinámicas del control de convencionalidad, no entraré en el interesante cuestionamiento sobre los límites del poder coercitivo-penal de los Estados ante graves violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado. Es decir, no entro en los temas relativos al origen, validez y límites de una obligación internacional de los Estados de sancionar penalmente a los perpetradores, a si esa pena debe tener un carácter retributivo y las posibilidades de ello, ni a la efectividad real del castigo o pena privativa de libertad para lograr prevención general ante hechos atroces, como crímenes contra la humanidad.

Me importa decir, por ahora y en relación con el tema tratado, que es posible argumentar que la Corte IDH no tuvo la necesidad de entrar, ella misma, a definir los límites de la decisión adoptada democráticamente *vis-à-vis* los derechos de las víctimas, reclamantes o no en el caso específico o en otros potenciales casos. Tampoco entró la Corte IDH a observar las condiciones en que se habían desarrollado los plebiscitos, es decir, si formal o materialmente se dieron en condiciones de respeto a las libertades básicas y con suficientes bases de libre acceso a la información, participación o deliberación. Parece surgir de la sentencia en el Caso Gelman que la Corte IDH tampoco tuvo necesidad, como sí la tenía la Suprema Corte de Justicia uruguaya en las diferentes oportunidades que tuvo para pronunciarse, de entrar a decidir sobre asuntos de orden constitucional y democrático. Por ejemplo, desde una perspectiva que toca conceptos de Estado de Derecho y democracia, la Ley de Caducidad facultaba al Poder Ejecutivo a decidir si un

⁶⁷ Gargarella, R., “5 comentarios sobre la decisión de la Corte Interamericana en Gelman”, *Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política*, disponible en: <<http://seminariogargarella.blogspot.com/2011/06/5-comentarios-sobre-la-decision-de-la.html>>, a octubre de 2012. Desconozco en este momento si el profesor Gargarella ha publicado recientemente algo más al respecto.

caso determinado estaba o no comprendido por la misma, de previo a la apertura o continuación de la investigación por parte del Poder Judicial, lo que claramente afecta el principio de división de poderes. Esto fue analizado por la Suprema Corte uruguaya, pero no tanto por la Corte IDH. Si bien considero que esta última pudo haber realizado una interpretación más específica de los derechos violados en relación con el sistema democrático en que se insertaba, también es necesario observar que ese fue uno de los principales ejercicios de fundamentación realizados por la Suprema Corte.

La pregunta sería, entonces, el hecho de que la Corte IDH no entrara en tales cuestiones, ¿revela una falta de fundamentación y, por ende – para los adoradores de la argumentación jurídica –, una decisión irremediablemente carente de legitimidad?

Si bien cabe pensar que pudo darse una fundamentación más clara, también es posible considerar si era tan necesario que la Corte IDH entrara en esos temas, no porque no fueran sustancialmente relevantes, como en efecto lo son, ¡sino porque la Suprema Corte ya lo había hecho! Creo que hubiese sido muy diferente si la Comisión Interamericana hubiese decidido someter el caso ante la Corte IDH antes de la referida decisión de la Corte Suprema uruguaya o antes de la celebración del referéndum⁶⁸. En esta hipótesis, probablemente el ejercicio de fundamentación de la sentencia por parte de la Corte IDH tendría que haber sido más comprehensivo y, ahí sí, haber entrado a varios de los temas señalados.

Es necesario hacer notar que en la sentencia *Gelman*, la Corte IDH realizó un ejercicio de fundamentación mucho más amplio que, por ejemplo, lo escuetamente dicho en el *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Creo que el valor histórico de la sentencia dictada en el caso peruano no radica

⁶⁸ Aunque puede ser discutible, esta afirmación no la digo como una crítica encubierta a la “política de remisión de casos” de la CIDH. De hecho, no es irrazonable que un organismo internacional “espere” a ver el desarrollo y resultados de un proceso democrático interno, antes de tomar una decisión en un caso concreto, aún si esto puede ser mal percibido, más aún si el propio Estado en un caso así lo solicita. En este caso, la CIDH otorgó varias prórrogas al Estado de Uruguay para que cumpliera sus recomendaciones antes de someter el caso ante la Corte, en períodos que justamente coincidieron con la realización del referéndum, lo que permitiría considerar razonablemente lo planteado.

precisamente en la fundamentación de una decisión tan relevante, como fue la de declarar la incompatibilidad de leyes de autoamnistía con la Convención Americana y, más aún, haberle otorgado efectos generales⁶⁹. Su relevancia como sentencia ha radicado en el paso histórico mismo de la declaración y el acatamiento por parte del Perú de lo ordenado.

Pero en el Caso *Gelman vs. Uruguay* la sentencia de la Corte IDH contiene un acercamiento y desarrollo muy diferente. Al igual que lo hizo en la también reciente sentencia en el Caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, y aunque en otro sentido, también en el Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, la Corte IDH planteó otra visión del tema, antes de entrar propiamente en el análisis de las normas cuestionadas y su aplicación en el caso concreto. Así, comenzó por retomar su jurisprudencia en cuanto al origen y características de la obligación estatal de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos y, en su caso, enjuiciar y sancionar a los responsables, de particular importancia ante la gravedad de los hechos y la naturaleza de los derechos lesionados, especialmente en casos de desaparición forzada de personas. Se retomaron las ideas correlativas sobre el derecho de las víctimas de ser oídas y participar en el proceso, del derecho a la verdad y a la reparación. Luego, la Corte revisó lo establecido y considerado por diversas instancias internacionales en cuanto a la incompatibilidad de las leyes de amnistía relativas a graves violaciones de derechos humanos o figuras análogas con el Derecho Internacional (la CIDH, los órganos de las Naciones Unidas y otros organismos universales y regionales de protección de derechos humanos). Se retomaron los pronunciamientos de la CIDH en casos relativos a Argentina, Chile, El Salvador, Haití, Perú y Uruguay. Se revisaron decisiones de los tribunales penales internacionales; lo establecido en los convenios de Ginebra y su interpretación autorizada por el CICR; decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos y de la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, entre otros.

Además, la Corte observó que diversos Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, por medio de sus más altos

⁶⁹ En realidad, la mayor fundamentación de esa sentencia puede encontrarse en el voto del entonces Presidente de la Corte IDH, Antônio A. Cançado Trindade, y no en la sentencia misma.

tribunales de justicia, han incorporado los estándares mencionados. Así, observó lo resuelto en varios casos por las Cortes Supremas de Justicia de Argentina (en el Caso Simón), de Chile, de Honduras, de Colombia y de El Salvador y por los Tribunales Constitucionales de Perú y Colombia. Además, la Corte IDH retomó su propia jurisprudencia sobre el tema y planteó otras consideraciones:

En ese sentido, las leyes de amnistía, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu del Pacto de San José, pues infringen lo dispuesto por sus artículos 1.1. y 2, es decir, en cuanto impiden la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos y, consecuentemente, el acceso de las víctimas y sus familiares a la verdad de lo ocurrido y a las reparaciones correspondientes, obstaculizando así el pleno, oportuno y efectivo imperio de la justicia en los casos pertinentes, favoreciendo, en cambio, la impunidad y la arbitrariedad, afectando, además, seriamente el estado de derecho, motivos por los que se ha declarado que, a la luz del Derecho Internacional ellas carecen de efectos jurídicos.

En especial, las leyes de amnistía afectan el deber internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos al impedir que los familiares de las víctimas sean oídos por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención Americana y violan el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 del mismo instrumento precisamente por la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos, incumpliendo asimismo el artículo 1.1 de la Convención.

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” y ello en atención, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la ley de amnistía, a su *ratio legis*: dejar impunes graves violaciones al derecho internacional cometidas⁷⁰. La 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.

⁷⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile...* párr. 120, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil...* párr. 175.

Además, es muy importante observar que la Corte IDH dio otros lineamientos centrales para efectos de las investigaciones que las autoridades internas deben continuar en cumplimiento de la sentencia. Es decir, mediante las constataciones en el fondo y lo ordenado en las reparaciones, el Tribunal observó probables problemas que se presentarían en el marco de las investigaciones. Así, el Tribunal interamericano observó un elemento adicional de posible impunidad, que no dependía necesariamente de la declaración de “inconvencionalidad” de la Ley de Caducidad, a saber: que el proceso iniciado por Juan Gelman y reabierto en 2008 por gestiones de María Macarena Gelman, lo había sido bajo la figura del delito de homicidio, excluyendo otros delitos como la tortura, desaparición forzada y sustracción de identidad, lo que abría la posibilidad a futuro de que la causa sea declarada prescrita por los tribunales nacionales. Estas situaciones se darían también respecto de otras investigaciones en el Uruguay. De tal manera, la Corte IDH se refirió a esa situación de potencial impunidad de la siguiente manera:

213. La obligación de investigar los hechos en el presente caso de desaparición forzada se ve particularizada por lo establecido en los artículos III, IV, V y XII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, en cuanto a la investigación de la desaparición forzada como delito continuado o permanente, el establecimiento de la jurisdicción para investigar dicho delito, la cooperación con otros Estados para la persecución penal y eventual extradición de presuntos responsables y el acceso a la información sobre los sitios de detención.

214. Igualmente, por tratarse no solo de un patrón sistemático en que múltiples autoridades pudieron estar implicadas sino también de una operación transfronteriza, el Estado ha debido utilizar y aplicar en este caso las herramientas jurídicas adecuadas para el análisis del caso, las categorías penales correspondientes con los hechos por investigar y el diseño de una adecuada investigación capaz de recopilar y sistematizar la diversa y vasta información que ha sido reservada o que no puede fácilmente accederse a ella y que contemple la necesaria cooperación inter-estatal.

216. Es necesario reiterar que este es un caso de graves violaciones de derechos humanos, en particular desapariciones forzadas, por lo que es ésta la tipificación que debe primar en las investigaciones que corresponda abrir o continuar a nivel interno. Como ya se ha establecido, por tratarse de un delito de ejecución permanente, es

decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente su aplicación retroactiva⁷¹. En este mismo sentido se han pronunciado tribunales de la más alta jerarquía de los Estados del continente americano al aplicar normas penales en casos relativos a hechos cuyo principio de ejecución comenzó antes de la entrada en vigor del tipo penal respectivo⁷².

217. Para que, en el presente caso, la investigación sea efectiva, el Estado ha debido y debe aplicar un marco normativo adecuado para desarrollarla, lo cual implica regular y aplicar, como delito autónomo en su legislación interna, la desaparición forzada de personas, puesto que la persecución penal es un instrumento adecuado para prevenir futuras violaciones de derechos humanos de esta naturaleza⁷³ y, asimismo, el Estado debe garantizar que ningún obstáculo normativo o de otra índole impida la investigación de dichos actos y, en su caso, la sanción de sus responsables⁷⁴.

⁷¹ Cfr. Corte IDH, *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2008, Serie C No. 190, párrs. 44 y 87; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia...* párr. 201, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil...* párr. 179.

⁷² Cfr. Corte Suprema de Justicia del Perú, sentencia de 18 de marzo de 2006, Exp: 111-04, D.D Cayo Rivera Schreiber; Tribunal Constitucional de Perú, sentencia de 18 de marzo de 2004, expediente No. 2488-2002-HC/TC, párr. 26 y sentencia de 9 de diciembre de 2004, expediente No. 2798-04-HC/TC, párr. 22; Suprema Corte de Justicia de México, Tesis: P/J. 49/2004, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Pleno; Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, sentencia de 10 de agosto de 2007, y Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-580/02 de 31 de julio de 2002.

⁷³ Cfr. Corte IDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay...* párr. 92; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia...* párr. 66, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil...* párr. 109.

⁷⁴ Cfr. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil...* párr. 109. La Corte, además, tomó en cuenta que el Ministro Interino de Relaciones Exteriores del Uruguay había declarado frente a la Comisión Parlamentaria, sobre el caso Gelman, que “hay un tema preocupante y que debemos tener en cuenta: las investigaciones judiciales abiertas en el año 2008 se encuentran todavía en etapa de presuntorio, sin que se hayan formalizado acusaciones contra ninguno de los presuntos responsables”, que “esta situación procesal en que se encuentra la causa la expone al riesgo de verse afectada por una eventual nueva aplicación de la Ley de Caducidad”, que “si las investigaciones se cierran sin que se presente acusación podría darse el caso que un nuevo intento de apertura por parte de los familiares diera lugar a una nueva solicitud de opinión al Poder Ejecutivo en los términos establecidos por el artículo 3o. de la Ley de Caducidad, y tratándose de un acto de Gobierno, es posible que este cambiara su posición como lo hizo anteriormente en estas mismas actuaciones opinando, por ejemplo, que el caso

De tal manera, no es tan claro que la Corte IDH “quebrara” dos plebiscitos realizados en el Uruguay en unas pocas líneas. Al considerar que la Suprema Corte de Justicia del Uruguay había ya realizado un adecuado control de convencionalidad, en el caso Sabalsagary, la Corte IDH parece haber “respaldado” la decisión del alto tribunal interno, lo cual es posible hacer, más allá de que (o más aún si...) la decisión de la Suprema tenía efectos únicamente aplicables al caso concreto que decidía. Con esto no afirmo que la Corte IDH pueda evitar su propia fundamentación amparándose en lo decidido por un tribunal interno. Pero sí es posible que el tribunal internacional valore y respalde lo actuado a nivel interno.

Inclusive la Corte IDH tomó en cuenta que altos tribunales de varios países de la Región y de otras partes del mundo, se han referido también a los límites de la democracia con relación a la protección de derechos fundamentales⁷⁵.

sí se encuentra amparado bajo la Ley de Caducidad”, “es decir, que en el estado actual de la causa existe la posibilidad de que sea revertido el dictamen actual del Poder Ejecutivo declarando no amparada en la ley esta causa. De esta manera podría volver a ampararse nuevamente en la ley una nueva solicitud de los familiares y terminar este proceso sin acusación”.

75 Tribunales nacionales se han pronunciado, sobre la base de las obligaciones internacionales, respecto de los límites sea del Poder Legislativo, sea de los mecanismos de la democracia directa:

a) La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica el 9 de agosto de 2010, declaró que no era constitucionalmente válido someter a consulta popular (referéndum) un proyecto de ley que permitiría la unión civil entre personas del mismo sexo, que se encontraba en trámite ante la Asamblea Legislativa, por cuanto tal figura no podía ser utilizada para decidir cuestiones de derechos humanos garantizados en tratados internacionales. Al respecto, la Sala Constitucional señaló que “los derechos humanos establecidos en los instrumentos del Derecho Internacional Público – Declaraciones y Convenciones sobre la materia –, resultan un valladar sustancial a la libertad de configuración del legislador, tanto ordinario como, eminentemente, popular a través del referéndum. [...] el poder reformador o constituyente derivado – en cuanto poder constituido – está limitado por el contenido esencial de los derechos fundamentales y humanos, de modo que, por vía de reforma parcial a la Constitución, no puede reducirse o cercenarse el contenido esencial de aquellos [...]. Es menester agregar que los derechos de las minorías, por su carácter irrenunciable, constituyen un asunto eminentemente técnico-jurídico, que debe estar en manos del legislador ordinario y no de las mayorías proclives a su negación”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, sentencia No. 2010013313 de 10 de agosto de 2010, expediente 10-008331-0007-CO, considerando VI.

b) La Corte Constitucional de Colombia señaló que un proceso democrático requiere de ciertas reglas que limiten el poder de las mayorías expresado en

las urnas para proteger a las minorías: “la vieja identificación del pueblo con la mayoría expresada en las urnas es insuficiente para atribuir a un régimen el carácter democrático que, actualmente, también se funda en el respeto de las minorías [...] la institucionalización del pueblo [...] impide que la soberanía que [...] en él reside sirva de pretexto a un ejercicio de su poder ajeno a cualquier límite jurídico y desvinculado de toda modalidad de control. El proceso democrático, si auténtica y verdaderamente lo es, requiere de la instauración y del mantenimiento de unas reglas que encaucen las manifestaciones de la voluntad popular, impidan que una mayoría se atribuya la vocería excluyente del pueblo [...]”. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-141 de 2010 de 26 de febrero de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, por medio de la cual se decide sobre la constitucionalidad de la Ley 1354 de 2009, de convocatoria a un referendo constitucional.

c) La Constitución Federal de la Confederación Suiza señala en su artículo 139.3 lo siguiente: “cuando una iniciativa popular no respete el principio de unidad de la forma, el de unidad de la materia o las disposiciones imperativas de derecho internacional, la Asamblea Federal la declarará total o parcialmente nula”. El Consejo Federal de Suiza, en un reporte de 5 de marzo de 2010 sobre la relación entre el Derecho Internacional y el derecho interno, se pronunció sobre las normas que considera como normas imperativas del Derecho Internacional. En ese sentido, señaló que estas normas serían: las normas sobre prohibición del uso de la fuerza entre Estados, las prohibiciones en materia de tortura, de genocidio y de esclavitud, así como el núcleo del Derecho Internacional Humanitario (prohibición del atentado a la vida y a la integridad física, toma de rehenes, atentados contra la dignidad de las personas y ejecuciones efectuadas sin un juicio previo realizado por un tribunal regularmente constituido) y las garantías intangibles del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Disponible en: <<http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/intla/cintla.Par.0052.File.tmp/La%20relation%20entre%20droit%20international%20et%20droit%20interne.pdf>>, a 23 de febrero de 2011 (traducción de la Secretaría de la Corte).

d) La jurisprudencia de varios tribunales de Estados Unidos, como por ejemplo en los casos *Perry vs. Schwarzenegger*, en donde se declara que el referéndum sobre personas del mismo sexo era inconstitucional porque impedía al Estado de California cumplir con su obligación de no discriminar a las personas que deseaban contraer matrimonio de conformidad con la Enmienda 14 de la Constitución. A ese propósito, la Corte Suprema expresó “los derechos fundamentales no pueden ser sometidos a votación; no dependen de los resultados de elecciones.” *Perry vs. Schwarzenegger (Challenge to Proposition 8)* 10-16696, Corte de Apelaciones del Noveno Circuito, Estados Unidos. En el caso *Romer vs. Evans*, la Suprema Corte anuló la iniciativa que habría impedido a los órganos legislativos adoptar una norma que protegiera a los homosexuales y lesbianas en contra de la discriminación. *Romer, Governor of Colorado, et al. vs. Evans et al.* (94-1039), 517 U.S. 620 (1996), Suprema Corte de Estados Unidos. Por último, en el caso *West Virginia State Board of Education vs. Barnette*, la Suprema Corte de Estados Unidos determinó que el derecho a la libertad de expresión protegía a los estudiantes de la norma que los obligaba a saludar a la bandera de Estados Unidos y de pronunciar el juramento de fidelidad a la misma. En ese orden de ideas, la Corte afirmó que el propósito esencial de la Carta Constitucional de Derechos fue retirar ciertos temas de las vicisitudes de las controversias políticas, colocándolos fuera del alcance de las mayorías y funcionarios, y confiéndoles el carácter de principios legales para ser aplicados

Reitero que esta posibilidad de “esperar” los resultados de las dinámicas de una sociedad ante determinado caso o tema es, creo, parte del principio de complementariedad, lo que requiere – del organismo internacional – una cuidadosa y nunca fácil evaluación de contextos sociopolíticos, según lo que las propias partes aporten al proceso.

En un caso en que las autoridades internas han realizado adecuados y efectivos controles de convencionalidad, ¿no deberíamos más bien esperar que la CIDH o la Corte IDH así lo declaren y, cuando no es necesario desarrollar algún punto específico, evitar variaciones y repeticiones considerando que el operador de justicia interno ya lo

por los tribunales. El derecho de las personas a la vida, libertad y propiedad, a la libertad de expresión, la libertad de prensa, la libertad de culto y de reunión, y otros derechos fundamentales no pueden ser sometidos a votación; no dependen de los resultados de elecciones”. *West Virginia State Board of Education vs. Barnette*, 319 U.S. 624, (1943), 319 U.S. 624, 14 de junio de 1943, Suprema Corte de Estados Unidos (traducción de la Secretaría de la Corte).

e) La Corte Constitucional de la República de Sudáfrica negó un referéndum sobre la pena capital por considerar que una mayoría no puede decidir sobre los derechos de la minoría, la que en este caso fue identificada por la Corte como las personas marginalizadas por la sociedad, las personas que podrían ser sometidas a esta pena corporal: “De la misma manera la cuestión de constitucionalidad de la pena capital no puede ser sometida a un referendo, en donde la opinión de una mayoría prevalecería sobre los deseos de cualquier minoría. La razón esencial para establecer el nuevo orden legal, así como para investir del poder de revisar judicialmente toda legislación en las tribunales, es proteger los derechos de las minorías y otras personas que no están en condición de proteger adecuadamente sus derechos a través del proceso democrático. Los que tienen derecho a reclamar esta protección incluyen a los socialmente excluidos y las personas marginadas de nuestra sociedad. Únicamente si hay una voluntad de proteger a los que están en peores condiciones y a los más débiles entre nosotros, entonces podremos estar seguros de que nuestros propios derechos serán protegidos. *Constitutional Court of South Africa, State v. T Makwanyane and M Mchunu*, Case No. CCT/3/94, 6 de junio de 1995, párr. 88 (traducción de la Secretaría de la Corte).

f) La Corte Constitucional de Eslovenia, en el caso de los llamados “Erased” (personas que no gozan de un estatus migratorio legal), decidió que no es posible realizar un referéndum sobre los derechos de una minoría establecida; en concreto, la Corte anuló un referéndum que pretendía revocar el estatus de residencia legal de una minoría. En ese sentido, el tribunal señaló: “los principios de un Estado gobernado por el principio de legalidad, el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la dignidad personal y seguridad, el derecho a obtener compensaciones por violaciones de derechos humanos, y la autoridad de la Corte Constitucional, deben ser priorizados por encima del derecho a la toma de decisiones en un referendo”. Sentencia de la Corte Constitucional de Eslovenia de 10 de junio de 2010, U-II-1/10, Referendum on the confirmation of the Act on Amendments and Modifications of the Act on the Regulation of the Status of Citizens of Other Successor States to the Former SFRY in the Republic of Slovenia, párr. 10 (traducción de la Secretaría de la Corte).

ha hecho? ¿No sería ésta, inclusive para quienes ponen en duda la legitimidad de un tribunal internacional por sus “déficit democráticos”, la decisión que le otorga mayor legitimidad frente a un Estado que “está haciendo bien las cosas” por la acción de alguno de sus poderes? ¿No reflejaría esto, más bien, que el órgano internacional es consciente de que el sistema jurídico de un Estado se integra con el ordenamiento internacional? ¿No sería ésta una decisión consistente con los principios democráticos y de complementariedad que informan la Convención Americana? Además, en un caso determinado en que lo actuado a nivel interno sea considerado como adecuado por el tribunal internacional, cuyo sentido mismo de su existencia es el control de convencionalidad, ¿debe este último reiterar en cada caso su historia, origen, límites de su jurisdicción y principios de interpretación?

No hay respuesta “clara y distinta” a lo anterior y faltarían aún bastantes preguntas. Pero dudo mucho que la Corte IDH fuera tan extremista de decir que “los derechos humanos” constituyen un límite infranqueable a cualquier tipo de decisión democrática. Es que, efectivamente, como afirma el profesor Gargarella, la interpretación de la Convención Americana, según vimos, no puede ser sino enmarcada en el principio democrático. Por ende, la consideración de que esa libertad de autodeterminación democrática tenga límites en casos extremos, no debería ser entendida como un atentado a las democracias. ¡Es que la Corte IDH tampoco está deslegitimando mecanismos de democracia participativa, como los plebiscitos y referéndum! Este es un caso de gravísimas violaciones históricas de derechos humanos que no deben quedar en la impunidad y, aunque haya quienes no lo comparten, puede ser muy apropiado pensar que los pilares de una sociedad, para ser más democrática, no deberían ser semejantes formas de injusticia.

La impresionante reacción política, jurídica, social e institucional a lo interno del Uruguay, reabierto una vez más luego de la Sentencia, merecería un profundo análisis, que estas páginas no alcanzan. Pero creería que esa deliberación democrática abierta en varios niveles institucionales y sociales refleja precisamente la dinámica de esa aparente “paradoja de la democracia constitucional”, en el marco de la dinámica del pre-compromiso internacional.

Breve conclusión

Las sentencias de la Corte IDH analizadas son interesantes ejemplos de prudencia judicial, sin dejar de resguardar por ello ciertas garantías de orden convencional. Esto por supuesto no significa que la Corte se encuentre esperando un “momento oportuno para condenar a los Estados” o que tenga que esperar víctimas concretas para juzgar. Quiero decir que esas decisiones pueden reflejar ejercicios prudentes de política judicial, un adecuado *self-restraint*, en función de la mejor posición en que se encuentran las autoridades estatales para, en el marco del control democrático, ir aplicando e interpretando normas y prácticas cuestionadas en atención a los estándares establecidos en ese diálogo judicial complementario.

Creo que un manejo creativo del control de convencionalidad, interno e internacional, favorece las posibilidades de la deliberación democrática sin descuidar a los más vulnerables, evita el cierre de futuras intervenciones cuando ésta, o sus falencias, impliquen la desprotección de aquéllos y se piensa a sí misma de manera intertemporal, según los postulados señalados en la sección anterior.

¿Confiar entonces en la bondad y sapiencia de los tribunales? Aún no existen las democracias sin jueces y quedan preguntas que trascienden el espacio de estas anotaciones: las que tienen que ver con la posibilidad de asegurar que los tribunales cumplan ese rol; el sistema de controles más efectivo y sostenible para fiscalizarlo; los diseños institucionales más apropiados... Etcéteras.

De la actitud “principista”, responsable o cobarde de los tribunales, dependerá que la historia los califique de caudillos insensatos, héroes anónimos o cómplices de las violaciones de derechos humanos. Kronos y Katún⁷⁶ tienen la palabra.

Exordio final

La palabra “exordio” se usa más bien para introducir, incitando, un tema. Es decir, al inicio de lo que se va a desarrollar. Pero hay algo que viene rebotando en mi cabeza desde hace ya buen tiempo. Y como no

⁷⁶ Nombre maya peninsular de la piedra del tiempo o ciclo de la vida y la muerte.

podré desarrollarlo ahora, lo dejo entonces como un exordio pero al final de este ensayo, para dejarlo planteado, para desarrollarlo después...

¿Qué significa hoy hablar de derechos humanos, en medio de las guerras que no cesan, de los constantes llamados de nuestros ecosistemas naturales, de las crisis del sistema financiero internacional?

Hay una película llamada “Instinto” (*Instinct*). En ella actúan Anthony Hopkins, Cuba Gooding Jr., entre otros. En una de las escenas el personaje de Hopkins, que había vivido años con los gorilas en Africa, abre la reja de la jaula donde había varios gorilas. El personaje de Cuba se asusta y le dice que la cierre... Aquél, el personaje de Hopkins, le dice que esos son “sombras de gorilas, nacidos en jaulas”, salvo uno, que una vez fue libre, pero cuya mente y corazón habían sido vaciados por la jaula, que lo había vuelto insano. Le explica que ese gorila “no va a salir, aún si puede hacerlo; aún si al otro lado de la barrera está la libertad, lo que puede incluso oler, pero para este momento ya se ha rendido, piensa que la libertad es algo con lo que ha soñado...”. En otra escena, aquel personaje hombre-gorila dice: “hay una sola cosa a la que debemos renunciar: nuestro dominio. No somos dueños del mundo, aún no somos reyes, ni somos dioses. Podemos renunciar a eso? O es muy valioso todo ese control? Muy tentador ser un dios?”

¿Será que debemos repensar no sólo las democracias y el rol de los jueces, sino también el sentido mismo de la teoría de los derechos humanos (que no deja de ser esencialmente antropocéntrica) en una época en que la naturaleza nos recuerda, más que nunca, de dónde venimos?