

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

8

Ejecución, nivel de cumplimiento e implementación de sentencias de tribunales constitucionales y cortes supremas en la región

EDITORES ACADÉMICOS

Víctor Bazán

Marie-Christine Fuchs



tirant
lo blanch

 KONRAD
ADENAUER
STIFTUNG
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

 **KONRAD
ADENAUER
STIFTUNG**

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica



**tirant
lo blanch**

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

8

Ejecución, nivel de cumplimiento e implementación de sentencias de tribunales constitucionales y cortes supremas en la región

*Ejecución, nivel de cumplimiento
e implementación de sentencias
de tribunales constitucionales
y cortes supremas en la región*

EDITORES ACADÉMICOS

Víctor Bazán

Marie-Christine Fuchs



tirant
lo blanch



Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

© 2020 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

Klingelhöferstr. 23

D-10785 Berlín

República Federal de Alemania

Tel.: (#49-30) 269 96 453

Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Calle 93B n.º 18-12, piso 7

Bogotá, Colombia

Tel.: (+571) 743 0947

iusla@kas.de

www.kas.de/iusla

Twitter: KASiusLA

Facebook: /kasiusla

© JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES n.º 8.

Ejecución, nivel de cumplimiento e implementación de sentencias de tribunales constitucionales y cortes supremas en la región

Editores: Víctor Bazán y Marie-Christine Fuchs

Coordinación editorial: Magdalena Schaffler

ISBN: 978-84-1378-124-2

Fecha: Agosto de 2020

Revisión de textos en español: María José Díaz Granados, Emma Ariza

Revisión de textos en portugués: Paulo Baptista

Diagramación: Marta Rojas

Esta publicación se distribuye en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.

Los textos que se publican son de exclusiva responsabilidad de su autor y no expresan necesariamente el pensamiento de la FKA. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

Contenido

Presentación	IX
Prólogo	XIII
DOS CASOS SINTOMÁTICOS QUE REFLEJAN LA COMPLEJIDAD PARA DAR CUMPLIMIENTO A CIERTAS SENTENCIAS RELEVANTES EN ARGENTINA Víctor Bazán	1
A EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS INTERNACIONAIS PELAS JURISDIÇÕES NACIONAIS: O CASO DO BRASIL Mônia Clarissa Hennig Leal	43
EFETIVIDADE DE DECISÕES JUDICIAIS NO BRASIL NO CONTEXTO DA QUALIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL Leonardo Martins e Suzana Côrtes	79
EJECUCIÓN, CUMPLIMIENTO E IMPLEMENTACIÓN DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES Y DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN BOLIVIA José Antonio Rivera S.	107
DERECHOS HUMANOS Y PROTECCIÓN JURISDICCIONAL EN CHILE. EL DESAFÍO DEL CUMPLIMIENTO Claudio Nash Rojas	127
EL CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Néstor Osuna Patiño	149
EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN GUATEMALA Aylín Ordóñez Reyna	165
SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN CONTRA DEL ESTADO MEXICANO. EL PAPEL DE LA SUPREMA CORTE EN LA BÚSQUEDA DE SU CUMPLIMIENTO Alfonso Herrera García	201

LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS INTERNACIONALES POR LAS JURISDICCIONES NACIONALES: EL CASO PERUANO	223
César Landa	
EJECUCIÓN, CUMPLIMIENTO E IMPLEMENTACIÓN DE SENTENCIAS EN URUGUAY	247
Martín Risso Ferrand	
CUMPLIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA	257
Jesús María Casal	

Presentación

El cumplimiento y la ejecución de sentencias sobre derechos humanos de las más altas cortes, especialmente de los tribunales constitucionales y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se ha convertido en un desafío jurídico contemporáneo que es necesario afrontar para la realización y consolidación del Estado de derecho en Latinoamérica. El cumplimiento y la ejecución de las sentencias es uno de los pilares fundamentales del derecho, pues es la medida en la que efectivamente se repara a las víctimas de las violaciones de sus derechos humanos y se equilibra la injusticia cometida. Por ende, su inobservancia es sumamente preocupante debido a que pone en riesgo la fuerza normativa de una constitución que regula no solo los derechos fundamentales de las personas, sino también amenaza recónditamente la efectivización de los estándares internacionales adoptados por los Estados a través del denominado control de convencionalidad. Quien ignora la voz de sus órganos judiciales desconoce el Estado de derecho, la separación de poderes y el orden constitucional.

Pese a esto, en las últimas décadas la cifra de sentencias –principalmente de los tribunales o cortes constitucionales regionales– que vienen siendo incumplidas y no ejecutadas en toda la región es sensiblemente alta; sobre todo si los fallos obligan al poder político a tomar medidas estructurales que van más allá de la reparación (monetaria) de la víctima. Un ejemplo escandaloso reciente de incumplimiento lo hemos visto en El Salvador. Frente a la crisis de COVID-19, la Sala Constitucional de la Corte Suprema declaró inconstitucional la detención arbitraria de miles de ciudadanos por violación de la cuarentena obligatoria ordenada por el presidente. El mandatario declaró públicamente que ignorará la orden de su más alta corte y que, por el contrario, perseguirá aún con más fuerza a personas que violen las reglas de confinamiento. Considerando esta situación crítica, la presente obra resulta oportuna para reflexionar y discutir sobre aquellos puntos de quiebre que impiden el cumplimiento y la ejecución de las sentencias de los altos tribunales nacionales e interamericanos en la región latinoamericana.

La génesis de esta situación se da muchas veces por la falta de políticas públicas sólidas que orienten su cumplimiento por parte de los diferentes órganos judiciales y administrativos encargados de hacer efectivas dichas sentencias y la falta de voluntad política de sus actores, que pese a la existencia de una normativa clara hacen caso omiso de la misma tanto política como técnicamente. Las razones políticas se manifiestan en las tensiones que prevalecen en la división de poderes en el interior de los Estados y el control recíproco (o su ausencia) entre quienes los componen. Últimamente, estas también se encuentran en tendencias populistas y autoritarias en la región, cuyos representantes, en la búsqueda de concentrar el poder en el ejecutivo, tratan de legitimar el incumplimiento de órdenes de sus altas cortes, sobre todo las contramayoritarias, con la voz del pueblo que representan. Por su parte, las dificultades técnicas están relacionadas con la compleja articulación entre las diferentes esferas de protección de los derechos y la repartición de responsabilidades dentro de un Estado.

Este panorama de mayores resistencias estatales de orden político y judicial se puede evidenciar con más fuerza frente a decisiones de cortes internacionales y regionales, las cuales enfrentan un número creciente de diferentes formas de resistencia por parte de sus Estados miembros, especialmente si en sus casos tratan asuntos políticamente sensibles o que tocan el núcleo de prerrogativas de soberanía estatal. Además de las tensiones horizontales con los poderes políticos, los órganos de justicia también enfrentan la resistencia de los Estados que, invocando el principio de subsidiariedad, piden un margen de apreciación mayor en la aplicación de la jurisprudencia regional.

Esto aplica sobre todo en el caso de las sentencias de la Corte IDH, en donde el número de sentencias de seguimiento al cumplimiento de sus decisiones contenciosas es demasiado alto, lo que demuestra que los Estados no están cumpliéndolas de manera adecuada y oportuna, por lo que tales decisiones pueden durar años o incluso décadas. Como se mencionó, el grado o la naturaleza de la resistencia al cumplimiento tiene mucho que ver con el tipo de reparación dispuesta por la Corte. Por ejemplo, si se trata de un caso de medidas estructurales de reparación que, en algunos supuestos, requieren una revisión de todo el andamiaje legislativo o jurídico de un Estado, en la mayoría de los casos el incumplimiento se debe a factores políticos o institucionales, tales como el reparto de competencias entre los diferentes niveles administrativos del Estado, la intención de proteger a funcionarios o representantes estatales, el grado de institucionalidad o simplemente la voluntad política gubernamental.

Otra barrera para el cumplimiento de las decisiones de altos tribunales internacionales, como la Corte IDH, es el no reconocimiento de determinados derechos a nivel interno de los Estados. Este desafío se presenta particularmente con

los derechos económicos, sociales, culturales y medioambientales (Desca), los cuales desde hace poco han empezado a tener un desarrollo jurisprudencial profundo a nivel interamericano, como lo puede evidenciar la última sentencia de este tribunal en el caso Lhaka Honhat contra Argentina, o sus pronunciamientos en la Opinión Consultiva n.º 23 y su sentencia en el Caso Lagos del Campo contra Perú. Estas sentencias requieren de los Estados que preparen el terreno político y legislativo necesario para que estén en la capacidad de cumplir cabalmente con estos avances jurisprudenciales, hecho que en algunos casos ha provocado su oposición.

Además, para que los Desca se puedan materializar efectivamente será necesario que los Estados inviertan en servicios públicos, educación, salud o una buena infraestructura; y esto, como lo dice el artículo 1 del Protocolo de San Salvador, así como la amplia jurisprudencia de la Corte IDH, “hasta el máximo de sus recursos estatales”. Los desacuerdos sobre esta obligación de inversión o redirección del presupuesto estatal son otra explicación de las altas tasas de incumplimiento en la región.

Ahora bien, con el objetivo de mejorar el nivel de cumplimiento y la ejecución de sentencias como contenido esencial de la garantía de la tutela judicial efectiva, es importante reflexionar sobre medidas adecuadas y mecanismos idóneos de implementación. Esto, por cierto, no es nada sencillo y no se puede generalizar, ya que depende en gran medida de la situación jurídica nacional de cada Estado. Sin embargo, una estrategia que hemos podido observar tanto en la Corte IDH como en diversos tribunales constitucionales nacionales es la introducción de mecanismos de supervisión o monitoreo de cumplimiento con los que los jueces solicitan información a las instituciones estatales respecto a la implementación de las sentencias y ordenan medidas especiales o resoluciones sobre el nivel de ejecución.

Otra estrategia es el desarrollo de una suerte de diálogo entre los peticionarios y el Estado, con la intención de contrarrestar el desequilibrio de poderes entre el demandante y el demandado que existe en la mayoría de los casos. Además de esto, un diálogo “vertical” entre los órganos del sistema interamericano de derechos humanos (SIDH) y los órganos de sus Estados miembros aumenta el entendimiento mutuo. En el caso de las cortes, el diálogo puede disminuir resentimientos y aportar a un enriquecimiento recíproco de la jurisprudencia a diferentes niveles.

Pese a todos los esfuerzos, es indudable que el nivel de cumplimiento de las sentencias de los tribunales constitucionales y de la Corte IDH sigue siendo un asunto problemático y de inquietud en la región latinoamericana. Con el propósito de que las reflexiones no solamente demuestren la situación actual, sino

que se puedan convertir en propuestas sólidas para el mejoramiento del nivel de cumplimiento y la implementación de sentencias, así como para el fortalecimiento de las instituciones y el adecuado funcionamiento de los poderes del Estado, el Grupo de Estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales abordó estos ejes temáticos durante los años 2018 y 2019.

En este libro se resumen los debates de la reunión del Grupo que tuvo lugar en la ciudad de Lima entre septiembre y octubre de 2018, y de las seis reuniones preparatorias nacionales en Brasil, Guatemala, México, Perú, Venezuela y Colombia. Estas reuniones se realizaron en colaboración estrecha con los representantes de los respectivos países que integran el Grupo. Para lograr un diálogo multidisciplinario asistieron varios expertos del SIDH –agradecemos la presencia del Secretario de la Corte IDH, Pablo Saavedra, a la reunión del Grupo en Lima y sus aportes valiosos al debate–, de instituciones estatales, de la academia y de organizaciones de la sociedad civil, tanto a la reunión anual del Grupo como a los eventos preparatorios. De estos intercambios surgieron varias ideas para la discusión que recoge esta obra.

Agradecemos a los autores y a los comentaristas de los artículos de este libro por su invaluable apoyo, al igual que a los demás integrantes del Grupo, quienes, en los debates críticos, contribuyeron a los textos que contiene esta obra.

Un especial agradecimiento a Víctor Bazán, editor académico de la obra, por su incansable labor de revisión y edición, tanto en esta como en las anteriores ocasiones, así como por su dedicación y vínculo profundo con este Grupo y con el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

Esperamos que la obra logre inspirar los debates sobre la necesidad de medidas efectivas para garantizar el cumplimiento y la ejecución de sentencias nacionales y supranacionales en materia de derechos fundamentales, y que contribuya al diálogo tanto entre los diferentes poderes como entre los sistemas nacionales e internacionales, a fin de que aporte para encontrar soluciones jurídico-políticas equilibradas y justas para toda nuestra querida Latinoamérica.

Dra. Marie-Christine Fuchs y Magdalena Schaffler
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
de la Fundación Konrad Adenauer

PRÓLOGO

– I –

El presente libro, octavo de la colección, reúne las investigaciones realizadas entre 2018 y 2019 por los miembros del Grupo de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, en torno a un tema problemático y de acuciante actualidad.

Concretamente, nos referimos al nivel de cumplimiento, ejecución e implementación de las sentencias de los tribunales, cortes constitucionales y supremas de justicia de la región y de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

– II –

La obra que introducimos consta de once trabajos, además de la presentación a cargo de la directora del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, Marie-Christine Fuchs, y de este prólogo.

Los aportes en cuestión se presentan respetando el orden alfabético del país de pertenencia de cada uno de los autores:

1. “Dos casos sintomáticos que reflejan la complejidad para dar cumplimiento a ciertas sentencias relevantes en Argentina”, por Víctor Bazán.
2. “A execução das sentenças internacionais pelas jurisdições nacionais: o caso do Brasil”, por Mônia Clarissa Hennig Leal.
3. “Efetividade de decisões judiciais no Brasil no contexto da qualidade da prestação jurisdicional. Impactos do incidente de resolução de demandas repetitivas na percepção de garantias constitucionais e no princípio do Estado de Direito”, por Leonardo Martins y Suzana Côrtes.
4. “Ejecución, cumplimiento e implementación de sentencias constitucionales y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Bolivia”, por José Antonio Rivera.

5. “Derechos humanos y protección jurisdiccional en Chile. El desafío del cumplimiento”, por Claudio Nash Rojas.
6. “El cumplimiento de las sentencias de la jurisdicción constitucional colombiana”, por Néstor Osuna Patiño.
7. “Ejecución de sentencias en Guatemala”, por Aylín Ordóñez Reyna.
8. “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano. El papel de la Suprema Corte en la búsqueda de su cumplimiento”, por Alfonso Herrera García.
9. “La ejecución de las sentencias internacionales por las jurisdicciones nacionales: el caso peruano”, por César Landa.
10. “Ejecución, cumplimiento e implementación de sentencias en Uruguay”, por Martín Riso Ferrand.
11. “Cumplimiento y ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la jurisdicción constitucional en Venezuela”, por Jesús María Casal.

– III –

No como un gesto protocolar, sino con sincero agradecimiento, reconocemos el laudable esfuerzo de los académicos que conforman el Grupo de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, por sus desinteresadas e importantes colaboraciones para dar cuerpo y vida a este libro.

Desde luego, también dedicamos un especial testimonio de gratitud a Marie-Christine Fuchs y su equipo, por permitir la continuidad de los trabajos del Grupo y también por la incesante actividad que con esmero, energía y creatividad impulsan y desarrollan cotidianamente en el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica.

– IV –

Según anunciábamos, el tópico central de esta obra es el cumplimiento, la ejecución y la implementación de los fallos, tanto internos como de la Corte IDH. Indudablemente, se trata de uno de los ítems perentorios y recurrentes del Estado constitucional y convencional.

Es que, desde luego, el dictado de la sentencia nacional o internacional en materia de derechos humanos es un paso muy importante; sin embargo, este debe necesariamente ser complementado con el consecuente cumplimiento, en tiempo y forma, de lo dispuesto por el pronunciamiento en cuestión.

En otras palabras, se trata de la búsqueda incesante de la *efectividad* del decisorio. De lo contrario, si no existe un verdadero convencimiento de los habitantes en punto a que la protección jurisdiccional es mucho más que una simple expresión de deseos y que cuenta con la vitalidad suficiente para ser concretada en el plano fáctico, resultaría muy difícil comprender y asimilar cómo y por qué las normas constitucionales y convencionales son catalogadas como “obligatorias”.

La primacía y operatividad de los preceptos de la respectiva constitución y de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos depende de que se asegure la *eficacia* en el plano jurídico-fáctico de las resoluciones de los tribunales internos y de la corte regional, porque cuando los mecanismos normativos reconocen y garantizan la existencia de derechos básicos, lo hacen para que estos sean eficientes y no meramente ilusorios.

La fiscalización del acatamiento de las sentencias es uno de los elementos que integran la jurisdicción. Sustentar lo contrario supondría aseverar que los decisivos proferidos por los respectivos órganos jurisdiccionales son simplemente declarativos y carentes de fuerza jurídica.

La Corte IDH ha sostenido que “*la efectividad de las sentencias depende de su ejecución. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento*” (“Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, Sentencia de 28 de noviembre de 2003, Competencia, Serie C, núm. 104, párr. 73) (énfasis agregado). En esa línea se ha puntualizado que “el cumplimiento de las sentencias está fuertemente ligado al derecho de acceso a la justicia”, consagrado en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (párr. 74).

Es que si las decisiones de los órganos de cierre de la justicia constitucional en los espacios internos de la región no se cristalizan, aquellos se desprestigian y pierden legitimidad; como ciertamente también acontecería con el propio tribunal interamericano si se ignoran las reparaciones que instituye y sus fallos no se cumplen, pese a ser definitivos, inapelables, generadores de “cosa juzgada internacional” para el Estado condenado y cuya ejecución es directa, es decir, sin necesidad de *exequatur*.

Sobre la plataforma del principio de cooperación leal con la Corte IDH, los Estados del sistema interamericano de derechos humanos se encuentran jurídica y éticamente comprometidos a colaborar de buena fe para que aquella esté en adecuadas condiciones de desarrollar sus funciones y mandato de un modo apropiado, ya que tiene a su cargo interactuar e impactar en un espacio temático muy importante: *el de la protección y la realización de los derechos fundamentales y el enérgico resguardo de la dignidad humana, vía principio pro persona*.

Anhelamos fervientemente que esta obra resulte de utilidad para los operadores de los respectivos regímenes de justicia de la región, autoridades legislativas y ejecutivas, investigadores y académicos, litigantes ante el sistema interamericano, organizaciones no gubernamentales (ONG), entre otros, y que permita aportar al debate de asuntos que, como los que aquí abordamos, contienen un alto voltaje jurídico y axiológico y se mueven en zonas de suma sensibilidad como la de los derechos esenciales.

El campo temático de la ejecución, el cumplimiento y la implementación de los fallos internos y de la Corte IDH nos interpela y deja al descubierto la imperiosa necesidad de brindar respuestas prontas, justas, eficaces y completas. Detrás de las sentencias firmes, con autoridad de cosa juzgada, hay personas de carne y hueso que sienten, sufren y ya no pueden tolerar ni permitir nuevos padecimientos, dilaciones ni frustraciones.

Dr. Víctor Bazán

Editor académico

San Juan, Argentina, enero de 2020

Dos casos sintomáticos que reflejan la complejidad para dar cumplimiento a ciertas sentencias relevantes en Argentina

Víctor Bazán*

PUNTUALIZACIONES INICIALES

Además de este exordio, en el presente trabajo formularemos algunas consideraciones generales sobre la problemática de la ejecución de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia argentina (CSJN) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Asimismo, y en particular respecto del caso argentino, dejaremos nuestras impresiones acerca del dificultoso camino para dar cumplimiento a las sentencias estructurales, y abordaremos someramente la existencia de ciertos institutos (audiencias públicas, *amicus curiae*) que tienen potencialidad colaborativa y dialógica para coadyuvar en el –muchas veces– arduo proceso de implementación de los fallos de la CSJN.

A continuación, recalaremos sucesivamente en dos pronunciamientos del máximo tribunal argentino:

- El primero, es el Caso “Sosa, Eduardo Emilio c/ Provincia de Santa Cruz” que ha recorrido sin éxito múltiples instancias en sede doméstica y que, por diversas razones, fundamentalmente político-partidarias, ha sido incumplido.
- El segundo, que abordaremos con mayor amplitud, se titula “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Informe sentencia dictada en el Caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor Titular de Derecho Constitucional y Derechos Humanos; Derecho Procesal Constitucional y Derecho Internacional Público, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina); profesor invitado de posgrado, Universidad de Buenos Aires y otras universidades argentinas y extranjeras, por ejemplo, la Universidad de Pisa (Italia) y la Universidad Panamericana de México. Miembro originario del Grupo de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

de Derechos Humanos” (en adelante: “Min. RR. EE. en Fontevecchia y D’Amico”), vinculado al decisorio de condena y adjudicación de responsabilidad internacional al Estado argentino, aunque focalizado en una medida reparatoria específica ordenada por la Corte IDH que debía ser zanjada por la CSJN.

A su turno, relevaremos brevemente la acertada y terminante respuesta jurisdiccional de la Corte IDH a lo que, para nosotros, fue una controversial postura asumida por la CSJN en el resolutorio de 14 de febrero de 2017, esto es, en “Min. RR. EE. en Fontevecchia y D’Amico”.

Expondremos, a continuación, un sucinto comentario sobre cómo se “resolvió” –a nuestro juicio insuficientemente– la orden de reparación surgida de la Corte IDH, canalizada a través de “Min. RR. EE. en Fontevecchia y D’Amico”, en torno a la condena civil impuesta en 2001 por la CSJN a Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico, ambos periodistas.

Finalmente, hilvanaremos algunas consideraciones de cierre sobre el complejo y dificultoso espacio temático del cumplimiento de las sentencias, ya de la jurisdicción interna, ya de la Corte IDH, en pro de alcanzar la debida *efectividad* por la que pugnan, respectivamente, la justicia constitucional y la justicia transnacional que, en el fondo, resultan convergentes en cuanto al propósito de dar cobertura tuitiva a los derechos esenciales.

LA COMPLEJA TAREA DE IMPLEMENTAR ADECUADAMENTE LAS SENTENCIAS DE LA CSJN Y DE LA CORTE IDH

Un importante desafío

Uno de los retos más significativos en el accionar de la CSJN se conecta con el desiderátum de la ejecución de sus sentencias a partir de contar con los medios apropiados para garantizar su cabal observancia.¹ Ya en la órbita de la Corte IDH,

1 En realidad, es un tema de gran calado que recorre transversalmente a los órganos máximos de justicia constitucional de distintas latitudes, cualquiera sea su configuración material: tribunal constitucional, sala constitucional, corte suprema de justicia, etc. Solo para efecto ilustrativo traemos a colación que en el contexto español se ha dictado la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de derecho, incorporándose “tres novedades destacadas al elenco de facultades que el Tribunal tiene atribuidas para la garantía del cumplimiento de sus resoluciones. En adelante, ante los incumplimientos, una vez constatados tras los correspondientes requerimientos a los responsables de los mismos, *podrá acordarse la suspensión en sus funciones de las*

esta procura obtener el mismo resultado: lograr que sus pronunciamientos se acaten y concreten en el ámbito interno, en el caso particular, respecto de Argentina.²

Se trata de una cuestión polifacética y delicada, anudada a la solidez de las jurisdicciones constitucional y convencional, su obligatoriedad y eficacia.

En esa línea, es también un asunto que corresponde –*inter alia*– a la dogmática de la justicia constitucional; al derecho procesal constitucional en su vertiente transnacional; a la protección de los derechos básicos y, naturalmente, al sistema regional con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte IDH como órganos competentes.

Es que si las decisiones del órgano de cierre de la justicia constitucional nacional (léase la CSJN) no se plasman, este se desprestigia y pierde legitimidad; como evidentemente también sucedería si las sentencias de la corte regional no se concretan en la práctica por los Estados concernidos.

Los decisorios emitidos en los terrenos constitucional y convencional son garantía del Estado de derecho y de los derechos fundamentales. Así, en cuanto tales, deben ser acatados, ya que en el fondo no son producto de una elaboración especulativa o meramente académica, sino del formal ejercicio de la jurisdicción constitucional y convencional –según corresponda– para preservar la supremacía y la fuerza normativa de la Ley Fundamental, por una parte, o para extraer el efecto útil de los instrumentos internacionales por la Corte IDH en el plano regional mediante la supervisión del cumplimiento de sus sentencias, por la otra.

No menos importante es reafirmar que tales decisorios son *mandatorios* desde que expresan la normatividad de las aludidas disposiciones constitucionales y convencionales.

Breve adelanto de dos fallos de la CSJN, uno de ellos con participación de la Corte IDH

En el introito de este trabajo describíamos superficialmente dos fallos de la CSJN que han deparado vicisitudes procesales y sustanciales problemáticas.

correspondientes autoridades o empleados públicos, podrá procederse a la ejecución sustitutoria de las resoluciones recaídas en los procesos constitucionales y, asimismo, podrán adoptarse 'inaudita parte' las medidas necesarias para asegurar el debido cumplimiento de la suspensión de las disposiciones, actos o actuaciones impugnadas, cuando concurren circunstancias de especial trascendencia constitucional" (énfasis agregado). (Ver Germán Fernández Farreres, "Las nuevas facultades del Tribunal Constitucional para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 112, 2018, pp. 15-44).

- 2 Por supuesto, en el ámbito internacional regional el tópico del cumplimiento de las sentencias emanadas de la Corte IDH configura *per se* un área temática significativa y con ribetes complejos.

Uno de ellos jamás pudo ser efectivizado, por lo menos hasta finales de 2019. Mientras que en el restante se originó una tensa situación entre la CSJN y la Corte IDH por el cumplimiento de una medida reparadora que correspondía satisfacer al alto tribunal argentino, pero que provocó ciertas dificultades y, al menos desde nuestro punto de vista, suscitó algo más que una sensación en cuanto a que si la Corte Suprema persiste en emitir resoluciones del tenor subyacente en “Min. RR. EE. en Fontevecchia y D’Amico” (de tal asunto se trata), es probable que se produzca una retracción protectoria de derechos básicos y se volatilicen largos años de jurisprudencia valiosa en la materia.

Un dato por considerar es que, infortunadamente, en nuestro país no existen dispositivos normativos que de manera específica determinen el modo de ejecutar o efectivizar las sentencias de la Corte IDH y de otras instancias internacionales, lo cual complejiza la situación y provoca demoras que se traducen en mayores padecimientos para las víctimas y sus familiares.

Estos últimos ya vienen sufriendo los retrasos originados en el ámbito interno al interponer y agotar recursos domésticos, a lo que se suman extensos espacios de tiempo en la CIDH y un segmento temporal más breve en la Corte IDH, hasta lograr el dictado por esta del respectivo pronunciamiento internacional, que en los términos del artículo 67, parte inicial, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), es “definitivo e inapelable”, y produce los efectos de autoridad de cosa juzgada internacional. Incluso, aquel *dictum* puede ser objeto de una solicitud de “interpretación” si cualquiera de las partes manifiesta su desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, siempre que la petición se presente dentro de los 90 días a partir de la fecha de su notificación (tramo final de aquella norma). Es preciso dejar sentado que, en los términos del artículo 68.4 del Reglamento de la Corte,³ *la solicitud de interpretación no suspenderá la ejecución de la sentencia.*

Por lo demás, en la mayoría de los casos será menester transitar el habitualmente enmarañado derrotero –en tiempo y esfuerzo– para lograr el cumplimiento cabal e íntegro del pronunciamiento del tribunal regional. Desde luego, es

3 El primer Reglamento de la Corte IDH fue aprobado por el Tribunal en su III periodo ordinario de sesiones (POS), celebrado del 30 de junio al 9 de agosto de 1980; el segundo Reglamento, en su XXIII POS, celebrado del 9 al 18 de enero de 1991; el tercero, en su XXXIV POS, celebrado del 9 al 20 de septiembre de 1996; el cuarto, en su XLIX POS, celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000, el cual fue reformado en el LXI POS, celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003, y en su LXXXII POS, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009. Por su parte, el Reglamento actualmente vigente fue aprobado por la Corte en su LXXXV POS, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_esp.pdf

facultad de la Corte IDH *supervisar el cumplimiento de sentencias y otras decisiones que adopte*, lo que se desprende de los artículos 33, 62.1, 62.3 y 65 de la CADH; 30 de su Estatuto⁴ y 69 de su Reglamento.

Sentencias estructurales y otras cuestiones

Si bien en Argentina existe un aceptable nivel de acatamiento de las resoluciones de la CSJN, subsisten enclaves temáticos y determinados tipos de controversias en los que, por diferentes razones, se dificulta su cumplimentación íntegra. Por ejemplo, la conflictividad propia de cierta tipología de sentencias como los *fallos estructurales* o, entre otros motivos, la obstaculización del avance de la ejecución de los decisorios de la Corte Suprema cuando se inficionan intereses político-partidarios. Precisamente esta última situación (infiltración de intereses político-partidistas en el curso de la causa) fue la que se dio en el caótico caso “Sosa”, que más adelante será objeto de tratamiento particularizado.

En este apartado nos concentraremos específicamente en las *decisiones estructurales*. Se trata de megasentencias en torno a una temática relevante y sensible, que presentan una complejidad intrínseca, la interacción de múltiples actores y factores, que generalmente reflejan un *estado de cosas inconstitucional*.

No son precisamente decisiones sencillas de resolver, ejecutar y monitorear, y su consecución completa y cabal puede insumir varios años, o bien nunca lograrse del todo. Abordan problemáticas que resultan transversales a distintos países latinoamericanos, por ejemplo, en materias de *salud pública, superpoblación carcelaria y seguridad social*. Otros pronunciamientos estructurales responden a situaciones muy arduas y específicas que suceden en un Estado determinado, por ejemplo, la lacerante problemática del *desplazamiento forzado* que arrasó con múltiples derechos fundamentales de una enorme cantidad de personas en Colombia,⁵ a consecuencia del conflicto armado que se prolongó por más de cinco décadas.

4 El Estatuto de la Corte IDH fue aprobado mediante Resolución 448, adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno periodo de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979.

5 Tan sensible cuestión propulsó la emblemática Sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional colombiana, emitida el 22 de enero de 2004, que *-inter alia-* tuvo y tiene múltiples derivaciones, numerosos autos de seguimiento, participación de actores estatales nacionales e internacionales, y de la sociedad civil (ver, para ampliar, César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, “El desplazamiento interno forzado y la intervención de la Corte Constitucional colombiana. Un estudio de caso”, en *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015, pp. 55-86).

El escenario más propicio para el desarrollo de este modelo de sentencia es el *constitucionalismo dialógico*, a fin de generar espacios de interlocución y participación de los poderes públicos involucrados y, con visión inclusiva, a diversos actores de la sociedad civil.

Los pronunciamientos dialógicos suponen pasar de una tutela casuística (caso por caso) en cuestiones recurrentes de violaciones de los derechos humanos, a una respuesta jurisdiccional holística que puede involucrar al legislativo, al ejecutivo o a otros órganos constitucionales del Estado, además, y por supuesto, a actores de la sociedad civil que participen activamente del desarrollo del/de los fallo/s estructural/es e incidan en la generación de políticas públicas y demás acciones en el cuadrante temático que corresponda. Es que, como se sabe, las políticas públicas eficaces requieren discusión y consenso.

Como se ha puntualizado, por medio de las sentencias estructurales los jueces realizan un importante esfuerzo para dar efectividad a los enunciados constitucionales

... cuando constatan la existencia de desconocimientos generalizados, recurrentes y graves de los derechos humanos, frente a los cuales esos propios jueces han comprobado, por su experiencia, que hay unas causas estructurales (de ahí el nombre de las sentencias) que de modo sistemático producen ese déficit de derechos humanos, y que los casos que llegan a sus despachos, si se resuelven apenas como remedios individuales, no logran subsanar la problemática que se advierte en cada uno de los expedientes.⁶

En Argentina, a modo de ejemplo, pueden enunciarse dos casos de sentencias estructurales manejados por la CSJN: uno, referido a superpoblación carcelaria y trato digno, presos sin condena y menores y enfermos privados de libertad en numerosas comisarías de la Provincia de Buenos Aires; y el otro, por saneamiento de una cuenca hídrica muy importante para la protección del medio ambiente:

- “Verbitsky, Horacio *s/ Habeas corpus*”,⁷ de 3 de mayo de 2005, donde por vez primera admitió un *habeas corpus* correctivo y colectivo, en este caso, articulado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) en amparo

6 Néstor Osuna, “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, en VÍCTOR BAZÁN (ED. ACAD.), *JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES. LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES*, NÚM. 5, BOGOTÁ, UNIVERSIDAD DE CHILE Y PROGRAMA ESTADO DE DERECHO PARA LATINOAMÉRICA DE LA FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER, 2015, P. 92.

7 CSJN, *Fallos*, 328:1146. La mayoría quedó conformada por los ministros Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti. Por su parte, en disidencia se pronunció el

de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires detenidas en establecimientos penales y comisarías sobrepoblados.⁸ Entre otras muchas cuestiones, la Corte elevó las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas”, recogidas por la Ley Nac. 24.660, al nivel de estándar básico infranqueable como elenco de pautas fundamentales a las que debe sujetarse toda detención para que la privación de la libertad ambulatoria legítimamente impuesta por un órgano judicial competente se adapte a los lineamientos indispensables para preservar la dignidad de la persona humana.

- “Mendoza, Beatriz S. y otros c/ Estado nacional y otros” es un megaproceso que gira en torno a la contaminación ambiental de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo (y a su saneamiento) y que generó varias resoluciones.⁹ Entre muchas otras, una muy relevante es la de 8 de julio de 2008.¹⁰ Se trata de una sentencia colectiva, en la que el tribunal prefiguró un plan

juez Boggiano y, también disidentemente –aunque solo en forma parcial–, lo hicieron por separado los ministros Fayt y Argibay.

- 8 Hubo asimismo un pronunciamiento de la CSJN en la misma materia, *in re* “Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ Acción declarativa de certeza (Condiciones de las cárceles de Mendoza)” de 13 de febrero de 2007 (*Fallos*, 330:111). Votaron coincidentemente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay; mientras que el juez Fayt lo hizo según su voto. El alto tribunal daba respuesta así a requerimientos de la Corte IDH. Justamente, la resolución que brevemente anotamos se relaciona con otra que la CSJN tomara el 6 de septiembre de 2006, sobre la base de las decisiones provisionales implementadas por la Corte IDH, por medio de las cuales se requirió al Estado nacional que tomara las medidas necesarias para proteger la vida e integridad física de los internos, en forma inmediata y de manera eficaz, de modo que no se produjera una muerte más. En consecuencia, la Corte argentina intimó al Estado nacional a adoptar las medidas que pusieran fin a la situación de riesgo e inseguridad que se vivía en las unidades carcelarias de la provincia de Mendoza; y, también, instruyó a todos los tribunales mendocinos para que, con la urgencia del caso, hicieran cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importara un trato cruel, inhumano o degradante, o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado federal.
- 9 A modo de información muy escueta y básica, se observa que en julio de 2004 un grupo de vecinos y profesionales del Hospital Interzonal de Agudos Pedro Fiorito de la ciudad de Avellaneda, encabezados por Beatriz Silvia Mendoza, dedujo acción contra el Estado nacional, la provincia de Buenos Aires, el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) y 44 empresas, a causa de daños y perjuicios padecidos como consecuencia de la contaminación del río Matanza-Riachuelo, solicitando –entre otras cosas– la recomposición del ambiente dañado. Disponible en: <https://farn.org.ar/archives/10819>
- 10 CSJN, *Fallos*, 331:1622. La sentencia fue suscrita por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay. Antes y después del referido pronunciamiento definitivo, se dictaron numerosos resolutorios.

para cumplir obligatoriamente por la Autoridad de la Cuenca Matanza-Riachuelo (Acumar), creada por la Ley Nac. 26.168¹¹ (entidad a la que puso en funcionamiento), imponiendo sanciones para el caso de incumplimientos o demoras, sin perjuicio de la responsabilidad concurrente del Estado nacional y de la provincia y la Ciudad de Buenos Aires.¹²

De momento, solo puede decirse que se han producido avances en ambos fallos (a distintas velocidades) pero aún resta mucho por hacer, persistiendo numerosas y complejas deudas pendientes.

Institutos útiles

Cerraremos este punto efectuando una breve incursión complementaria para aproximarnos a algunas vías y figuras que pueden resultar fructíferas en el plano *dialógico* para contribuir a dar fluidez al cumplimiento de las sentencias de la CSJN. Desde luego, la búsqueda debe orientarse a generar gradualmente nuevas áreas colaborativas y procedimientos creativos, que incluyan a la sociedad civil.

Audiencias públicas

Adecuadamente implementadas, las audiencias públicas (a.p.) constituyen un valioso instrumento para *transparentar* y *democratizar* el debate en asuntos

11 B.O. de 5 de diciembre de 2006.

12 Según la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) de Argentina, “ya nadie duda de la importancia y significado que este caso ha adquirido en términos de intervención de los tribunales con relación a temas que afectan derechos fundamentales y cuyas soluciones demandan intervenciones de carácter estructural, lo que ha sido reconocido tanto a nivel nacional como internacional. La importancia del caso además está dada por cuanto se trata de la cuenca más degradada de Argentina y que conforma uno de los temas de mayor relevancia socioambiental, cuyas consecuencias impactan en los más de seis millones de habitantes, de los cuales un millón y medio se encuentran en situación de riesgo. El fallo [de la CSJN citado en el texto] ha generado consecuencias directas sobre el territorio de la cuenca Matanza-Riachuelo, a partir del cual se pusieron en marcha organismos estatales y políticas públicas tendientes a saldar la deuda ambiental para con este territorio”. A la hora de enunciar ciertos aspectos positivos, la FARN alude, por ejemplo, a la creación de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (Acumar), “un organismo interjurisdiccional con facultades legales e institucionales suficientes para impulsar el plan de saneamiento y cumplimiento de las mandas impuestas en el fallo por la Corte Suprema”; y a “las tareas de remoción y limpieza de más de 1.400 toneladas de residuos sólidos del espejo de agua y de los márgenes, que en el caso de CABA se ha transformado en una política pública que hoy permite ampliar los sistemas de recolección de residuos en espacios en los que antes ese servicio no existía”. Aunque también reconoce diversas acciones que se encuentran pendientes. Disponible en: <https://farn.org.ar/archives/25482>

complejos, lo que allana el camino para la participación ciudadana y suma aportes en la búsqueda de lograr el cumplimiento de los fallos de la CSJN.

Cabe recordar que la Acordada 30/2007 de la Corte Suprema se encuadra, cuando menos en el plano discursivo, en la directriz de elevar la calidad institucional del Poder Judicial y profundizar cualitativamente las líneas maestras del Estado constitucional y convencional.

En uno de los tramos considerativos de la acordada se indica que la *participación ciudadana* en actos de esa naturaleza y la difusión pública del modo en que la CSJN conoce de los asuntos en que, con carácter primordial, ha de ejercer la jurisdicción más eminente que le confiere la Constitución Nacional (CN), permitirá poner a prueba directamente, ante los ojos del país, la eficacia y objetividad de la administración de justicia que realiza.¹³

En su punto 2), la acordada prefigura tres tipos de audiencias públicas: i) informativa, en orden a escuchar e interrogar a las partes sobre aspectos del caso por decidir; ii) conciliatoria, para instar a las partes en la búsqueda de soluciones no adversariales; y iii) ordenatoria, para tomar las medidas que permitan encauzar el procedimiento a fin de mejorar la tramitación de la causa.

En torno a la praxis de las a.p., ellas se han empleado en distintos asuntos de especial relevancia. Por ejemplo, las siguientes causas: “Mendoza”, acerca de la contaminación ambiental de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo y a su (anhelado) saneamiento; “Grupo Clarín S.A. y otros c/ PEN y otro s/ Acción meramente declarativa”, con relación a la Ley Nac. 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual (Ley de Medios);¹⁴ “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo”, sobre el derecho de acceso a la vivienda digna; “Halabi, Ernesto c/ PEN - Ley 25.873 - Dto. 1563/04 s/ Amparo ley 16.986”, con respecto a las acciones de clase; “Patitó, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros”, en materia de libertad de expresión ante una demanda por daños y perjuicios contra el citado diario, impulsada desde el Cuerpo Médico Forense; “Pellejero, María Mabel s/ Amparo s/ Apelación”, referido a una cesantía discriminatoria; “Schroder, Juan c/ INVAP SE y EN s/ Amparo”, donde se dedujo tal proceso constitucional para lograr la nulidad de la cláusula de un contrato firmado por la empresa estatal Invap con Australia, que preveía la posibilidad del ingreso de combustibles gastados

13 Ver dictamen del procurador general de la Nación, Ramón Lascano (que consta en *Fallos*, 257:132-134), de 22 de octubre de 1963, en el Caso “Recurso de hecho deducido por Ernesto E. Sanmartino en la causa Penjerek, Norma Mirta s/ Rapto y homicidio s/ Incidente de recusación”, al que remite la sentencia de la CSJN de 14 de noviembre de 1963 (*Fallos*, 257:134-136), donde votaron coincidentemente los ministros Villegas Basavilbaso, Aráoz de Lamadrid, Aberastury, Imaz y Bidau.

14 B.O. de 10 de octubre de 2009.

del reactor nuclear que aquella vendió; asimismo, entre otros casos, “Comunidad Indígena Toba La Primavera - Navogoh c/ Formosa, Provincia de y otros s/ Medida cautelar”, en el que la citada comunidad solicitó el dictado de una medida de no innovar para que, entre otras cosas, la Universidad Nacional de Formosa, la provincia de Formosa y un contratista, se abstuvieran de realizar cualquier acto en el territorio ocupado por la comunidad desde tiempo ancestral, identificado históricamente como Reserva Aborigen Laguna Blanca y luego como Colonia La Primavera, y, particularmente, respecto del terreno de 609 hectáreas donde las demandadas realizaban trabajos previos de desmonte y demarcación para la instalación de un instituto de educación universitaria; y “Comunidad Aborigen de Santuario Tres Pozos y otros c/ Jujuy, Provincia de y otros s/ Amparo”, vinculado a actos provinciales acerca de los cuales se alegaba que no se había concedido a las comunidades indígenas que habitan las Salinas Grandes en los departamentos de Cochinoca y Tumbaya (Jujuy), la participación consagrada legalmente para la concesión de permisos de exploración y explotación de litio y borato en esas áreas.¹⁵

Amicus curiae

El 14 de julio de 2004, la CSJN dictó la Acordada 28/2004,¹⁶ en la que por mayoría autorizó y reglamentó la intervención de “amigos del tribunal” en las causas tramitadas ante ella en competencia originaria o apelada.

Dado que la regulación originaria del instituto no dio los resultados esperados, el 23 de abril de 2013, y por medio de la Acordada 7/2013, el alto tribunal mudó el régimen que regula la participación ante sus estrados de *amicus curiae*, derogando la citada Acordada 28/2004 y su par 14/2006, de 3 de mayo, que alude a la 28/2004.

Principalmente, la Acordada 7/2013 busca lograr que se realice una mayor y mejor intervención de tales actores sociales, a fin de alcanzar los propósitos perseguidos de *pluralizar y enriquecer el debate constitucional*, así como *fortalecer*

15 Ver Miguel Ángel Benedetti y María Jimena Sáenz, *Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

16 Entre otros trabajos de Víctor Bazán sobre el tema pueden consultarse “El *amicus curiae* en el derecho comparado y su instrumentación reglamentaria por la Corte Suprema de Justicia argentina”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 10, 2006, Madrid, CEPC, pp. 15-50; y, más recientemente, “*Amicus curiae*, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, enero-junio de 2014, México, Porrúa, pp. 31-57.

la legitimación de las decisiones jurisdiccionales dictadas por la Corte en cuestiones de trascendencia institucional.

Dicha acordada se aplicó, por ejemplo, en el procedimiento previo al dictado de sentencia en el muy importante y ya aludido fallo *in re* G.439.XLIX, G.445.XLIX y G.451.XLIX, Recursos de hecho, “Grupo Clarín S.A.”, donde se pronunció respecto de la constitucionalidad de algunas disposiciones de la cuestionada –y citada– Ley de Medios.

Evidentemente, la intervención de *amicus curiae* puede coadyuvar a un mejoramiento de la actividad jurisdiccional en asuntos complejos o de interés social.

Es que la CSJN no puede ni debe actuar insularmente a la hora de fallar sobre cuestiones dilemáticas e institucional y socialmente relevantes. Por el contrario, en casos que lo ameriten por su complejidad, deberá propender a que se logre la mayor apertura posible a fin de enriquecerlo cualitativamente y sumar a otros actores, por ejemplo, los *amicus curiae*.

Estos configuran un provechoso instrumento destinado, *inter alia*, a viabilizar la participación ciudadana en la administración de justicia, en asuntos en los que se debatan cuestiones de trascendencia institucional o que resulten de interés público, potencialidad que comparte con la utilización de las audiencias públicas.

El citado instituto muestra una destacada raíz democrática y su intervención entraña una herramienta para hacer más laxos los criterios de participación en el proceso judicial en el marco del activismo judicial, actitud esta que se muestra fructífera para promover y ampliar el proceso democrático, abriendo nuevos canales de participación, sobre todo, de los grupos con menos posibilidades de injerencia real en ese proceso.¹⁷

La intervención de “amigos del tribunal” proporciona interesantes perspectivas y potencialidades funcionales para *democratizar* la discusión jurisdiccional –ampliando los márgenes de deliberación en cuestiones de trascendencia social por medio de argumentos públicamente analizados–, proporcionar mayor *transparencia* al proceso y abonar el camino para el dictado de *sentencias razonadas, justas y jurídicamente sustentables*, misión eminente en cabeza de los jueces, cuya *legitimidad* en buena medida se asienta en la racionalidad de sus pronunciamientos.

Así, a partir de una sentencia consistente y adecuadamente fundamentada, y con el aporte y la participación de la ciudadanía, en casos en que se hubiesen realizado audiencias públicas y recibido aportes sólidos de los *amicus curiae*, se incrementan las posibilidades de que los fallos resulten íntegramente cumplidos, lo que aporta a *afianzar la justicia* como demanda el proemio constitucional.

17 Carlos S. Nino, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 696.

EL CASO SOSA

Brevísima introducción

Tal como adelantábamos, entre los antecedentes de la CSJN se encuentra un caso prototípico de lo complejo que puede tornarse ejecutar un fallo de ese tribunal si ciertos intereses político-partidarios se infiltran en el proceso de cumplimiento de sentencias.

Nos referimos al caso del exprocurador de la provincia de Santa Cruz, Eduardo Emilio Sosa, que pasamos a examinar.

Vicisitudes de la causa

En 1995, el señor Eduardo Emilio Sosa fue separado de su cargo (al que accedió en 1990), que suponía ser jefe de fiscales y defensores, cuando la persona que luego fuera presidente de la nación (Néstor Carlos Kirchner) se desempeñaba como gobernador de Santa Cruz.

Ello se dio porque mediante la Ley Prov. 2.404, los legisladores provinciales aprobaron una reforma que desdoblaba sus funciones y creaba un cargo de agente fiscal y otro de defensor de pobres. Al señor Sosa no le adjudicaron ninguno de los dos puestos, sino que directamente lo cesaron, motivo por el cual planteó la inconstitucionalidad de la reforma judicial, ante lo que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Santa Cruz atendió su reclamo, invalidó la norma, pero no dispuso restituirlo en su cargo.

Sosa recurrió a la CSJN. Hubo un primer fallo en junio de 1998 y otro en abril de 2000. La Corte intimó al tribunal provincial a que le regresara a aquel el mismo cargo del que había sido desplazado,

... pero los jueces santacruceños sostuvieron que no tenía ningún sentido devolverle algo que había dejado de existir. En octubre de 2001, un tercer fallo supremo volvió a la carga con instrucciones para que el superior tribunal local condenara a la provincia. En lugar de seguir esa indicación, descartó la restitución de Sosa y le ofreció una indemnización por daños y perjuicios de 1.216.182,16 pesos. El exprocurador dijo que no y siguió reclamando ante la Corte. La provincia alegó después que ya se había jubilado.¹⁸

El 20 de octubre de 2009 se emitió un nuevo pronunciamiento en la causa “Sosa, Eduardo Emilio c/ Provincia de Santa Cruz” por parte de la CSJN (firmado

¹⁸ Cfr. Irina Hauser, “Con catorce años de atraso”, *Página 12*, 21 de octubre de 2009. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-133841-2009-10-21.html>.

por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay), que supuestamente daba por terminada la discusión al ordenar que el gobierno de Santa Cruz le diera al señor Sosa el cargo de agente fiscal que en esa época existía, considerando que ello no afectaba derechos adquiridos de quien por entonces ocupaba ese lugar, porque desde el comienzo conocía que la discusión judicial estaba abierta.

La CSJN cuestionó la “persistente y reiterada reticencia por parte de las autoridades provinciales”, que se negaron a reincorporar a aquel al Poder Judicial, pese a que así lo habían indicado los jueces del máximo tribunal en fallos anteriores dictados desde 1998 en adelante, en los que se defendió “la garantía de inamovilidad” del funcionario. Nótese la reacción de las autoridades locales ante decisiones judiciales adversas dictadas por la CSJN en un proceso constitucional.

Por medio del último de los pronunciamientos citados, la CSJN intimó al entonces gobernador de Santa Cruz, Daniel Peralta, a que en un plazo de 30 días cumpliera la sentencia y restituyera al señor Sosa en su cargo, bajo apercibimiento de dar intervención a la justicia penal para que investigara el incumplimiento de sus deberes de funcionario público.

Ante la reticencia del primer mandatario local, la Corte dictó otro decisorio el 14 de septiembre de 2010,¹⁹ firmado por los seis ministros citados en este apartado, en el que hizo efectivo el apercibimiento dispuesto en el fallo de 20 de octubre de 2009 (reiterado el 10 de noviembre del mismo año) y, en consecuencia, dispuso remitir copia certificada de las piezas pertinentes a la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia (provincia de Chubut) para que, por quien correspondiera, se investigara la posible comisión de un delito de acción pública.²⁰ Asimismo, ordenó comunicar la sentencia al Congreso de la nación, mediante oficios dirigidos a los presidentes del Senado y de la Cámara de Diputados.

En el resolutorio mencionado en último término, la CSJN puso de manifiesto que correspondía al Congreso nacional asegurar, proteger y vigilar la integridad,

19 *Fallos*, 333:1770.

20 Esta indicación/amenaza aparece, por ejemplo, en el Caso “Sarquis de Navarro, María Cecilia c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ Acción declarativa”, sentenciado el 14 de octubre de 2003 con las firmas de los ministros Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano y López (*Fallos*, 326:4203). En el punto I de la parte resolutive puede leerse: “Intimar a la señora gobernadora a obedecer la decisión de la Corte en los términos en que ha sido dictada, bajo apercibimiento de pasar los antecedentes a la *justicia penal por el delito de desobediencia*” (énfasis agregado). Recuérdese que la CSJN había hecho lugar a la medida cautelar solicitada por la actora y, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 204 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), ordenó a la provincia de Santiago del Estero que se abstuviera de alterar la vigencia del mandato de la legisladora accionante, ya electa y en ejercicio de su cargo.

la autonomía y la subsistencia de las provincias, dentro de la unidad coherente del Estado Federal al que pertenecen (arts. 5²¹ y 75, inciso 31,²² CN), por lo que el incumplimiento por parte de la provincia de Santa Cruz de una sentencia dictada por la Corte Suprema constituye un desconocimiento del principio de división de poderes que las provincias se han comprometido a garantizar (arts. 5, 116²³ y 117²⁴); paralelamente a que afectaba la relación de subordinación propia del federalismo al que debían sujetarse todas las provincias argentinas cuando recibían un mandato del poder federal de la República.²⁵

Además, la CSJN señaló que la CN autorizaba al Congreso de la nación a garantizar la forma republicana de gobierno (arts. 62²⁶ y 75, inciso 31), que se

21 Tal norma dispone: “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”.

22 Dicho inciso del artículo 75 establece la atribución del Congreso de disponer la *intervención federal* a una provincia o a la Ciudad de Buenos Aires o, en su caso, aprobar o revocar la intervención decretada, durante su receso, por el Poder Ejecutivo (volveremos sobre este punto).

23 Esa cláusula constitucional determina: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero”.

24 El artículo 117 estipula: “En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente”.

25 Respecto al federalismo argentino en general, ver Víctor Bazán, “Federalismo y autonomía territorial y política en Argentina”, en Gabriel Eduardo Mendoza Martelo *et al.* (eds. acads.), *Una mirada a las regiones desde la justicia constitucional*, Bogotá, Corte Constitucional de Colombia y Universidad del Rosario, 2013, pp. 121-175; y, más recientemente, “El federalismo argentino en foco: un recorrido crítico”, en Roberto Gargarella y Sebastián Guidi (dirs.), *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2019, t. I, pp. 113-1166.

26 El artículo 62 dispone que, cuando vacase alguna plaza de senador por muerte, renuncia u otra causa, el Gobierno a que corresponda la vacante hace proceder inmediatamente a la elección de un nuevo miembro.

vería privada de la base misma que la sustentaba si se ignorasen las atribuciones que el texto constitucional reconoce al máximo tribunal para la resolución de controversias con carácter final, por lo cual quedaban desquiciadas las funciones estatales, con el consiguiente desamparo de las garantías constitucionales.

En suma, lo que la CSJN intentaba expresar al Congreso, no demasiado subliminalmente, era que debía acudir a una fuerte e importante herramienta institucional: la *intervención federal*²⁷ a la provincia renuente, aunque el órgano legislativo nunca tomó la decisión de hacerlo. Indudablemente, converge aquí un caso de inexistencia de real voluntad política de cumplimiento.

Por su parte, en diciembre de 2018 el “Caso Sosa” recobró importancia. En efecto, el Juzgado Federal de Río Gallegos (provincia de Santa Cruz) condenó a un año de prisión en suspenso al exgobernador de esa provincia, Daniel Peralta, por no haber dado cumplimiento a un fallo de la CSJN que le había ordenado restituir en su cargo al citado Eduardo Sosa.

Consideraciones complementarias y cierre del tópico

En definitiva, nada de lo que se intentó surtió efecto y el fallo central de la CSJN, hasta ahora (diciembre de 2019), no logró ser abastecido efectivamente.

No debe olvidarse que –como vimos– se trataba de la provincia de quien era el presidente de la nación en ejercicio, miembro del partido mayoritario entonces

27 Argentina es un Estado federal, en el que coexisten la nación, las provincias (dentro de estas, los municipios) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), que es la capital del país. Ello supone que conviven la CN con las constituciones de cada uno de los veintitrés (23) estados provinciales (art. 123 constitucional) e incluso con la CABA, la que, pese a no ser una provincia (tampoco un municipio), cuenta con un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y con un jefe de gobierno y legisladores elegidos directamente por el pueblo de la ciudad (art. 129). Lo puntualizado implica que las provincias se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas, eligiendo a sus gobernadores, legisladores y demás funcionarios, sin intervención del Gobierno federal (art. 122). En ese contexto, y para garantizar el sistema federal de Estado, en casos excepcionales o de gravedad institucional, el Gobierno nacional puede declarar la *intervención federal* de alguna provincia e incluso de la CABA. La intervención federal es una atribución del Congreso de la nación en los términos del artículo 75, inciso 30 constitucional; pero si el Congreso se encuentra en receso, puede declararla el Poder Ejecutivo (art. 99, inciso 20), caso en el cual este último debe convocar de manera simultánea al Congreso para el tratamiento de la medida. Finalmente, el texto del artículo 6, CN, determina: “El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantizar la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia”.

en el poder (y que en la actualidad y a partir del 10 de diciembre de 2019 vuelve a dirigir el gobierno, aunque ahora con Alberto Fernández como presidente y Cristina Fernández de Kirchner como vicepresidenta).

La saga “Sosa” es un compilado de lo que *no debe hacerse* cuando se está en presencia de un pronunciamiento relevante e institucional de la CSJN, que naturalmente *debería* haber sido obedecido e implementado.

En supuestos de este tipo surge el interrogante de si la Corte carece de los atributos jurídicos necesarios para hacer cumplir compulsivamente su fallo, lo cual –al menos en teoría– no parece muy factible, ya que hablamos, ni más ni menos, de *la cabeza de uno de los tres poderes del Estado*; o bien, tal vez no desea activar la decisión política jurisdiccional a su alcance, para satisfacerlo a través de los medios conducentes al efecto.

Mutatis mutandis, y a modo de digresión, nos parece interesante colacionar lo que la propia CSJN, al menos en el voto triunfante, sostuvo enfáticamente, por ejemplo, en la causa “Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. (Artear) c/ Estado Nacional - JGM - SMC s/ Amparo ley 16.986”,²⁸ fallada el 11 de febrero de 2014, donde aseveró²⁹ que

... el incumplimiento de una sentencia judicial constituye un desconocimiento de la división de poderes que resulta inadmisibles en un Estado de derecho y, en consecuencia, causa un grave deterioro del Estado constitucional democrático. De conformidad con el mandato contenido en los artículos 108,³⁰ 109,³¹ 116 y 117 de la Constitución Nacional, no hay duda acerca de que las sentencias emanadas

28 CSJN, *Fallos*, 337:47. El esquema de votación fue el siguiente: la mayoría estuvo integrada por los ministros Lorenzetti, Fayt y Maqueda; por su parte, la jueza Highton se expidió por su voto (adhiriendo a los considerandos 1 a 7 de la mayoría); los ministros Petracchi y Argibay se pronunciaron en disidencia conjunta; y el juez Zaffaroni formuló una disidencia individual.

29 En todos los casos las cursivas han sido añadidas.

30 Según dicha cláusula: “Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal; ni dictar los códigos civil, comercial, penal y de minería, después que el Congreso los haya sancionado; ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del estado; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno Federal; ni nombrar o recibir agentes extranjeros; ni admitir nuevas órdenes religiosas”.

31 La norma determina: “Ninguna provincia puede declarar, ni hacer la guerra a otra provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella. Sus

del Poder Judicial son, en las condiciones que prevé el ordenamiento procesal, de cumplimiento obligatorio e inmediato (consid. 9).

... poco sentido cabría otorgarle a la garantía del debido proceso que consagra el artículo 18³² de la Constitución Nacional si el Estado no asegura la prestación de un servicio de justicia que contenga mecanismos efectivos para hacer cumplir las decisiones que pongan fin a los conflictos con el Estado. Si no existe la plena seguridad ciudadana de que la protección de la justicia es más que una mera declamación retórica de los jueces sin capacidad de ser respetada y cumplida por las autoridades que detentan el control de la fuerza pública, resulta artificial invocar la obligatoriedad de las reglas constitucionales que limitan el poder o esperar del gobierno la protección de los derechos fundamentales que consagra nuestra Constitución (consid. 10).

... es condición necesaria para afirmar la supremacía de su texto que se asegure la efectividad de las resoluciones de los jueces. No se trata entonces de invadir el ámbito de actuación de otros poderes, sino de dar solución a la problemática que se plantea en el caso, con la convicción republicana de que cuando la Constitución Nacional reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no meramente ilusorios (consid. 11).

No podemos sino coincidir con lo sostenido por la mayoría de la CSJN en la causa “Artear”. Aunque reiteramos que, por distintas razones, no siempre resulta sencillo lograr que los pronunciamientos jurisdiccionales –incluso de ese alto tribunal– se cumplan en plenitud.

Cabe subrayar que una posibilidad de avance en la materia podría buscarse en la línea de enfoque del *constitucionalismo dialógico*, que invita al diálogo entre los poderes del Estado (y otros órganos constitucionales), la sociedad civil

hostilidades de hecho son actos de guerra civil, calificados de sedición o asonada, que el Gobierno Federal debe sofocar y reprimir conforme a la ley”.

32 El artículo 18 estipula: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidas para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”.

y otros actores del sistema de justicia, en busca de un equilibrio institucional razonable y prudente.

Solo como efecto ilustrativo resaltamos que algunos ingredientes de ese *constitucionalismo* pueden, por ejemplo, consistir en el cumplimiento por el órgano máximo de justicia constitucional de las pautas de racionalidad en sus decisiones; la toma de conciencia por el órgano legislativo acerca de que la elaboración de sentencias del tribunal de cúspide de la jurisdicción constitucional no obedece a un espíritu antiparlamentario; las sentencias estructurales; la instauración de audiencias públicas y la participación de *amicus curiae*. En otras palabras, la exploración de nuevas vías de interlocución y puentes deliberativos para facilitar la participación social.

Finalmente, siempre resulta aconsejable que la CSJN sea muy precisa en las determinaciones y especificaciones contenidas en sus sentencias, para evitar cualquier malentendido o malinterpretación que coadyuve a entorpecer o ralentizar el cumplimiento de sus fallos.

LA POLÉMICA CUESTIÓN SUSCITADA EN TORNO A LA EXIGENCIA DE CUMPLIMIENTO DIRIGIDA A LA CSJN, DE UNA MEDIDA REPARADORA FIJADA POR LA CORTE IDH EN “MIN. RR. EE. EN FONTEVECCHIA Y D’AMICO”

Contextualización

En 2001, los periodistas Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico, vinculados a Editorial Perfil y a la revista *Noticias*, fueron condenados civilmente al admitirse la demanda interpuesta por el entonces presidente Carlos Saúl Menem, por violación de su derecho a la intimidad con motivo de la publicación en 1995 de dos artículos referidos, entre otras cosas, a un “presunto hijo no reconocido” y a su relación con el niño y la madre de este. Se trataba de Carlos Nair Meza, quien en 2006 fue reconocido judicialmente como hijo del expresidente y pasó a llamarse Carlos Nair Menem.

Llevado el caso ante el sistema interamericano, la Corte IDH –el 29 de noviembre de 2011–³³ condenó unánimemente al Estado argentino por violar el derecho de libertad de pensamiento y expresión de los periodistas (art. 13, CADH), y *determinó que la sentencia de la Corte IDH era ‘per se’ una forma de reparación* (punto 1 de la parte resolutive).

Asimismo, dispuso que el Estado debía:

33 Corte IDH, Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 238.

- a) *Dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias.*
- b) Publicar un resumen oficial de su sentencia elaborado por la CSJN, por una sola vez, en el *Diario Oficial* y en un diario de amplia circulación nacional, así como publicar la sentencia completa de la Corte IDH en la página del Centro de Información Judicial de la Corte Suprema.
- c) Entregar las sumas reconocidas en dicho fallo, comprensivas del reintegro de los montos de condena oportunamente fijados en la sentencia de la CSJN, así como de los correspondientes a las reparaciones admitidas en su decisión internacional, o sea, daño material y gastos derivados del trámite del proceso interno y del procedimiento internacional.

A su turno, y respecto del punto a) señalado precedentemente (dejar sin efecto la condena civil), la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la nación remitió a la CSJN un oficio en el que le hizo saber el pedido formulado por la Secretaría de Derechos Humanos de la nación a aquel tribunal, para que cumpla –en lo que corresponda y de conformidad con su competencia– la sentencia pronunciada el 29 de noviembre de 2011 por la Corte IDH en el Caso Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina.

Un pronunciamiento controversial

La CSJN, con una remozada composición (como veremos), emitió su decisorio el 14 de febrero de 2017. La mayoría estuvo compuesta por cuatro ministros: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Rosenkrantz y Rosatti, este último con algunas apreciaciones propias. Contrariamente, en una coherente y solitaria disidencia, se pronunció el juez Maqueda.

En cuanto al ítem reparador concreto que se le planteaba a la CSJN, contrariando esta lo que había venido sosteniendo a lo largo de una rica jurisprudencia protectoria de derechos básicos en la línea de sentido del principio *pro persona*, manifestó que la Corte IDH no es una cuarta instancia de apelación local (tema que retomaremos) y se mostró refractaria a dejar sin efecto el mencionado fallo, señalando que si siguiera lo ordenado por el tribunal regional violaría principios reconocidos en la CN, puntualizando también que este se había extralimitado en sus atribuciones remediales al ordenar al Estado el cumplimiento de la medida de reparación por ese entonces incumplida.

El alto tribunal nacional sentó un precedente riesgoso, al autoerigirse en “censor” de los pronunciamientos de la corte regional, cuando claramente carece de atribuciones para ello. De hecho, con el temperamento adoptado por la CSJN podría agrietarse la dinámica de la línea de tutela internacional de derechos humanos sostenida durante mucho tiempo.

Además, exhibió una posición anacrónica en el ámbito de los derechos fundamentales, pese a todo lo que había puntualizado en asuntos anteriores (v. gr., “Espósito, Miguel Ángel s/ Incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”³⁴ y “Derecho, René Jesús s/ Incidente de prescripción de la acción penal –Causa 24.079–”³⁵), y a las expresas cláusulas de apertura hacia el derecho internacional que la reforma constitucional de 1994 implementó, entre ellas, el artículo 75, inciso 22, con la adjudicación de jerarquía constitucional a varios instrumentos en la materia³⁶ (la CADH incluida), y de otros tres a los que posteriormente el Congreso Nacional les atribuyó tal magnitud.

El decisorio del alto tribunal supuso desoír normas y principios básicos del derecho internacional, por ejemplo: *pacta sunt servanda*, buena fe, interpretación conforme al objeto y fin del tratado, *effet utile* e imposibilidad de alegar el derecho interno para dejar de cumplir una obligación impuesta, en este caso, por la Corte IDH, institución judicial autónoma del sistema interamericano, al que la Argentina pertenece desde hace décadas (arts. 26; 31.1 y 31.2 y 27, correlacionado este último con el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [CVDT] de 1969).³⁷

A propósito del artículo 26 de la CVDT, y su reflejo en el artículo 31.1 de la misma, cabe resaltar que al enunciado tradicional en punto a que “los pactos deben ser cumplidos”, la disposición añade “de buena fe” que naturalmente es un principio general del derecho. Pero más allá de encontrarse en el cuerpo normativo de la Convención, tales premisas adquieren un refuerzo axiológico, *anche* jurídico, al haber quedado consignadas también en el Preámbulo de la misma, que en su párrafo 3º reza: “Advirtiendo que los principios del libre

34 CSJN, *Fallos*, 327:5668 de 23 de diciembre de 2004. Los jueces Petracchi y Zaffaroni se pronunciaron en voto conjunto; los ministros Belluscio y Maqueda también en moción única coincidente; y los magistrados Fayt, Boggiano y Highton de Nolasco en sendos votos concurrentes.

35 CSJN, *Fallos*, 334:1504 de 29 de noviembre de 2011. Por la mayoría se pronunciaron los ministros Highton de Nolasco, Petracchi y Zaffaroni (voto conjunto); el juez Maqueda en voto concurrente; y en disidencia conjunta los ministros Fayt y Argibay.

36 Un elemento analítico imprescindible en cualquier análisis jurídico que aborde la temática a la que este trabajo adscribe, es tener en cuenta que la Convención Constituyente de 1994 adjudicó jerarquía constitucional *originaria* a once instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (art. 75, inciso 22, párr. 2º CN), agregándose posteriormente a tal nómina tres documentos internacionales sobre la misma área temática a los que el Congreso de la nación les acordara jerarquía constitucional *derivada* (art. 75, inciso 22, párr. 3º CN).

37 U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, suscrita el 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

consentimiento y de la buena fe y la norma *pacta sunt servanda* están universalmente reconocidos”.

El propio tribunal regional ha puntualizado expresamente que es un principio de derecho internacional y un “precepto fundamental subyacente en la Convención Americana”, *que los Estados no pueden invocar su derecho interno como justificación para no cumplir un tratado*.

A su tiempo, entre los principios de la ONU, su Carta establece en el artículo 2.2. lo siguiente: “Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, *cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta*”³⁸ (énfasis agregado).

La Corte IDH sí está habilitada para ordenar que se dejen sin efecto sentencias contrarias a la CADH u otros documentos internacionales, lo que es congruente con una de las exigencias previas para acceder al sistema interamericano: la interposición y el agotamiento de los recursos internos, cuestión que carecería de sentido si luego se impidiera a aquel Tribunal examinar el alcance de dichos pronunciamientos internos. Incluso, este lo ha realizado en distintas ocasiones, por ejemplo, en el Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, que paradójicamente ha sido citado con frecuencia por la Corte Suprema argentina.

Digresión

Intentaremos resaltar aquí, *mutatis mutandis*, los diferentes comportamientos asumidos por la CSJN en el Caso “Min. RR. EE. en Fontevecchia y D’Amico”, donde se muestra reluctante a cumplimentar la medida reparadora impuesta al Estado argentino, y, por ejemplo, en la causa “Espósito, Miguel Ángel”,³⁹ de 23 de diciembre de 2004, también dirimida por aquel alto tribunal.

En esta última, y al menos por parte de varios de sus componentes, la CSJN exteriorizó un discurso demostrativo de su permeabilidad a acatar los pronunciamientos de la Corte IDH, al admitir mayoritariamente⁴⁰ el recurso extraordinario deducido contra una sentencia que había declarado extinta la acción penal por prescripción en una causa abierta por hechos que luego fueron juzgados por la Corte Interamericana, cuyas decisiones –sostuvo la CSJN– resultan de “cum-

38 Sobre tales tópicos, para ampliar, ver Ernesto de la Guardia, *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, pp. 94-95.

39 CSJN, *Fallos*, 327:5668.

40 Conformaron la mayoría los ministros Petracchi y Zaffaroni; por su voto, lo hicieron los jueces Belluscio y Maqueda (conjuntamente), y Fayt, Boggiano y Highton de Nolasco, de modo individual.

plimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH)”, por lo cual también ella, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional (consid. 6° de la mayoría).

Previamente, había puntualizado que el rechazo de la apelación tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción de la acción penal, en contravención a lo decidido por la Corte IDH en su sentencia de 18 de septiembre de 2003 en el Caso Bulacio vs. Argentina,⁴¹ en el que se declarara la responsabilidad internacional del país –entre otros puntos– por la deficiente tramitación del expediente en cuestión (consid. 5° del voto triunfante).

Acotó que, “en consecuencia, la confirmación de la decisión por la cual se declara extinguida por prescripción la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado argentino. *Desde esa perspectiva, el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado*”, por lo que correspondía declarar inaplicables al caso las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción en una causa que, en principio, no podría considerarse alcanzada por las reglas de derecho internacional incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en materia de imprescriptibilidad: Convención sobre Desaparición Forzada de Personas y Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad –énfasis agregado– (consid. 10 de la mayoría).

La CSJN no se privó de exteriorizar su discrepancia respecto de algunas de las cuestiones resueltas por la Corte IDH, ni de puntualizar que

... se plantea la paradoja de que solo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana [sic]. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, *es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional* (consid. 15 de la mayoría). (Énfasis agregado)

En síntesis, si bien marcó sus reservas y discrepancias respecto de lo decidido por el tribunal interamericano, la CSJN asumió como un *deber* en el plano de su potestad jurisdiccional, y en tanto parte del Estado argentino, acatar lo dispuesto

41 Corte IDH, Caso Bulacio vs. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 100.

al efecto por la Corte IDH; lo que dista bastante de la conducta asumida por la mayoría de cuatro a uno en “Min. RR. EE. en Fontevecchia y D’Amico”.

Fórmula de la cuarta instancia

Respecto al tema que se anunciaba en el apartado “Un pronunciamiento controversial”, esto es, lo manifestado por la CSJN en punto a que el tribunal regional *no es una cuarta instancia de apelación local*, se ha sostenido que dicha fórmula

... se refiere simplemente a que *la Corte Interamericana no revisa el acierto o el error de las decisiones de los tribunales nacionales en la aplicación del derecho nacional si actuaron respetando el debido proceso y se trata de tribunales independientes e imparciales*. En virtud de esta regla se limita en ese aspecto el margen de revisión del caso litigioso para que el sistema interamericano sea subsidiario de los sistemas judiciales nacionales.

... pero *la Corte Interamericana sí examina si una decisión judicial violó la Convención Americana*, por ejemplo, al negar el debido proceso, o limitar arbitrariamente un derecho de la Convención, como la libertad de expresión, la libertad sindical, la nacionalidad o la defensa en juicio. *Si concluye que lo hizo, su poder remedial no se limita a fijar reparaciones patrimoniales, sino que puede obligar al Estado condenado a dejar sin efecto, revisar o anular la decisión o sus efectos jurídicos*.

El proceso internacional es un nuevo proceso, diferente al interno, con sus instancias, sus propias partes litigantes, su sistema de prueba y de responsabilidad y su propio aparato remedial. Lo que hace la Corte Interamericana es ordenarle al Estado que adopte los mecanismos necesarios para dejar sin efecto o privar de efectos jurídicos a la decisión.⁴² (Énfasis agregado)

Vale agregar que el hecho de que la Corte IDH *no actúe como una instancia más y no constituya una cuarta instancia*, tal como afirma la CSJN en el considerando 8° de la mayoría, en modo alguno imposibilita que aquella corte regional tenga competencia para revisar o anular sentencias jurisdiccionales estatales.

Para finalizar este punto, haremos alusión al tema de la *cuarta instancia* en el ámbito de la CIDH,⁴³ órgano que desde antiguo ha establecido:

42 Víctor Abramovich, “Comentarios sobre ‘Fontevecchia’, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino”, *Pensar en Derecho*, núm. 10, Buenos Aires, Eudeba, UBA, 2017, pp. 17-18.

43 CIDH, Informe núm. 39/96, Caso 11.673, Argentina, 15 de octubre de 1996.

... la regla del agotamiento previo de los recursos internos se basa en el principio de que *un Estado demandado debe estar en condiciones de brindar una reparación por sí mismo y dentro del marco de su sistema jurídico interno*. El efecto de esa norma es asignar a la competencia de la Comisión un carácter esencialmente subsidiario [párr. 49].

... el carácter de esa función constituye también la base de la denominada ‘fórmula de la cuarta instancia’ aplicada por la Comisión [IDH], [...] La premisa básica de esa fórmula es que la Comisión no puede revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, *a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación de la Convención* [párr. 50].

... la Comisión es competente para declarar admisible una petición y fallar sobre su fundamento cuando esta se refiere a una sentencia judicial nacional que ha sido dictada al margen del debido proceso, o que aparentemente viola cualquier otro derecho garantizado por la Convención. Si, en cambio, se limita a afirmar que el fallo fue equivocado o injusto en sí mismo, la petición debe ser rechazada conforme a la fórmula arriba expuesta. *La función de la Comisión consiste en garantizar la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados partes de la Convención, pero no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia* [párr. 51].⁴⁴ (Énfasis agregado)

Retroceso jurisprudencial

Como es de sobra conocido, la reforma constitucional argentina de 1994 generó cláusulas de apertura al derecho internacional de los derechos humanos e

44 En el apartado 52 del Informe sobre el que da cuenta la nota precedente, la Comisión ha expresado: “La ‘fórmula de la cuarta instancia’ fue elaborada por la Comisión en el caso de Clifton Wright, ciudadano jamaicano, que adujo un error judicial que dio lugar a una sentencia de muerte en su contra. El sistema nacional no preveía un trámite de impugnación de sentencias determinadas por errores judiciales, lo que dejó al Sr. Wright desprovisto de recursos. En ese caso, la Comisión estableció que no podía actuar como ‘una cuarta instancia cuasi-judicial’ con facultades para revisar las sentencias de los tribunales de los Estados miembros de la OEA. No obstante, la Comisión declaró fundados los hechos aducidos por el peticionario y determinó que el mismo no pudo haber cometido el crimen. En consecuencia, la Comisión llegó a la conclusión de que el Gobierno de Jamaica había violado el derecho del peticionario a la protección judicial, lo que constituye una violación a sus derechos fundamentales, porque el procedimiento judicial interno no permitía corregir el error judicial”.

incluso la propia CSJN (hoy con una composición parcialmente “remozada”⁴⁵) mostró en su momento una visión amplia y muy consustanciada con dicha temática, siguiendo la tónica de la Corte IDH. De hecho, y hasta “Min. RR. EE. en Fontevecchia y D’Amico”, el Estado argentino había exhibido, en general, una posición receptiva hacia los órganos del sistema interamericano, lo que se traducía en un parámetro sustentable de cumplimiento de los fallos del tribunal interamericano.

La respuesta ofrecida por la CSJN en “Min. RR. EE. en Fontevecchia y D’Amico”, reacia a dar cumplimiento a la orden de reparación fijada por la Corte IDH en punto a *dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico, así como todas sus consecuencias*, se distancia del perfil tuitivo y progresista que –como anunciábamos– en su hora exhibió la CSJN al menos en el plano de los derechos fundamentales.

Tampoco parece muy apropiado predicar que las decisiones de la Corte IDH son “en principio” de cumplimiento mandatorio, cuando la CADH claramente dispone que su fallo “será definitivo e inapelable” (art. 67), y Argentina, como Estado parte de la Convención, se comprometió formalmente “a cumplir la decisión de la Corte” en todo caso en que sea parte (art. 68.1), como evidentemente lo fue en el Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina, donde se declaró su responsabilidad internacional y resultó condenada.

No corresponde poner en duda la obligatoriedad de los decisorios de la Corte IDH. Ese carácter imperativo emerge, *inter alia*, de la ratificación (o adhesión) que el Estado concernido realizó de la CADH y del reconocimiento que efectuó de la competencia contenciosa del tribunal interamericano.

El deber de cumplimiento de los fallos de la corte regional que nutren su acervo jurisprudencial es convencional, y la falta de acatamiento lleva ineluctablemente a la declaración de responsabilidad internacional del Estado renuente.

En dirección convergente y por conducto del principio de cooperación leal con el tribunal interamericano, los Estados del sistema (obviamente Argentina incluida) están jurídica y éticamente obligados a colaborar de buena fe para que la Corte IDH pueda desenvolver sus funciones de manera apropiada y sustentable, pues no actúa sobre materias de calado menor, sino en un ámbito temático específico y muy sensible: *la protección de los derechos esenciales*. Uno de los modos en que puede concretarse en la práctica aquella pauta de cooperación leal

45 En ese sentido, permanecen en la CSJN tres ministros históricos: Maqueda (ingresó el 30 de diciembre de 2002), Highton de Nolasco (el 9 de junio de 2004) y Lorenzetti (el 12 de diciembre de 2004); mientras que en 2016 se incorporaron los siguientes jueces: Rosatti (el 29 de junio) y Rosenkrantz (el 22 de agosto), este último fue nombrado presidente del tribunal el 1° de octubre de 2018.

es precisamente a través del cabal cumplimiento, por el Estado condenado, de la sentencia que el tribunal pronuncie en su contra, declarándolo internacionalmente responsable, así como de las reparaciones que al efecto instituya.

Al respecto, la Corte IDH ha resaltado que la obligación de cumplir lo dispuesto en sus decisiones corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual *los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe ('pacta sunt servanda') y no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida*.⁴⁶

En su voto razonado presentado en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso ('Aguado Alfaro y otros') vs. Perú, García Ramírez (expresidente de la Corte IDH) ha subrayado:

... Dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y operación de la Corte, no cabría esperar que esta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional –lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos–, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares. La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el criterio de interpretación y aplicación, este 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 los pronunciamientos de la Corte constituida [...] merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de estos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales*.⁴⁷ (Énfasis agregado)

Por lo demás, no concordamos con la interpretación de la CSJN en cuanto a que los pronunciamientos no deberían ser cumplidos si la Corte IDH actúa en

46 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994, "Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)", Serie A, núm. 14, párr. 35; Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 17 de noviembre de 1999, consid. 4; Caso López Lone y otros vs. Honduras, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 25 de mayo de 2017, consid. 15; y Caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, consid. 14.

47 Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso ('Aguado Alfaro y otros') vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 158; voto razonado de García Ramírez, párr. 8.

exceso de su competencia, o bien cuando la condena sea de cumplimiento imposible por contravenir “principios de derecho público constitucional argentino”.

¿Tales afirmaciones suponen que la Corte argentina está investida de prerrogativas para estipular que la Corte IDH ha obrado excediendo su competencia? ¿O para catalogar cuándo la condena resulta de cumplimiento imposible por quebrantar “principios de derecho público constitucional argentino”? En ambos casos, los interrogantes propuestos generan respuestas negativas.

La CSJN no puede convertirse en “fiscalizadora” de los fallos de la Corte IDH, decidiendo si esta se extralimitó o no en su competencia al pronunciar el decisorio, emanado ni más ni menos que de la máxima institución judicial del sistema interamericano e intérprete final de la CADH; ni tampoco, decretar si el pronunciamiento es o no ejecutable o si contraría o no “principios de derecho público constitucional argentino”.

Vinculado con la problemática del cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, vale recordar que el artículo 25.2.c’ de la Convención establece el compromiso de los Estados parte de *garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso judicial de que se trate para la protección de los derechos humanos involucrados en el caso*. Tal problemática ha sido detalladamente analizada por la Corte IDH, que ha deparado una útil jurisprudencia en torno al debido proceso y al rol que al respecto ocupa la implementación de sus pronunciamientos.

En referencia a “Min. RR. EE. en Fontevecchia y D’Amico”, se ha expuesto:

... el punto más conflictivo de toda la decisión está en el *argumento de la existencia de un orden conformado por los principios fundamentales de derecho público argentino que funciona como “valladar” infranqueable de reserva de soberanía ante la aplicación de los tratados internacionales*, incluso de los que han sido constitucionalizados. Este argumento se basa en la lectura particular del artículo 27⁴⁸ de la Constitución que dice que los tratados que firme el gobierno federal deben respetar los principios de derecho público de la Constitución. Esta interpretación, [...] tiene una enorme significación, pues trasciende la cuestión del cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana, y de acuerdo con sus futuros desarrollos, puede implicar un cambio importante de interpretación del propio artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional que formaliza la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos. Implica nada menos que el retorno como posición hegemónica de una visión dualista de la relación

48 Dicha norma establece: “El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

entre derecho internacional y derecho interno, esto es, la afirmación de la existencia de dos sistemas normativos diferentes, dos planetas que giran cada uno en su órbita, y que requieren siempre una norma o acto de habilitación para que la norma internacional se integre al orden jurídico nacional sin alterar su núcleo identitario.⁴⁹ (Énfasis agregado)

En modo alguno podemos acordar con la posición dualista, cuya instauración pareciera que la mayoría pretende consumir, en referencia a la vinculación del derecho internacional y el derecho interno. A nuestro juicio, ello supondría un gran retroceso en el duro y complejo proceso de generación de una nutrida jurisprudencia en el campo de los derechos humanos, forjada por la CSJN y cristalizada a lo largo de mucho tiempo.

Obviamente, respetamos y valoramos la importancia de *los principios fundamentales de derecho público argentino* (art. 27, CN); sin embargo, estos principios no pueden válidamente oponerse a una sentencia de condena y adjudicación de responsabilidad internacional del Estado argentino, sobre todo, en un ámbito álgido y sensible como es el de los derechos básicos, donde desde luego son *protagonistas* y están estrechamente vinculados el principio de *humanidad* y la encumbrada pauta jurídica y axiológica *pro persona*.

Particularmente, se ha puntualizado:

... el principio de *humanidad*, aclamado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y su empleo en sede de *derecho internacional humanitario, derecho internacional de los refugiados, derecho internacional de los derechos humanos, derecho penal, ejecución de las penas, victimología, política criminal, justicia restaurativa, mediación, tráfico de personas a efectos de explotación sexual, conflictos interculturales, armas químicas, Estado democrático de derecho, entre otros*, que muestran la pertinencia, el significado y el *carácter universal de este principio tan antiguo como la propia Humanidad*, y que no solo constituye una pilastra de numerosas ramas del conocimiento, jurídico o no, fortaleciendo el sentido del humanismo y de la Justicia, sino que también *se asocia a otros valores y principios, como el de la dignidad, la tolerancia, la ética y la cooperación mutua*, para realzar que, por encima de todo, se debe perseguir el respeto a la persona humana, alfa y omega de nuestra búsqueda continua por un mundo más justo y ecuánime.⁵⁰ (Énfasis agregado)

49 Abramovich, *op. cit.*, pp. 17-18.

50 Antônio Augusto Cançado Trindade y César Barros Leal (coords.), "Prólogo", *El principio de humanidad y la salvaguardia de la persona humana. Curso brasileño interdisciplinario en derechos humanos*, Fortaleza, Expressão Gráfica e Editora, 2016, p. 5. Los citados académicos

Por su parte, y a riesgo de caer en reiteraciones, es largamente sabido que un Estado no puede oponer la normativa de derecho interno (ni siquiera la preceptiva *constitucional*) para dejar de cumplir las obligaciones adoptadas internacionalmente. Además de ser un principio básico y fundamental del derecho internacional, semejante prohibición está claramente contenida en el artículo 27 de la CVDT.

Dicha disposición convencional estipula que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Tal norma debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46 de la CVDT. Esta solución normativa, que según se ha aseverado supuso la aprobación de dos artículos de dicha Convención cuando debió ser una norma única, ha sido criticada dado que ambas cláusulas no solo tratan sobre un mismo asunto, sino que el artículo 27 plantea un problema cuya solución está en el artículo 46. Ello, por cuanto

... el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno [inciso 1] [aclarándose en el inciso 2 que] una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.⁵¹

Aquella premisa contenida en el artículo 27, CVDT, desde hace décadas cuenta con gran predicamento de la doctrina y la jurisprudencia. Nótese que, por ejemplo, ya mucho tiempo atrás, Verdross marcaba que “ningún Estado puede sustraerse a una obligación jurídico-internacional invocando su derecho interno” (énfasis agregado).⁵²

señalan que en múltiples sentencias y votos, la Corte IDH “ha destacado la relevancia y la amplitud del *principio de humanidad*, el cual preside nuestras acciones y cuya invocación es fundamental, sea en la interpretación de las normas, en la resolución de litigios, sea en el ejercicio de reflexión sobre la vida, la salud, la libertad, la igualdad, la no-discriminación, en el marco del vasto territorio de las relaciones humanas, de las divergencias interpersonales e intergrupales, siempre observando los límites y las condiciones de aplicación del derecho, impuestos por la observancia prioritaria del hombre, visto en su esencialidad, independientemente de color, raza, origen, religión u orientación sexual” (pp. 5-6).

51 De la Guardia, *op. cit.*, p. 196.

52 Alfred Verdross, *Derecho internacional público*, 4ª ed. alemana en colaboración con Karl Zemanek, 5ª ed. española, Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1974, p. 66. El primero de los autores aludidos cita, por ejemplo, al Tribunal Permanente de Justicia Internacional

Compétence de la compétence

No debe perderse de vista que la Corte IDH, como todo órgano con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz*), y que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, de la potestad de la Corte para resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción (ver al respecto, arts. 62.1 y 62.3, CADH).

Como el propio tribunal interamericano ha sostenido en numerosas ocasiones, su competencia no puede estar condicionada por hechos distintos de sus propias actuaciones.

Es que, aceptada la disposición facultativa de la jurisdicción obligatoria, “una objeción o cualquier otro acto interpuesto por el Estado con el propósito de afectar la competencia de la Corte es inocuo, pues en cualesquiera circunstancias la Corte retiene la *compétence de la compétence*, por ser maestra de su jurisdicción”.⁵³

Asimismo, al interpretar la Convención conforme a *su objeto y fin*, la Corte debe actuar de tal manera que se preserve la integridad del mecanismo previsto en el artículo 62.1 de la CADH. Es que sería inadmisibles subordinar tal dispositivo a restricciones que hagan inoperante el sistema tutelar de los derechos humanos, previsto en la Convención y, por tanto, la función jurisdiccional de la Corte.

En dirección análoga, el tribunal interamericano ha sostenido que los

... Estados partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no solo en relación con

(TPJI) en el Asunto de las Zonas Francas, A/B, 46 (1932), 167: “France cannot rely on her own legislation to limit the scope of her international obligations”, y en el Asunto de los Súbditos polacos en Danzig, A/B, 44 (1932), 24: “A State cannot adduce as against another State its own constitution with a view to evading obligations incumbent upon it under international law” (TPJI, n. 12). Verdross sostuvo que lo afirmado “*vale incluso para las leyes constitucionales opuestas al derecho internacional*” (énfasis agregado), apoyándose en sentencias arbitrales en los asuntos Montijo, de 26 de julio de 1875 (Moore: Arb., 1440) y G. Pinson, de 19 de octubre de 1928, R.S.A., V (1952), 393 (TPJI, n. 11).

53 Ver, entre muchos otros, Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Competencia, Serie C, núm. 55, párr. 33; Caso Ivcher Bronstein, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Competencia, Serie C, núm. 54, párr. 34; y Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago, Sentencia de 1 de septiembre de 2001, Excepciones preliminares, Serie C, núm. 80, párr. 81.

las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tal como la referente a la cláusula de aceptación de la competencia contenciosa del Tribunal. Tal cláusula, esencial a la eficacia del mecanismo de protección internacional, debe ser interpretada y aplicada de modo que la garantía que establece sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presentes el carácter especial de los tratados de derechos humanos [...] y su implementación colectiva.⁵⁴

Garantía colectiva y naturaleza especial de los tratados sobre derechos humanos

Es preciso tomar en consideración que la Corte IDH ha sostenido que los Estados parte de la CADH tienen la obligación convencional de implementar tanto en el nivel internacional como en el interno y de forma pronta e íntegra, lo dispuesto por aquel tribunal en las sentencias que a ellos conciernan, obligación que, como lo señala el *derecho internacional consuetudinario y lo ha recordado la Corte IDH, vincula a todos los poderes y órganos estatales*⁵⁵ y, *de no cumplirse, se incurre en un ilícito internacional*.

Siguiendo la línea de lo mencionado en la parte final del párrafo anterior, al producirse un hecho ilícito atribuible a un Estado, surge la responsabilidad internacional de este por violación de una norma internacional, lo que da origen a *una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de reparar*.⁵⁶ Como ha juzgado la Corte IDH,⁵⁷ el artículo 63.1 de la CADH *reproduce el texto de una*

54 Cfr. Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional, Competencia, cit., párr. 36, y Caso Ivcher Bronstein, Competencia, cit., párr. 37.

55 Corte IDH, Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 17 de noviembre de 1999, consid. 3; Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Sentencia de 28 de noviembre de 2003, Competencia, Serie C, núm. 104, párr. 131; y Caso De la Cruz Flores vs. Perú, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 2 de septiembre de 2015, consid. 42.

56 Corte IDH, Caso Garrido y Baigorria, Sentencia de 27 de agosto de 1998, Reparaciones (art. 63.1, CADH), Serie C, núm. 39, párr. 40; Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C, núm. 149, párr. 232; y Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 1 de septiembre de 2015, consid. 5.

57 Corte IDH, Caso Castillo Páez vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 43, párr. 50; y Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, Sentencia de 22 de junio de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 293, párr. 360.

*norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados.*⁵⁸

La corte regional ha destacado que la CADH, así como los demás tratados de derechos humanos, se aplican de conformidad con la *noción de garantía colectiva y tienen una naturaleza especial*, que los diferencia de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados parte.⁵⁹

Tal noción de *garantía colectiva* está estrechamente relacionada con el *efecto útil* de las sentencias de la Corte IDH, por cuanto la CADH consagra un sistema que constituye un verdadero *orden público regional*, cuyo mantenimiento es de interés de todos y cada uno de los Estados parte. El interés de estos es el mantenimiento del sistema de protección de los derechos humanos que ellos mismos han creado, y si un Estado viola su obligación de acatar lo resuelto por el órgano jurisdiccional regional en la materia, se quebranta el compromiso asumido hacia los otros Estados de cumplir con las sentencias de la Corte.

En ese sentido, se ha establecido que

... la labor de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, cuando se le presenta un incumplimiento manifiesto por parte de uno de los Estados de una sentencia emitida por la Corte Interamericana, es precisamente la de proteger el *efecto útil de la Convención Americana y evitar que la justicia interamericana se torne ilusoria al quedar al arbitrio de las decisiones internas de un Estado.*⁶⁰ (Énfasis agregado)

LA CONTUNDENTE Y ACERTADA RESPUESTA DE LA CORTE IDH A LA CORTE SUPREMA

Ante el panorama que deparó el decisorio de la mayoría de la CSJN en “Min. RR. EE. en Fontevecchia y D’Amico”, era solo cuestión de tiempo que la Corte IDH pronunciara una resolución en el marco de la supervisión del cumplimiento de

58 Cfr. *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion: ICJ Reports 1949, p. 184; *Affaire relative à l’Usine de Chorzów (Demande en Indemnité) (Fond)*, Arrêt núm. 13, le 13 septembre 1928, CPJI, Série A, num. 17, p. 29; y *Affaire relative à l’Usine de Chorzów (Demande en Indemnité) (Compétence)*, Arrêt num. 8, le 26 juillet 1927, CPJI, Série A, num. 9, p. 21.

59 Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Sentencia de 28 de noviembre de 2003, Competencia, Serie C, núm. 104, párr. 96.

60 Corte IDH, *Casos Hilaire, Constantine y Benjamin y otros y Caesar vs. Trinidad y Tobago*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 20 de noviembre de 2015, consid. 13.

sentencia por el Estado argentino. Ello ocurrió el 18 de octubre de 2017. En ese aleccionador resolutorio, el tribunal regional puso en evidencia ciertas inconsistencias del *dictum* de la CSJN aludido al comienzo de este párrafo, algunas de las cuales son las siguientes:

- Existe la obligación convencional de implementar tanto en el ámbito internacional como en el interno y de forma pronta e íntegra lo dispuesto por la Corte IDH en sus sentencias, lo que, de no cumplirse, llevaría a incurrir en un *ilícito internacional*.
- Las obligaciones convencionales de los Estados parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo, judicial, u otras ramas del poder público) y demás autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el *deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional*.
- Los Estados parte en la Convención *no pueden invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno* para justificar una falta de cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho tratado; y que en lo concerniente al cumplimiento de las sentencias de la Corte, *no se trata de resolver el problema de la supremacía del derecho internacional sobre el nacional en el orden interno*, sino únicamente de hacer cumplir aquello a lo que los Estados soberanamente se comprometieron.
- *No le corresponde a dicho tribunal interno* (léase la CSJN) *determinar cuándo una sentencia de la Corte IDH es obligatoria*, pues su obligatoriedad surge de la ratificación de la CADH y del reconocimiento que realizó de la competencia contenciosa de la Corte IDH.
- La *determinación de la obligatoriedad de uno de los fallos de la Corte IDH no puede quedar al arbitrio de un órgano del Estado, especialmente de aquel que generó la violación de derechos humanos*, tal como en el presente caso, cuya violación se configuró por una decisión de la CSJN, puesto que sería inadmisibles subordinar el mecanismo de protección previsto en la CADH a restricciones que hagan inoperante la función del tribunal, pues ello tornaría incierto el acceso a la justicia que es parte del sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en la Convención.
- Al pronunciarse sobre decisiones judiciales internas, la Corte IDH *no actúa como una cuarta instancia revisora de las sentencias dictadas por los tribunales internos*, sino que determina si, en sus decisiones, estos han incurrido en alguna violación de los derechos humanos u obligaciones internacionales reconocidas en los tratados sobre los cuales tiene competencia.

Por lo demás, la Corte IDH evocó que esa misma reparación de “dejar sin efectos” sentencias internas ha sido cumplida por otros Estados y por Argentina en casos similares a este, en los que se constató una violación a la CADH por la imposición judicial de responsabilidades penales o civiles ulteriores contrarias al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.⁶¹ Asimismo, le señaló a la Corte argentina que en similitud de circunstancias otros Estados han adoptado diferentes tipos de medidas o acciones para cumplir la reparación impuesta, y lo han comunicado a la Corte IDH, la cual realiza al respecto una valoración en cada caso concreto.

¿CÓMO SE “RESOLVIÓ” FINALMENTE LA CUESTIÓN?

La CSJN adujo que en la Resolución de 18 de octubre de 2017, en el caso que venimos comentando, la Corte IDH había aclarado que su decisión anterior de 29 de noviembre de 2011 no implicaba que el alto tribunal argentino tuviese la exigencia jurídica de revocar su sentencia de 25 de septiembre de 2001 registrada en *Fallos*, 324:2895.

Agregó que en dicha Resolución de 18 de octubre de 2017, la Corte IDH sugirió que el Estado argentino podía cumplir con la manda contenida en el punto dispositivo 2 del párrafo 137 de su sentencia anterior, mediante “algún otro tipo de acto jurídico, diferente a la revisión de la sentencia” como, por ejemplo, la realización de una “anotación indicando que esa sentencia fue declarada violatoria de la Convención Americana por la Corte Interamericana”, a lo que la CSJN decidió acceder puesto que la anotación sugerida “no vulnera los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional (art. 27)”.

Así, por medio de la Resolución administrativa 4.015, de 5 de diciembre de 2017, la CSJN ordenó que se asiente junto a la decisión registrada en *Fallos*, 324:2895, la siguiente leyenda: “Esta sentencia fue declarada incompatible con la

61 Cfr. Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Sentencia de 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 107, punto resolutivo cuarto; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 135, punto resolutivo duodécimo; *Caso Kimel vs. Argentina*, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 177, punto resolutivo séptimo; y *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, Sentencia de 27 de enero de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 193, punto resolutivo décimo cuarto.

Convención Americana sobre Derechos Humanos por la Corte Interamericana (Sentencia de 29 de noviembre de 2011).⁶²

Sea como fuere, una anotación marginal no nos parece la mejor solución, desde el punto de vista jurídico ni desde el ángulo práctico.

No pareció que la CSJN aceptara explícitamente las consideraciones de la Corte IDH en la multicitada Resolución de 18 de octubre de 2017, pues incluso en la anotación marginal con la que se cerró este capítulo de la historia, el tribunal argentino sostuvo que tal anotación se admitía porque “no vulnera los principios de derecho público” establecidos en el artículo 27 de la CN.

En definitiva, la cuestión fue engorrosa y mostró a una Corte Suprema diferente, no precisamente para mejor, al exhibirse un tanto desafiante frente a la Corte IDH y decidida a defender “los principios de derecho público” establecidos constitucionalmente, aun ante una sentencia de condena internacional.

Creemos que el episodio es revelador y se inscribe en una problemática de mayor envergadura que trasluce un cambio mayoritario de la CSJN, que ha endurecido su posición ante los pronunciamientos de la Corte IDH y, por extensión, quizás a los informes y recomendaciones de la CIDH.

Antes de dar paso al epílogo de este trabajo, solo resta mencionar que, por el momento, el asunto que venimos tratando aún tiene un final abierto.

CONSIDERACIONES FINALES

1. La temática de la ejecución de sentencias internas e internacionales constituye una cuestión compleja, polifacética y de importante hondura jurídica, institucional y política, en la que entran en juego derechos fundamentales y la dignidad ínsita de las personas y los grupos vulnerables.
2. En el plano doméstico, uno de los puntos clave que los tribunales nacionales deben abastecer acabadamente anida en el respeto y la realización del imperativo preambular de “afianzar la justicia” por medio de la protección de los derechos humanos y el cumplimiento adecuado de sus sentencias.
3. El acatamiento íntegro y cabal de los mandatos contenidos en los fallos de la CSJN no constituye precisamente una cuestión sencilla de lograr por cuanto diversos escollos de diferente índole suelen presentarse y

62 La nombrada Resolución núm. 4.015 lleva las firmas de los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Rosatti y Rosenkrantz. Obviamente, no contiene la signatura de Maqueda debido al tenor, alcance y contenido de su voto (disidente) en “Min. RR. EE. en Fontevecchia y D’Amico”.

dificultar, cuando no obstruir definitivamente, la observancia del decisorio en cuestión.

4. Si bien en líneas generales los fallos de la CSJN se acatan en un porcentaje razonable, un buen número de decisiones queda entrampado y, por tanto, mediatizado en las sinuosidades procedimentales o *zonas de penumbra*.
5. Los *fallos estructurales* son megasentencias que operan en un área temática significativa y enmarañada, exhiben una complejidad intrínseca, requieren la interacción de múltiples actores y habitualmente reflejan un *estado de cosas inconstitucional*. El escenario más propicio para el desarrollo de este modelo es el *constitucionalismo dialógico*, ámbito en el que deben forjarse espacios de interlocución y participación de los poderes públicos involucrados y la sociedad civil, activando –entre otros dispositivos útiles– institutos tales como las audiencias públicas, las mesas de diálogo y los *amicus curiae*, en orden a que esas macrosentencias cuenten con la debida legitimidad jurídico-política.

Por lo demás, generalmente exigen, *inter alia*, medidas concertadas y construcción de políticas públicas, pero, sobre todo, es imprescindible que converja *voluntad política*. No son precisamente decisiones sencillas de resolver, ejecutar y monitorear, y su consecución completa y cabal puede insumir décadas, o bien nunca lograrse del todo.

6. En el caso argentino, los dos asuntos más emblemáticos de *sentencias estructurales* son: i) “Verbitsky, Horacio s/ *Habeas corpus*”, referido a la protección de personas detenidas en establecimientos penales y comisarías sobrepoblados y a la aplicación, al respecto, de las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas”; y ii) “Mendoza, Beatriz S. y otros c/ Estado nacional y otros”, en torno a la contaminación ambiental de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo y a su saneamiento, lo que en otras palabras obviamente persigue el mejoramiento de la protección medioambiental.

Por el momento, ambos casos han tenido ciertos avances, cada uno con sus propios ritmos e intensidades, aunque subsisten aún numerosas y complejas deudas pendientes.

7. La saga “Sosa” es un compendio de lo que *no corresponde hacer* cuando se está ante un fallo (o varios) revelador y trascendente de la CSJN, que obviamente debería haber sido obedecido y debidamente implementado. Es, igualmente, una muestra de la situación de disfuncionalidad institucional que se genera cuando intereses político-partidarios se entrometen, enrarecen el ambiente y problematizan la debida cumplimentación de las decisiones jurisdiccionales.

8. La Corte Suprema cuenta con los atributos jurídicos necesarios para que sus fallos sean debidamente concretados, ya que ostenta un elevado estatus en el sistema institucional en tanto órgano de cierre de la justicia constitucional y cabeza de uno de los tres poderes del Estado. Es que si los pronunciamientos no se concretan de modo íntegro, tal vez las razones deban buscarse en la decisión político-jurisdiccional de aquel alto tribunal en punto de no activar los medios compulsivos conducentes al efecto.
9. La propia CSJN ha enfatizado que *el incumplimiento de una sentencia judicial constituye un desconocimiento de la división de poderes que resulta inadmisibile en un Estado de derecho*. Asimismo, ha sostenido que no hay duda acerca de que *las sentencias emanadas del Poder Judicial son de cumplimiento obligatorio e inmediato*.

En esa dirección, ha afirmado que poco sentido cabría otorgarle a la garantía del debido proceso *si el Estado no asegura la prestación de un servicio de justicia que contenga mecanismos efectivos para hacer cumplir las decisiones que pongan fin a los conflictos con el Estado, porque si no existe la plena seguridad ciudadana de que la protección de la justicia es más que una mera declamación retórica de los jueces sin capacidad de ser respetada y cumplida por las autoridades que detentan el control de la fuerza pública, resulta artificial invocar la obligatoriedad de las reglas constitucionales que limitan el poder o esperar del Gobierno la protección de los derechos fundamentales que consagra la Constitución*. También ha puntualizado que es condición necesaria para afirmar la supremacía del texto constitucional que *se asegure la efectividad de las resoluciones de los jueces*, ya que no se trata de invadir el ámbito de actuación de otros poderes, sino de dar solución a la problemática que se plantea en el caso, con la convicción republicana de que cuando la CN reconoce derechos, lo hace para que estos *resulten efectivos y no meramente ilusorios*.⁶³

10. En Argentina no existe un dispositivo normativo expreso que regule el modo de ejecutar las sentencias de la Corte IDH y de otras instancias internacionales, lo cual torna más complejo el cuadro situacional al provocar demoras que finalmente se traducen en mayores padecimientos y dilaciones para las víctimas y sus familiares. Es preciso que, voluntad política mediante, se instaure un mecanismo jurídico adecuado y sustentable que confiera seguridad jurídica a los reclamos que al respecto se instrumenten, alejando incertidumbres y confusiones.

63 CSJN, causa ARTEAR c/ Estado Nacional - JGM - SMC s/ Amparo ley 16.986, cit., consid. 9, 10 y 11 de la mayoría.

11. En mérito del principio de cooperación leal con la Corte IDH, los Estados del sistema se encuentran jurídica y éticamente comprometidos a colaborar de buena fe para que aquella esté en adecuadas condiciones de desarrollar sus funciones y mandato de un modo apropiado, ya que tiene a su cargo interactuar en un espacio temático muy importante: *la protección y la realización de los derechos fundamentales*. Una de las vías a través de las cuales los Estados pueden y deben colaborar es cumpliendo y ejecutando cabalmente las sentencias que el tribunal interamericano les imponga, a partir de la declaración de responsabilidad internacional, lo que implica también abastecer en tiempo y forma las reparaciones que en el caso particular se establezcan.
12. Las decisiones que la Corte IDH adopta en materia de reparaciones deben ser *efectivas*. Es que, como aquella defiende:

... *La supervisión del cumplimiento de las sentencias es uno de los elementos que componen la jurisdicción. Sostener lo contrario significaría afirmar que las sentencias emitidas por la Corte son meramente declarativas y no efectivas*. El cumplimiento de las reparaciones ordenadas por el Tribunal en sus decisiones es la materialización de la justicia para el caso concreto y, por ende, de la jurisdicción; en caso contrario se estaría atentando contra la *raison d'être* de la operación del Tribunal. (Énfasis agregado)

En línea afín ha añadido: “*La efectividad de las sentencias depende de su ejecución*. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento”⁶⁴ (énfasis agregado).

13. En “Min. RR. EE. en Fontevecchia y D’Amico”, si bien la CSJN alega que la Corte IDH no actúa como una instancia más y tampoco constituye una cuarta instancia, ello no inhibe la competencia de dicha Corte para revisar o anular sentencias jurisdiccionales estatales. En realidad, aquel es un pronunciamiento controversial que, de generalizarse como respuesta jurisdiccional, traería consigo una involución en la arduamente forjada jurisprudencia de la Corte Suprema en el área tuitiva de los derechos fundamentales, con impacto negativo en las personas y los colectivos marginados.
14. Como todo órgano con funciones jurisdiccionales, el tribunal interamericano ostenta el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence*), y los

64 Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Competencia, cit., párrs. 72 y 73.

- instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria presuponen la admisión, por los Estados que la presenten, de la potestad de la Corte IDH para resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción. Es que su competencia no puede estar condicionada por hechos distintos de sus propias actuaciones, ya que es *maestra de su jurisdicción*.
15. La CADH y los demás tratados de derechos humanos se aplican de conformidad con la *noción de garantía colectiva y tienen una naturaleza especial*, que los diferencia de los restantes tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados parte. Esa noción de *garantía colectiva* está directamente ligada al *efecto útil* de los pronunciamientos de la Corte IDH, porque la Convención consagra un sistema que constituye un verdadero *orden público regional*, cuyo mantenimiento es de interés de todos y cada uno de los Estados parte y que estos mismos han creado. En consecuencia, si un Estado viola su obligación de acatar lo resuelto por el órgano jurisdiccional del sistema se vulnera el compromiso asumido hacia los otros Estados de cumplir las sentencias de la Corte IDH.
 16. Coincidimos plenamente con el contenido del aleccionador resolutorio de 18 de octubre de 2017, dictado por el tribunal interamericano en el marco de supervisión del cumplimiento de sentencia por el Estado argentino, donde aclaró y dio respuesta fundada a una serie de cuestiones sostenidas en “Min. RR. EE. en Fontevecchia y D’Amico”, que colisionan con criterios jurisprudenciales hasta entonces acrisolados por la CSJN y volcados en sus decisorios.
 17. El “cierre” del capítulo referido a la medida de reparación ordenada al Estado argentino y que debía efectivizar la CSJN, no parece ser la vía más idónea ni satisfactoria. De todas maneras, la sugerencia de la Corte IDH en punto a que aquella realizara una “anotación indicando que esa sentencia fue declarada violatoria de la Convención Americana por la Corte Interamericana”, fue aceptada por la Corte Suprema puesto que la anotación insinuada “no vulnera los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional (artículo 27)”.
 18. Lo inmediatamente anterior pareciera revelar que el alto tribunal argentino insiste en poner como valladar a los principios de derecho público, frente a una sentencia de la Corte IDH. Obviamente, no podemos descifrar cómo seguirá el tema en el ámbito de la CSJN, pero *a priori* se observa un tribunal cuya actual composición, al menos en estos temas y salvo la sostenida tesitura exhibida por el ministro Maqueda, asume una actitud de endurecimiento hacia la Corte IDH. Al menos, así aparece tanto en

“Min. RR. EE. en Fontevecchia y D’Amico”, como luego de proferido el *dictum* de 18 de octubre de 2017 formulado por el tribunal interamericano, e incluso a la hora de concluir la cuestión cuando la CSJN admite efectuar la anotación marginal ya aludida por cuanto no vulnera los multicitados principios de derecho público consagrados en la CN.

19. Reiteramos nuestra posición contraria al veredicto recaído en “Min. RR. EE. en Fontevecchia y D’Amico”, resuelto por mayoría en la CSJN; coincidimos con el edificante resolutorio del 18 de octubre de 2017, dictado por la Corte IDH al supervisar el cumplimiento de sentencia a su cargo, y no nos parece suficiente la “anotación marginal” efectuada por el alto tribunal nacional para clausurar el asunto.
20. Tampoco se alcanza a comprender cómo los principios de derecho público consagrados en la CN, a los que desde luego respetamos y honramos en su contexto, puedan oponerse válidamente a una sentencia de condena y establecimiento de responsabilidad internacional emitida por la Corte IDH, a poco que se rememoren *–inter alia–* principios básicos, como *pacta sunt servanda*, buena fe, interpretación conforme al objeto y fin del tratado, *effet utile* e imposibilidad de invocar disposiciones de derecho interno a modo de justificación del incumplimiento de un tratado o, como en el caso, de una sentencia del órgano que ostenta la última palabra en materia de interpretación de la CADH en el sistema interamericano.
21. Asimismo, ¿cómo pasar por alto que los fallos de la Corte IDH, además de motivados, son definitivos e inapelables, generan “cosa juzgada internacional” para el Estado concernido, deben ejecutarse directamente en este sin necesidad de *exequatur*, y que los Estados condenados están obligados a cumplir la decisión del tribunal interamericano en todos los asuntos en que sean partes?

No puede ni debe perderse de vista que el Estado argentino, voluntaria y soberanamente, ratificó la CADH y reconoció la jurisdicción contenciosa de la corte regional, con todos los efectos que ello implica y conlleva (*estoppel*,⁶⁵ incluido). Y, además, que el incumplimiento del pronunciamien-

65 Entre numerosas opiniones respecto del *estoppel*, se ha sostenido que se trata de un principio según el cual *nadie puede ir contra los actos propios* (*estoppel* o preclusión). Hace ya bastante tiempo, sir Humphrey Waldock indicaba que “es un principio general de derecho cuya aplicación en derecho internacional se admite de modo general y ha sido reconocido expresamente por la Corte Internacional de Justicia misma en dos asuntos recientes [‘The Arbitral Award made by the King of Spain’, C.I.J. Reports, 1960, pp. 213-214; ‘The Temple of Preah Vihear’, C.I.J. Reports, 1962, pp. 23 a 32]. En virtud de este principio, una parte no puede adoptar una actitud jurídica que esté en contradicción con sus manifestaciones o

to internacional constituye una nueva violación a la CADH, que podría engendrarle responsabilidad internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor, “Comentarios sobre ‘Fontevicchia’, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino”, *Pensar en Derecho*, núm. 10, Buenos Aires, Eudeba, UBA, 2017.
- BAZÁN, Víctor, “El federalismo argentino en foco: un recorrido crítico”, en Roberto GARGARELLA y Sebastián GUIDI (dirs.), *Constitución de la Nación Argentina comentada*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2019, pp. 1113-1166.
- , “*Amicus curiae*, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, enero-junio de 2014, pp. 31-57.
- , “Federalismo y autonomía territorial y política en Argentina”, en Gabriel Eduardo MENDOZA MARTELO *et al.* (eds. acads.), *Una mirada a las regiones desde la justicia constitucional*, Bogotá, Corte Constitucional de Colombia y Universidad del Rosario, 2013, pp. 121-175.
- , “El *amicus curiae* en el derecho comparado y su instrumentación reglamentaria por la Corte Suprema de Justicia argentina”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 10, 2006, pp. 15-50.
- BENEDETTI, Miguel Ángel y María Jimena SÁENZ, *Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

su conducta anteriores cuando la otra parte ha sido inducida a contraer obligaciones con respecto a la primera, o atribuirle derechos a ella, confiando en tales manifestaciones o conducta. Si bien en algunos sistemas de derecho, tales como los del *common law*, la aplicación de este principio puede estar sujeta hasta cierto punto a reglas formales, el principio se basa esencialmente en la buena fe y la equidad, que exige que no se permita a una parte obtener ventajas de sus propias contradicciones (*allegans contraria non audiendus est*). La doctrina de la exclusión en virtud de los actos propios (*estoppel*) es un principio de aplicación general, que no se concreta al derecho de los tratados, ni menos todavía a esta Parte del mismo, pero que tiene particular importancia para esta rama del derecho internacional” (cfr. Documento A/CN.4/156 y Add. 1 a 3: Segundo informe sobre el derecho de los tratados, por sir Humphrey Waldock, Relator Especial, en “Documentos del decimoquinto periodo de sesiones, incluso el informe de la Comisión a la Asamblea General”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1963, Vol. II, Naciones Unidas, Nueva York, 1965, pp. 42-110; ver en especial p. 45. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_156.pdf).

- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto y César BARROS LEAL (coords.), “Prólogo”, *El principio de humanidad y la salvaguardia de la persona humana. Curso brasileño interdisciplinario en derechos humanos*, Fortaleza, Expressão Gráfica e Editora, 2016.
- DE LA GUARDIA, Ernesto, *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Ábaco, 1997.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, “Las nuevas facultades del Tribunal Constitucional para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 112, enero/abril 2018, pp. 15-44.
- HAUSER, Irina, “Con catorce años de atraso”, *Página 12*, Buenos Aires, 21 de octubre de 2009. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-133841-2009-10-21.html>
- NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- OSUNA, Néstor, “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, en Víctor BAZÁN (ed. acad.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, núm. 5, Bogotá, Universidad de Chile y Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, 2015, pp. 91-116.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César y Diana RODRÍGUEZ FRANCO, “El desplazamiento interno forzado y la intervención de la Corte Constitucional colombiana. Un estudio de caso”, en *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015, pp. 55-86.
- VERDROSS, Alfred, *Derecho internacional público*, 4ª ed. alemana en colaboración con Karl Zemanek, 5ª ed. española, Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1974.

A EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS INTERNACIONAIS PELAS JURISDIÇÕES NACIONAIS: O CASO DO BRASIL

Mônia Clarissa Hennig Leal*

INTRODUÇÃO

Ainda que tenha reconhecido a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998, o Brasil – e particularmente o Supremo Tribunal Federal – tem se mostrado, em certa medida, reticente quanto ao exercício do controle de convencionalidade, bem como quanto à prática de um diálogo judicial. Isto restou evidenciado, num primeiro momento, na discussão acerca do *status* do Pacto de San José no ordenamento jurídico, que resultou no reconhecimento de sua hierarquia supralegal, bem como pela parca referência a decisões da Corte IDH nas decisões proferidas pela mais alta Corte do país, ainda que envolvendo direitos ou situações já tutelados no âmbito do Sistema Interamericano. Percebe-se, nesse sentido, uma tendência de valorização do direito interno, baseado na Constituição, em detrimento da ordem jurídica internacional. Tem-se buscado fomentar uma transformação desse cenário, por meio de iniciativas (inclusive do próprio Poder Judiciário e de algumas instituições ligadas à Justiça) que visam a ampliar o conhecimento da jurisprudência da Corte IDH – o que se evidencia em um relativo incremento na citação de suas sentenças nos julgados mais recentes (2017 e 2018), se comparados com o período de análise anterior (2006 a 2016) –.

* Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos (com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha), Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - Unisc.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS, COM ESPECIAL FOCO NO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA

A Constituição brasileira de 1988 estabelece, em seu art. 5º, §2º, uma cláusula aberta,¹ onde se lê que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Em face dessa previsão, durante longo período foram travados debates – tanto teóricos quanto jurisprudenciais – acerca de como se daria a inclusão desses direitos previstos em Tratados Internacionais no rol de direitos fundamentais protegido pela Constituição.

Nesse processo, evidenciaram-se duas teorias distintas, cujos posicionamentos tinham em sua base concepções diversas sobre a organização da ordem jurídica interna em sua relação com a ordem jurídica internacional:² a teoria monista e a teoria dualista.

Segundo a teoria monista,³ (Piovesan, 1996, p. 103), o direito internacional e o direito interno constituiriam uma única e mesma ordem jurídica, razão pela qual os conteúdos estabelecidos nos tratados internacionais ratificados pelo país deveriam ser tidos como desde logo incorporados à ordem jurídica nacional (podendo, portanto, ser demandados judicialmente, com base no próprio tratado), sem dependerem de uma intervenção legislativa que os incorporasse formalmente à legislação (ato este diverso da ratificação em si). A incorporação desses tratados seria, pois, automática: uma vez ratificados, passariam a valer juridicamente também no âmbito interno, desfrutando os seus conteúdos do *status* de norma constitucional.

1 Esta noção pode ser encontrada na teoria constitucional portuguesa, mais precisamente na obra de Canotilho e de Vital Moreira, que se valem da noção de um rol não-taxativo, mas meramente exemplificativo com relação aos direitos fundamentais na Constituição portuguesa. José Joaquim Gomes Canotilho; Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra, 1991, pp. 115-116.

2 Tal discussão adquire ainda mais relevo em face do processo de internacionalização do direito que se tem verificado nas últimas décadas, onde, segundo a reflexão tecida por Ferrajoli, a perda da soberania legislativa dos Estados em face da ordem internacional e exatamente em virtude das imposições representadas pelos direitos humanos, representa e repete, no âmbito externo, o processo representado pela constitucionalização do direito e pela noção de Estado de Direito verificado na passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal, onde a soberania absoluta do monarca foi substituída por uma soberania restrita e vinculada, assentada na lei e na proteção dos direitos (Ferrajoli, 2002).

3 Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, Max Limonad, 1996, p. 103.

Assim, em face da noção de “cláusula constitucional aberta”, ter-se-ia, com relação a tais direitos, a noção de direitos *materialmente* constitucionais, ou seja, direitos que usufruem de um *status* constitucional, apesar de não estarem formalmente inseridos no texto constitucional propriamente dito.⁴

Já para a teoria dualista, a validade jurídica do conteúdo desses mesmos tratados dependeria de uma ulterior intervenção legislativa, em outras palavras, de um processo de incorporação formal à ordem jurídica interna, porque o Direito Internacional e o Direito Interno são considerados como sendo duas ordens jurídicas distintas e autônomas, que não se comunicam, sendo impossível, por conseguinte, invocar-se, para fins de proteção no âmbito interno, um direito previsto em um tratado internacional ratificado pelo Brasil, porém não devidamente reconhecido pelo processo legislativo adequado.⁵

Dessa forma, os referidos tratados não dispõem de força normativa enquanto não fossem expressamente incorporados mediante um procedimento legislativo próprio, de modo que passassem a integrar, formalmente, a ordem jurídica interna. Dito de outra forma: estender-se-ia, na compreensão dos adeptos a essa posição, a sistemática aplicável aos tratados internacionais em geral.⁶

Nesse sentido instituiu-se, com base na teoria monista, a compreensão de que o Brasil possuiria um sistema misto de incorporação de tratados, em que os tratados de Direitos Humanos teriam incorporação automática, valendo como norma constitucional, enquanto os demais seguiriam a lógica da concepção dualista.

De outro lado, autores mais conservadores, bem como os Tribunais, notadamente o Supremo Tribunal Federal, adotavam a posição dualista, atribuindo a esses tratados o *status* de mera lei ordinária.

Situação emblemática de tal controvérsia foi verificada, por sua vez, na questão do depositário infiel, cuja prisão é autorizada pelo texto constitucional brasileiro – única exceção em face da proibição de prisão civil, ao lado do inadimplemento do pagamento de pensão alimentícia⁷ que não se encontra, porém,

4 Tem-se presente, aqui, a ideia de normas materialmente constitucionais, entendidas como aquelas que se opõem, logicamente, às normas formalmente constitucionais (Sarlet, 2006, p. 183).

5 Neste caso, o direito em questão poderia ser invocado tão-somente perante a jurisdição internacional, isto é, perante os órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos, e não perante a justiça comum brasileira (Leal, 2000, p. 114).

6 Note-se, portanto, que a controvérsia dizia respeito tão-somente aos tratados internacionais envolvendo direitos humanos, e não aos tratados internacionais em geral.

7 Art. 5º, inciso LXVII da Constituição brasileira de 1988: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação

prevista no Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992,⁸ onde consta unicamente a exceção do inadimplemento de pensão alimentícia.

Assim, a proteção dada pela ordem internacional é mais ampla do que aquela conferida pela ordem jurídica interna, de modo que alguns Tribunais, tendo como precursor o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (*Habeas Corpus* n.º 70011566882, Segunda Câmara Cível, Relator Adão Sérgio do Nascimento Cassiano), passaram a conceder *habeas corpus* no caso de depositário infiel, invocando, para tanto, o referido Tratado:

*HABEAS CORPUS. DEPOSITÁRIO INFIEL. PENHORA. EXECUÇÃO FISCAL. PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA. DESCABIMENTO. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. APLICAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL. A República Federativa do Brasil é constituída como Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna (Preâmbulo da CF/88) e adota como fundamento, dentre outros, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso V, CF/88). A valorização da liberdade do ser humano é imposta ao Estado como regra geral a ser observada, por isso é que a privação do *status libertatis* é norma de caráter excepcional. No que diz respeito à prisão por dívida, não mais vigora no ordenamento jurídico nacional a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. Adesão, pelo Estado Brasileiro, por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, aos termos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Prisão civil por dívida limitada apenas aos casos de inadimplência da obrigação de prestar alimentos. Exegese do art. 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica. Norma incorporada ao ordenamento jurídico pátrio em 06/11/1992, com a edição do Decreto n.º 678/1992, que se equipara aos direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna. Regra materialmente inserta dentre as normas de garantia fundamental da pessoa humana. Exegese do § 2º do art. 5º da Constituição Federal. Regra que não só deixa claro que os direitos e garantias individuais não se esgotam no rol do art. 5º da CF/88, como também incorpora, como tal, expressamente, aqueles direitos e garantias individuais constantes de tratados internacionais de que a República do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, no que respeita à prisão por dívida do depositário infiel,*

alimentícia e a do depositário infiel.”

8 A Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), assinada em 1969, entrou em vigor no Brasil por meio do Decreto Legislativo 678, de 6 de novembro de 1992.

equipara-se à norma de nível constitucional, devendo ser observado pelo Órgão Jurisdicional. A impossibilidade de alteração da norma relativa à garantia fundamental prevista na Carta Magna não se destina às exceções ou restrições à garantia. É constitucionalmente possível que um tratado internacional retire do ordenamento jurídico pátrio as exceções ou as restrições aos direitos fundamentais, ampliação que não é vedada pelo § 4º do art. 6º da Carta Republicana. [...] Não-recepção que se dá somente nos casos de conflito material.[...]. Solução para a efetividade do depósito que não passa pela decretação da prisão do depositário, o que não atingirá o objetivo previsto, qual seja, a satisfação do crédito executado. *HABEAS CORPUS CONCEDIDO*. (TJRS, 2003, www.tj.rs.jus.br)

O Supremo Tribunal Federal (*Habeas Corpus* 74383/MG, Relator Ministro Néri da Silveira, julgado em 22/10/1996), todavia, reiteradamente, posicionou-se no sentido de que o Pacto de San José se equiparava à legislação ordinária:

PRISÃO CIVIL - PENHOR RURAL. A regra constitucional é no sentido de não haver prisão civil por dívida. As exceções, compreendidas em preceito estrito e exaustivo, correm à conta do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e da figura do depositário infiel - inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal. [...] PRISÃO CIVIL - DÍVIDAS - SUBSISTÊNCIA LEGAL. *O fato de o Brasil haver subscreto o Pacto de São José da Costa Rica, situado no mesmo patamar da legislação ordinária, resultou na derrogação desta no que extrapolava a hipótese de prisão civil por inadimplemento de prestação alimentícia.* (STF, 1996, www.stf.jus.br)

Com o objetivo de dirimir o conflito estabelecido, acabou-se dando um encaminhamento legislativo à questão, por meio da Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição, dispondo que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às Emendas Constitucionais”.

Ao especificar, expressamente, que os Tratados de Direitos Humanos devem ser aprovados pelas duas casas do Congresso Nacional, a Emenda Constitucional 45/2004 pôs fim ao debate, revelando uma clara opção pela teoria dualista, traduzindo, portanto, uma posição conservadora no que concerne ao mandamento amplo de proteção desses direitos. De outra banda, o texto é explícito ao determinar que estes dispositivos desfrutem de condição equivalente à de Emenda Constitucional. Neste ponto, percebe-se, pois, um avanço com relação à posição majoritária acima referida, que lhes reconhecera tão-somente um espaço na esfera infraconstitucional.

Assim, ao mesmo tempo em que se avançou, formalmente, por intermédio da inclusão do §3º do art. 5º, no sentido do reconhecimento de seu *status* constitucional, teve-se uma perda com relação à sua proteção constitucional, ao ficarem sujeitos e submetidos à apreciação de sua constitucionalidade. Isto sem mencionar o aspecto de que, ao demandarem, para sua incorporação, um quórum qualificado, resta diminuída, sobremaneira, a sua aplicabilidade, uma vez que dependentes de uma intermediação legislativa formal que talvez não venha a se realizar.⁹

Outra controvérsia decorrente da Emenda Constitucional 45/2004, e que se afigura como central para a análise aqui proposta, dizia respeito aos Tratados anteriores à sua promulgação, isto é: se também aqueles Tratados ratificados antes de sua vigência necessitariam ser submetidos ao procedimento formal de incorporação. Mais uma vez, a discussão ganhou uma dimensão concreta, vindo a ser objeto de apreciação por parte do Supremo Tribunal Federal, em face da aplicabilidade do Pacto de San José da Costa Rica no tocante à possibilidade de prisão civil do depositário infiel.

Em um primeiro momento, a posição do Supremo Tribunal Federal se perfilhou no sentido da paridade hierárquico-normativa dos instrumentos internacionais com a legislação interna, com base na compreensão, exarada pelo Ministro Celso de Mello (Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* 96.772/SP, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 09/06/2009), da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de Direitos Humanos após a Emenda Constitucional 45/2004:

“*HABEAS CORPUS*” - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO JUDICIAL - REVOGAÇÃO DA SÚMULA 619/STF - A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) - NATUREZA CONSTITUCIONAL OU CARÁTER DE SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS? - PEDIDO DEFERIDO. ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL, AINDA QUE SE CUIDE DE DEPOSITÁRIO JUDICIAL. - Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o

9 Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Begriff und Probleme des Verfassungsstaates*, em Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, Frankfurt a.M. Suhrkamp, 1999, p. 130. Tem-se configurado, pois, um cenário em que se reforça a figura do legislador ordinário, ficando o reconhecimento e eficácia desses direitos dependente de sua atuação.

é o depósito judicial. Precedentes. Revogação da Súmula 619/STF. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA. - A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. - Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes. - Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? - *Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos.* A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO. - A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - *O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.* - Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano. (STF, 2009, www.stf.jus.br)

Na sequência, contudo, tal entendimento foi superado, vindo a ser substituído pela tese da hierarquia supralegal – porém infraconstitucional – dos tratados internacionais de direitos humanos anteriormente ratificados e que não tenham sido aprovados pelo procedimento estatuído pelo §3º do art. 5º da Constituição, sustentada, notadamente, pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes.¹⁰

Segundo os argumentos aduzidos pelo Ministro, os Tratados e convenções precisam estar, materialmente, de acordo com a Constituição e obedecer ao procedimento formal nela estabelecido, sustentando que uma eventual equiparação entre ambos traria problemas no âmbito do controle de constitucionalidade. Assim, para ele, os Tratados encontram-se acima das leis ordinárias, mas devem “obediência” à Constituição, de modo que sua inserção no ordenamento teria a capacidade de paralisar a norma com eles conflitante, sem, contudo, ser revogada, deixando apenas de ter aplicabilidade:

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da *supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais*, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica (art. 7, 7), *mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria*, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei n.º 911, de 1 de outubro de 1969. (STF, 2008, p. 26)

Interessante notar, nesse sentido, que, apesar de, em última análise, a decisão fazer prevalecer a proteção mais ampla dos direitos fundamentais, a discussão ficou, contudo, centrada na questão da hierarquia entre os tratados internacionais e a Constituição. Ainda que a utilização do princípio *pro homine*,¹¹ enquanto interpretação mais favorável aos direitos humanos, tenha sido ventilada no voto,

10 Essa mudança foi formalizada, por sua vez, com a edição da Súmula Vinculante n. 25, datada de 16 de dezembro de 2009, que estabelece que “É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

11 Em determinado trecho do voto-vista proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, lê-se que “Para essa tese, eventuais conflitos entre o tratado e a Constituição deveriam ser resolvidos pela *aplicação da norma mais favorável à vítima*, titular do direito, tarefa hermenêutica da qual estariam incumbidos os tribunais nacionais e outros órgãos de aplicação do direito. Dessa forma, o Direito Interno e o Direito Internacional estariam em constante interação na realização do propósito convergente e comum de proteção dos direitos e interesses do ser humano” (STF, 2008, p. 8). Contudo, ao final, conforme referido, esta posição acaba sendo desconsiderada.

a construção da decisão se pautou, notadamente, por uma perspectiva conservadora, que desconsiderou o aspecto da pluralidade normativa e de harmonização entre a ordem jurídica interna e externa:

Dispensada qualquer análise pormenorizada da irreconciliável polêmica entre as teorias monista (Kelsen) e dualista (Triepel) sobre a relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno dos Estados – a qual, pelo menos no tocante ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, tem-se tornado ociosa e supérflua –, *é certo que qualquer discussão nesse âmbito pressupõe o exame da relação hierárquico-normativa entre os tratados internacionais e a Constituição.* (STF, 2008, p. 2)

Além disso, é possível perceber que o enfrentamento do problema se deu a partir de uma lógica eminentemente interna, ou seja, tomando-se como base a necessidade de resolução de um problema de direito doméstico, em que as disposições do sistema interamericano aparecem como meras coadjuvantes, em um cenário caracterizado pelo protagonismo da Constituição.

Restou claro, no julgamento, que o argumento da suprallegalidade dos Tratados prevaleceu, principalmente, por motivos de “política judiciária”, assentada nas eventuais repercussões – tanto teóricas quanto operacionais – que o reconhecimento do seu *status* de norma constitucional poderia trazer.

Assim, tampouco restou evidenciada, por parte do Supremo Tribunal, qualquer tentativa de estabelecimento de um diálogo interjurisdicional; antes pelo contrário: a decisão mostra-se fechada a esse diálogo, ademais de desconsiderar, por completo, a própria disposição do art. 2 da CADH, que prevê a adequação do direito interno aos parâmetros de proteção nela adotados. Assim, a mais alta Corte brasileira não só se mostrou monológica (e não dialógica) na construção de seus argumentos, mas também pouco aberta e predisposta a este diálogo.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2006-2016)

Embora o Brasil tenha reconhecido a jurisdição da Corte IDH em 1998, a primeira referência à sua jurisprudência, pelo Supremo Tribunal Federal, se deu apenas em 6 de agosto de 2008, no julgamento da ADPF 144/DF, que teve como relator o Ministro Celso de Mello.

Realizando-se pesquisa no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal referente ao período de 2006 a 2016,¹² é possível identificar-se a citação de jurisprudência da Corte IDH em 26 casos.¹³ Contudo, nesse total de decisões, observou-se que muitas possuem fundamentação quase idêntica, isto é: utilizam-se praticamente da mesma fundamentação e referência às mesmas decisões da Corte IDH. Esse é o caso, por exemplo, dos oito *Habeas Corpus* citados a seguir, que tratam da (in) competência da Justiça Militar para o julgamento de civis que praticam crimes militares: HC 105.348/RS, HC 106.171/AM, HC 109.544-MC/BA, HC 107.731 Extn/PE, HC 105.256/PR, HC 112.936/RJ, HC 110.237/PA, HC 105.256/PR, HC 110.185/SP.

Verifica-se, ainda, que algumas das decisões obtidas dizem respeito a julgamentos ligados ao mesmo caso. Nessa situação estão as decisões do STF no famoso caso do “mensalão” (AP 470/MG). Dentre as ações que citam a jurisprudência da Corte IDH, quatro referem-se a esse caso: além do acórdão principal referente ao processo (julgado em 17 de dezembro de 2012), as decisões nos seus 25º, 26º e 27º agravos regimentais também citam jurisprudência da Corte IDH.

Por fim, cumpre assinalar que duas das ações que aparecem na pesquisa foram julgadas em conjunto, tratando-se, em verdade, da mesma decisão. Esse é o caso da decisão do STF sobre a constitucionalidade da união homoafetiva, que resultou do julgamento conjunto da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF.

A) ADPF 144/DF,¹⁴ julgada em 6 de agosto de 2008: inelegibilidade de candidatos a cargos eletivos, em razão de sua vida pregressa

A referida ADPF foi ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), sob o argumento de que a Constituição não exigiria o trânsito em julgado para que fosse declarada judicialmente a inelegibilidade de candidato a cargo público eletivo. Após analisar a questão, o Ministro Celso de Mello entendeu que o pedido da AMB era *improcedente*, com fundamento, notadamente, no direito constitucional ao “devido processo”.

12 Para fins de análise no presente estudo, restringiu-se a pesquisa ao âmbito das ações do controle concentrado de constitucionalidade.

13 Não se ignora o fato de que o banco de dados do *site* pode não conter todas as decisões proferidas por este Órgão, especialmente com relação às mais antigas. Contudo, tendo em vista que a discussão (tardia) a respeito do efeito vinculante das decisões da Corte IDH no Brasil somente teve início – de modo geral – por volta do ano de 2006, acredita-se que os dados obtidos representem, ao menos proximoamente, os números reais ao que se propõe na presente investigação.

14 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144/DF. Voto-vista do Ministro Celso de Mello, julg. em 06 de agosto de 2008. www.stf.jus.br

A citação de jurisprudência da Corte IDH aparece apenas de forma *indireta* no voto do magistrado, quando colaciona trecho da obra de Luiz Flávio Gomes e Valerio Mazzuoli,¹⁵ citando, ainda que de forma discreta, jurisprudência da Corte IDH. Ao tratar da “presunção de inocência”, a decisão da Corte IDH aparece na última linha da citação, que traz à baila o parágrafo 119 do caso “Cantoral Benavides vs. Perú”,¹⁶ que trata, contudo, de matéria pouco afeta ao caso *sub judice*:

la Corte observa, en primer lugar, que en el presente caso está probado que el señor Cantoral Benavides fue exhibido ante los medios de comunicación, vestido con un traje infamante, como autor del delito de traición a la patria, cuando aún no había sido legalmente procesado ni condenado.¹⁷ (Corte IDH, 2000, www.corteidh.or.cr)

Assim, verificada a relação muito remota da decisão citada com o presente caso, pode-se perceber que a jurisprudência da Corte IDH não foi determinante para o julgamento do caso em tela.

Além disso, entende-se que o presente caso não constitui hipótese em que o STF efetivamente tenha promovido um controle de convencionalidade com base na jurisprudência da Corte IDH, ainda que a decisão aparentemente se afigure conforme o *corpus iuris* interamericano. De fato, a jurisprudência da Corte IDH dá grande destaque ao princípio da presunção de inocência, positivado no art. 8.2 da CADH. A Corte IDH considera que as garantias judiciais previstas no artigo 8º da CADH, dentre elas a presunção de inocência, não se limitam aos processos criminais, senão que vinculam “cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional”¹⁸ (“Caso Tribunal Constitucional vs. Perú”).¹⁹

15 Conforme referenciado pelo Ministro, trata-se da obra intitulada “Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica”, vol. 4/85-91, 2008, RT”.

16 Corte IDH. “Caso Cantoral Benavides vs. Perú”. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C, n.º 69.

17 Tradução livre: “a Corte observa, em primeiro lugar, que no presente caso está provado que o senhor Cantoral Benavides foi exibido ante os meios de comunicação, vestido com um traje infamante, como autor do delito de traição da pátria, quando ainda não havia sido legalmente processado nem condenado”.

18 Tradução livre: “qualquer órgão do Estado que exerça funções de caráter materialmente jurisdiccional”.

19 Corte IDH. “Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, n.º 71.

B) ADPF 130/DF20, julgada em 30 de abril de 2009: compatibilidade da Lei de Imprensa (Lei n.º 5250/67) com a Constituição Federal de 1988

Dentre as afrontas constitucionais da Lei n.º 5250/67, que levaram a maioria votante do STF a julgá-la incompatível com a Constituição, estão a possibilidade de censura prevista nos parágrafos do artigo 1º da lei,²¹ bem como o estabelecimento de penas mais rigorosas, quando comparadas às equivalentes no Código Penal, nos crimes de injúria e difamação praticados através dos meios de comunicação.

Houve, ainda, controvérsia acerca do direito de resposta previsto na lei. E foi no sentido de ser *despicienda* a regulação do direito de resposta pela lei de imprensa o entendimento do Ministro Celso de Mello, em cujo voto consta menção à jurisprudência da Corte IDH. Para tratar do direito de resposta, o Ministro valeu-se, uma vez mais, da doutrina de Gomes e Mazzuolli, de modo que a menção à Corte IDH é apenas indireta.

Logo na sequência, contudo, o Ministro cita trecho da OC nº 7/86,²² proferida pela Corte IDH em 29 de agosto de 1986, ressaltando ser essencial o direito de resposta para a preservação dos direitos de personalidade. Destacou que o direito de resposta “deve ser aplicado independentemente de regulamentação pelo ordenamento jurídico interno ou doméstico dos países signatários do Pacto de São José da Costa Rica”, valendo-se, para tanto, do parecer da Corte IDH na OC mencionada.

Após, não houve mais menções à Corte IDH no julgamento.

Assim, observa-se que a utilização de jurisprudência da Corte IDH pelo Ministro Celso de Mello foi para demonstrar que, conforme o *corpus iuris* interamericano, não é necessário que haja lei que regule o direito de resposta para que este seja de obrigatória observância nos Estados que, como o Brasil, são signatários da CADH.

20 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130/DF. Voto-vista do Ministro Celso de Mello, julg. em 30 de abril de 2009. www.stf.jus.br

21 Lei n.º 5250/67, Art. 1º.

§ 1º Não será tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem na vigência do estado de sítio, quando o Governo poderá exercer a censura sobre os jornais ou periódicos e empresas de radiodifusão e agências noticiosas nas matérias atinentes aos motivos que o determinaram, como também em relação aos executores daquela medida (BRASIL, 1967, www.planalto.gov.br).

22 Corte IDH. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A, n.º 7.

Nota-se que o Ministro utilizou a jurisprudência da Corte IDH não como fundamento de seu voto, mas como reforço argumentativo, até mesmo porque a Corte IDH não recomenda que as leis existentes sejam revogadas para que haja uma aplicação direta da Convenção.

A jurisprudência da Corte IDH é utilizada apenas no sentido de que, *se não houver lei* (o que não é algo positivo), ainda assim o Estado deverá cumprir com o dispositivo convencional.

A decisão se coaduna, portanto, com a jurisprudência da Corte IDH, mas não faz menção expressa, em nenhum momento, à inconveniência dos dispositivos da lei de imprensa (especialmente em face do art. 13 da CADH).

C) ADPF 153/DF;²³ julgada em 29 de abril de 2010: compatibilidade do artigo 1º, §1º,²⁴ da Lei n.º 6.683 (Lei de Anistia), com a Constituição Federal de 1988

A ação foi ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) a fim de obter interpretação conforme do referido dispositivo, a fim de excluir da anistia os crimes *comuns* cometidos contra opositores políticos no contexto da ditadura militar (ex.: crimes de homicídio, tortura, estupro, ocultação de cadáver, entre outros).

A primeira vez em que a Corte IDH é mencionada na decisão consta no voto do Ministro Relator Eros Grau, tratando-se, na realidade, de uma citação *indireta* a partir de texto do penalista Nilo Batista:²⁵

em primeiro lugar, instrumentos normativos constitucionais só adquirem força vinculante após o processo constitucional de internalização, e o Brasil não

23 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153/DF. Voto-vista do Ministro Eros Grau, julg. em 29 de abril de 2010. www.stf.jus.br

24 Art. 1º - É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política (Brasil, 1979, www.planalto.gov.br)

25 O aludido texto foi referenciado pelo Ministro no corpo do texto da seguinte forma: “texto de Nilo Batista, na Nota introdutória a obra recentemente publicada, de Antonio Martins, Dimitri Dimoulis, Lauro Joppert Swensson Junior e Ulfrid Neumann”. E, em nota de rodapé, da seguinte forma: *Justiça de transição no Brasil*, Editora Saraiva, Saraiva, São Paulo, 2010, pp. 8-9.

subscreveu a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968 nem qualquer outro documento que contivesse cláusula similar; em segundo lugar, 'o costume internacional não pode ser fonte de direito penal' sem violação de uma função básica do princípio da legalidade; e, em terceiro lugar, conjurando o fantasma da condenação pela Corte Interamericana, a exemplo do precedente *Arellano vs. Chile, a autoridade de seus arrestos foi por nós reconhecida plenamente em 2002 (Dec. n. 4.463, de 8 de novembro de 2002) porém apenas "para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998"*.

Esse foi o único momento no voto do Ministro em que a Corte IDH foi mencionada.

Conforme o trecho colacionado, a jurisprudência da Corte IDH sobre a matéria em apreço *não* se aplicaria aos crimes anistiados pela Lei nº 6.683/1979, uma vez que a competência da Corte regional somente foi reconhecida pelo Brasil para o julgamento de fatos *posteriores* a 10 de dezembro de 1998 (Decreto n.º 4.463/2002).

Essa interpretação, contudo, não está em conformidade com a jurisprudência da Corte IDH. O caráter *permanente* do crime de desaparecimento forçado de pessoas foi reconhecido de maneira reiterada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e pela própria Corte IDH, de modo que, enquanto não forem localizadas as suas vítimas, o crime persiste.

Desse modo, pode-se concluir que não está em conformidade com o *corpus iuris* interamericano a manifestação do Ministro Eros Grau, que procurou neutralizar a jurisprudência da Corte IDH, sob o argumento de sua suposta incompetência temporal na matéria *sub judice*.

Além disso, não foi realizado o controle de convencionalidade da lei de anistia com base na jurisprudência da Corte IDH, que já possuía jurisprudência farta na matéria enfrentada pelo STF na ADPF 153, no sentido de considerar inconvenientes as leis que anistiaram crimes comuns no contexto das ditaduras militares (*vide* o próprio caso mencionado pelo Ministro: "*Almonacid Arellano vs. Chile*").

A próxima menção à Corte IDH no acórdão aparece no final do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, que assumiu posição divergente da proferida pelo Relator. Fazendo, em nota de rodapé, referência às decisões da Corte IDH nos casos "*Goiburú e outros vs. Paraguai*",²⁶ "*Ximenes Lopes vs. Brasil*",²⁷ "*Baldeón*

26 Corte IDH. "Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C, n.º 153.

27 Corte IDH. "Caso Ximenes Lopes vs. Brasil". Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, n.º 149.

García”,²⁸ “Massacre de Pueblo Bello”²⁹ e “Massacre de Mapiripán”,³⁰ o Ministro Lewandowski referiu que, segundo a Corte IDH, os Estados signatários da CADH têm o dever de investigar, ajuizar e punir as violações graves aos direitos humanos, obrigação que nasce a partir do momento da ratificação de seu texto, conforme estabelece o seu art. 1.1.

Acrescentou, ainda, que a Corte IDH sustenta que o descumprimento dessa obrigação configura uma violação à Convenção, gerando a responsabilidade internacional do Estado em face da ação ou omissão de quaisquer de seus poderes ou órgãos.

O Ministro votou pela parcial procedência da ação, dando interpretação conforme ao § 1º do art. 1º da Lei 6. 683/1979, excluindo de sua abrangência a prática de crimes comuns não conexos aos crimes políticos praticados pelos agentes do Estado no contexto da ditadura militar.

A decisão do Ministro está em consonância com o *corpus iuris* interamericano, sendo que a jurisprudência da Corte IDH foi um dos fundamentos do voto, integrando a sua *ratio decidendi*. O Ministro Lewandowski foi, porém, voto vencido.

Já o Ministro Carlos Ayres Britto, assim como o Ministro Lewandowski, também votou pela parcial procedência da ADPF, contudo, para dar interpretação conforme à Constituição e excluir da anistia os crimes não passíveis de anistia previstos no artigo 5º, inciso XLIII³¹ da CF/88, em especial os crimes de tortura e os hediondos. Apesar disso, em nenhum momento o voto faz menção ao *corpus iuris* interamericano, residindo o seu foco na Constituição.

A próxima oportunidade em que aparece menção ao direito convencional interamericano, inclusive com citação de jurisprudência da Corte IDH, está no voto do Ministro Celso de Mello, que seguiu na linha do Relator, no sentido de considerar a lei de anistia compatível com a nova ordem constitucional.

Inicialmente, reconhece que a Corte IDH,

em diversos julgamentos –como aqueles proferidos, p. ex., nos casos contra o Peru (“Barrios Altos”, em 2001, e “Loayza Tamayo”, em 1998) e contra o Chile

28 Corte IDH. “Caso Baldeón García vs. Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C, n.º 147.

29 Corte IDH. “Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, n.º 159.

30 Corte IDH. “Caso de la ‘Masacre de Mapiripán’ vs. Colombia”. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, n.º 134.

31 Art. 5º (...) XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

(“Almonacid Arellano e outros”, em 2006)–, *proclamou a absoluta incompatibilidade, com os princípios consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos, das leis nacionais que concederam anistia, unicamente, a agentes estatais, as denominadas “leis de auto-anistia”.*

Após demonstrar conhecer a jurisprudência da Corte IDH acerca de casos análogos, contudo, o Ministro argumenta que o caso brasileiro é *diferente*, em razão do caráter bilateral que marca a Lei nº 6. 683/1979. Para ele, a lei de anistia brasileira não pode ser qualificada como uma lei de auto-anistia, o que torna *inaplicáveis*, para o caso, os precedentes da Corte IDH. Por fim, seguindo o Relator, argumenta que o Brasil somente reconheceu a competência da Corte IDH para a apreciação de *factos posteriores* a 10 de dezembro de 1998.

O Ministro adotou, assim, uma interpretação neutralizadora da jurisprudência interamericana.

Note-se que a lei de anistia chilena (Decreto Ley 2191/1978) também concedeu perdão de crimes cometidos por integrantes de ambas as forças políticas daquele período histórico (situação e oposição ao regime militar) e ainda excluiu da anistia diversos crimes (tais como parricídio, infanticídio, estupro, entre outros). Nem por isso, contudo, o Chile foi absolvido no caso “Almonacid Arellano”, pois, segundo a Corte IDH, “não se pode conceder anistia aos crimes de lesa humanidade”.

A Corte IDH deixa claro, inclusive, ser indiferente se o caso se trata de uma auto-anistia pura e simples ou não, pois o que realmente confirma o desrespeito ao *corpus iuris* interamericano não é o *modus* ou poder de onde a lei de anistia emana, mas sim a sua finalidade no sentido de anistiar crimes contra a humanidade.

Essa desconformidade foi confirmada por ocasião da condenação do Brasil no “Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil”,³² havendo a decisão do STF, inclusive, sido expressamente reprovada pela Corte IDH, por não haver observado seu dever de promover o controle de convencionalidade:

no presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e

32 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, n.º 219.

25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. (Corte IDH, 2010a, www.corteidh.or.cr)

Trata-se, assim, de lamentável caso de insubordinação da jurisdição nacional a decisão condenatória da Corte IDH. Por ora, a posição do STF quanto à matéria é de manutenção da decisão proferida na ADPF 153, em frontal desrespeito ao direito convencional (vide item 9, *infra*).

D) ADPF 132/DF,³³ julgada em conjunto com a ADI n.º 427734, em 5 de maio de 2011: uniões homo-afetivas

A ADPF foi ajuizada pelo então Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, com o fim de que fosse declarada a inconstitucionalidade dos artigos 19, II e V, e, I ao X, e parágrafo único,³⁴ todos do Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro.

Tais dispositivos estariam sendo interpretados de modo discriminatório, visto que aos servidores estaduais que conviviam em união homo-afetiva não eram concedidos os mesmos direitos reconhecidos aos casais heterossexuais.

Outro objetivo era o de obter aplicação analógica do artigo 1.723³⁵ do Código Civil às uniões homo-afetivas, para que fossem reconhecidas como entidades familiares.

A decisão do STF foi unânime no sentido de reconhecer como *constitucional* a união estável entre casais do mesmo sexo, estendendo a estes os mesmos direitos conferidos aos casais heterossexuais. A decisão considerou que, embora os dispositivos legais atacados previssem apenas a união estável entre “homem e mulher”, sua interpretação restritiva iria de encontro aos objetivos da Constituição, que coíbe discriminações por motivo de gênero e de orientação sexual.

A jurisprudência da Corte IDH foi citada pelo Ministro Marco Aurélio Mello. Segundo ele, a Corte IDH reconhece, há muito tempo, a “proteção jurídica conferida ao projeto de vida”, referindo, para tanto, a decisão do “Caso Loayza Tamayo vs. Peru” e do “Caso Cantoral Benavides vs. Peru”.

33 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132/DF, em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277. Voto-vista do Ministro Marco Aurélio Mello, julg. em 5 de maio de 2011. www.stf.jus.br

34 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132/DF, em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277. Voto-vista do Ministro Marco Aurélio Mello, julg. em 5 de maio de 2011. www.stf.jus.br

35 Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família (Brasil, 2002, www.planalto.gov.br).

Na sequência, o magistrado colacionou, ainda, trecho do julgamento da Corte IDH no “Caso Gutiérrez Soler vs. Colômbia”,³⁶ de 12 de setembro de 2005, em que o juiz interamericano Antônio Augusto Cançado Trindade preleciona que “cada um busca divisar seu projeto de vida, atendo-se à ideia de realização pessoal integral”. O Ministro do STF conclui que “o Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade”.

Este é o único ponto do acórdão em que consta citação de jurisprudência da Corte IDH.

Interessante destacar, todavia, que a jurisprudência citada não aborda diretamente questão ligada à matéria, pois o “Caso Gutiérrez Soler vs. Colômbia” versa sobre a responsabilidade do Estado colombiano pela prática de atos de tortura, estando a noção de “projeto de vida” mencionada associada, portanto, a um aspecto que não perpassa a questão da orientação sexual.

A menção à Corte IDH aparece, por conseguinte, como elemento secundário de construção da argumentação, cumprindo papel de mero reforço argumentativo, não chegando, portanto, a se afigurar como hipótese de controle de convencionalidade.

A questão da igualdade de direitos entre homossexuais e heterossexuais foi enfrentada pela Corte IDH no “Caso Atala Riffó y niñas vs. Chile”,³⁷ no qual restou assentado que a orientação sexual da pessoa corresponde a aspecto importante de seu projeto de vida (parágrafo 133) e não pode servir como critério para a restrição de direitos (no caso, o direito de adoção), posição reforçada em inúmeras decisões posteriores.

E) ADI 4815/DF,³⁸ julgada em 10 de junho de 2015: publicação de biografias não-autorizadas

A ação foi ajuizada pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL), com o fim de obter declaração de inconstitucionalidade parcial dos artigos 20 e 21 do Código Civil, que seriam incompatíveis com os primados da liberdade de expressão e de informação.

36 Corte IDH. “Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia”. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C, n.º 132.

37 Corte IDH. “Caso Atala Riffó y niñas vs. Chile”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, n.º 239.

38 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815/DF. Voto-vista da Ministra Cármen Lúcia, julg. em 10 de junho de 2015. www.stf.jus.br

Acompanhando o voto da Ministra Relatora Cármen Lúcia, a decisão unânime do STF foi pela procedência da ADI 4815/DF, no sentido de conferir interpretação conforme à Constituição aos dispositivos legais supracitados, com base nos direitos fundamentais de liberdade de pensamento, de expressão e de criação artística.

A jurisprudência da Corte IDH é mencionada no voto da Relatora ao referir a *impossibilidade de censura prévia*, utilizando como fundamento, para tanto, a decisão do caso “A última tentação de Cristo”, em que julgou ter o Estado chileno violado o art. 13 da Convenção Americana.

Restou consignado, ainda, que a liberdade de expressão também garante a divulgação de ideias e de informações “chocantes, inquietantes ou ofensivas ao Estado ou a parte da população”. Assim, mesmo sem dizê-lo expressamente, a Ministra realizou um controle de convencionalidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil, tendo por base a jurisprudência da Corte IDH.

F) ADPF 378 MC/DF,³⁹ julgada em 17 de dezembro de 2015: rito de processamento do “impeachment” do Presidente da República

A ADPF foi ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil – PCdoB e teve por fim discutir a “compatibilidade do rito de impeachment de Presidente da República previsto na Lei nº 1.079/1950 com a Constituição de 1988”.

A jurisprudência da Corte IDH foi levantada já no relatório da decisão. Segundo o Relator, Ministro Luiz Edson Fachin, era preciso reavaliar a Lei nº 1.079/1950 à luz da jurisprudência da Corte IDH, “que afirma a necessidade de se aplicar ao processo de *impeachment* as garantias típicas do Processo Penal e do Processo Administrativo Sancionador”.

Invocou, para tanto, o entendimento firmado pela Corte IDH no caso “Tribunal Constitucional vs. Peru”, no sentido de que as garantias previstas no artigo 8º da CADH “aplicam-se não apenas aos processos judiciais, mas a todo e qualquer procedimento sancionatório promovido pelo Estado”.

Diante de tais precedentes da Corte IDH, o Ministro concluiu que “o procedimento de *impeachment* de Presidente da República deve respeitar todas as garantias judiciais previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos e na Constituição Federal”, situação em que o Supremo Tribunal Federal exerceu o controle de convencionalidade, alinhando-se com o entendimento fixado pela Corte IDH acerca da matéria.

39 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 378 MC/DF. Voto-vista do Ministro Luiz Edson Fachin, julg. em 17 de dezembro de 2015. www.stf.jus.br

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2017-2018)

Complementando-se o levantamento relatado no item anterior, relativo ao período compreendido entre os anos de 2017 e 2018, foram encontradas nove decisões com referência a julgamentos da Corte IDH, tanto no âmbito do controle concentrado quanto do controle difuso de constitucionalidade, bem como em sede de outras ações e *writs* constitucionais.⁴⁰ Tem-se configurada, por conseguinte, uma tendência de ampliação da utilização dos referenciais do Sistema Interamericano na atuação do Supremo Tribunal Federal no período mais recente.⁴¹

A) HC 87.395-PR,⁴² julgado em 23 de março de 2017: possibilidade de reabertura de ação penal em razão de superveniência de provas

O *Habeas Corpus* versa sobre a possibilidade de oferecimento de denúncia e reabertura de processo criminal originalmente arquivado em face do surgimento de novas provas e constatação de que as provas determinantes para o arquivamento prévio do inquérito policial foram produzidas de forma fraudulenta pelo próprio órgão encarregado de conduzir a investigação.

Na fundamentação do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes – único a se valer de jurisprudência da Corte IDH – a decisão proferida no “Caso Radilla Pacheco vs. México” (de 2009) é utilizada no sentido de que “as vítimas têm o direito de participar dos procedimentos criminais, não apenas para buscar a reparação do dano, mas também para exercer seus direitos à verdade e à justiça”, servindo, portanto, para reforçar sua posição de possibilidade de reabertura do procedimento penal.

Não se tratou, na espécie, de um controle de convencionalidade propriamente dito, porém evidencia-se a realização de um exercício interpretativo que levou

40 Vale registrar, contudo, para fins de contextualização e de uma compreensão mais adequada dos dados, que somente no ano de 2017 foram proferidas, pelo Supremo Tribunal Federal, 105.329 decisões, universo no qual a quantidade de citações e de referências à Corte IDH ainda é, proporcionalmente, bastante baixa. Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Estatísticas/decisões*. Disponível em: www.stf.jus.br, acesso em 12 de março de 2019.

41 Como justificativa para tanto poder-se-iam referir algumas iniciativas – ainda que incipientes – no sentido de aproximação e conhecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, bem como da jurisprudência da Corte IDH, tanto pelo próprio Supremo Tribunal Federal quanto por outros órgãos ligados ao Poder Judiciário, que têm buscado propiciar alguma formação e capacitação de seus agentes na matéria.

42 Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 87.395-PR. Voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, julg. em 23 de março de 2017. www.stf.jus.br

em consideração manifestação da Corte IDH acerca do tema das garantias processuais, revelando, ao menos, conhecimento de seu posicionamento e de julgados atinentes à matéria *sub judice*.

**B) RE 64.6721-RS e RE 87.8694-MG,⁴³ julgados em 10 de maio de 2017:
sucessão em união estável homoafetiva**

Ambos os julgamentos, que seguem na linha do que já havia sido decidido pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião da ADPF 132 e da ADI 4.277, apreciadas em maio de 2011 (vide item 4, *supra*), trazem uma única referência à jurisprudência da Corte IDH, feita pelo Relator, Ministro Marco Aurélio Mello, que invoca o “Caso Loayza Tamayo vs. Peru” e o “Caso Cantoral Benavides vs. Peru” para referir que “a Corte Interamericana de Direitos Humanos há muito reconhece a proteção jurídica conferida ao projeto de vida, que sem dúvida faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana.”

**C) Extradicação 1.327 AgR-DF,⁴⁴ julgada em 27 de junho de 2017:
extradição e aplicação da Lei de Anistia**

A ação de extradicação tinha por objeto a instrução dos processos criminais concernentes aos delitos de sequestro e de tortura.

No entendimento do Relator, Ministro Marco Aurélio Mello, seguido por unanimidade pelos demais integrantes da Primeira Turma do STF, a extradicação encontra óbice na impossibilidade de o extraditando vir a ser processado por atos semelhantes no Brasil, considerada a anistia bilateral, ampla e geral prevista pela Lei 6.683/1979 (Lei de Anistia), ante o cometimento de crimes políticos e conexos no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979:

Ainda que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do “Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) versus Brasil”, de 24 de novembro de 2010, tenha assentado, no tocante à Lei de Anistia, a violação à Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pleno do Supremo, na apreciação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, Relator o Ministro Eros Grau, em 29 de abril de 2010, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de agosto seguinte, declarou a constitucionalidade do referido diploma legal, decisão ainda não suplantada por pronunciamento posterior deste Tribunal. (p. 3)

43 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 64.6721-RS e Recurso Extraordinário 87.8694-MG. Rel. Ministro Marco Aurélio Mello, julg. em 10 de maio de 2017. www.stf.jus.br

44 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Extradicação 1.327 AgR-DF. Rel. Ministro Marco Aurélio Mello, julg. em 27 de junho de 2017. www.stf.jus.br

Assim, em julgamento que faz tábula rasa da decisão proferida pela Corte IDH no “Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil” – não apenas no que concerne à observância de seus fundamentos e da eficácia vinculante *erga omnes* a eles atribuída no âmbito do controle de convencionalidade, mas também de seus efeitos *inter partes*, decorrentes do princípio do *pacta sunt servanda* –, a mais alta Corte brasileira negou provimento ao Agravo interposto, reiterando sua posição em relação à validade da Lei de Anistia.

Interessante destacar, contudo, a argumentação trazida pelo Ministério Público Federal, que, buscando amparo no posicionamento firmado pela Corte IDH acerca dos crimes de lesa-humanidade, sustentou que os delitos cometidos pelo extraditando “*são crimes de lesa-humanidade, pois tratam de atos desumanos, praticados contra a população civil (...) e, portanto, considerados imprescritíveis*”.

Ademais, reforçou que se encontra em trâmite no Supremo Tribunal a ADPF 320, que pretende a declaração de que, à luz do julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no “Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil”, a Lei n.º 6.683/79 não se aplica aos crimes de graves violações de direitos humanos cometidos por agente público contra civis, especialmente aqueles de natureza permanente – tal como no caso do delito de sequestro. O MPF ressaltou, ainda, que o objeto da ADPF 320 em nada se confunde com o objeto da ADPF 153, julgada em 29 de abril de 2010, em que se declarou a constitucionalidade da Lei n.º 6.683/79 (Lei da Anistia), pois a primeira intenciona controlar os efeitos da mesma lei em decorrência da decisão vinculante da Corte IDH, superveniente ao julgamento da ADPF 153.

Tais argumentos aduzidos pelo *parquet* federal não foram, contudo, levados em consideração por ocasião do julgamento, prevalecendo a posição original do STF quanto à constitucionalidade da Lei de Anistia, mesmo que em sentido contrário a manifestação expressa e condenação por parte da Corte IDH, o que evidencia posição ainda reticente e conservadora quanto à sua efetividade no âmbito interno.

D) ADI 4.439-DF,⁴⁵ julgada em 27 de setembro de 2017: ensino religioso em escolas públicas

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) proposta pela Procuradoria-Geral da República, tendo como objeto o artigo 33, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – “LDB”), e o artigo

45 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.439-DF. Rel. Ministro Luiz Roberto Barroso, julg. em 27 de setembro de 2017. www.stf.jus.br

11, § 1º, do “Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil” (“Acordo Brasil-Santa Sé”), aprovado por meio do Decreto Legislativo 698/2009 e promulgado por meio do Decreto 7.107/2010.⁴⁶

Interessante ressaltar que foi realizada “audiência pública” para discussão do tema – que contou com a participação de trinta e dois especialistas das mais diversas áreas –, além de haver sido autorizada a intervenção de uma significativa quantidade de instituições na condição de *amicus curiae*.

A maioria dos julgadores que integram o Plenário votou pela possibilidade de oferecimento da disciplina de Ensino Religioso com matrícula facultativa nas escolas da rede pública, com fundamento no princípio do pluralismo religioso que identifica a Constituição de 1988, havendo sido vencido o Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, que se pronunciou pela inconstitucionalidade dos dispositivos questionados, por violarem o princípio da laicidade do Estado.

O único magistrado que, em seu voto, se valeu de referência ao diálogo entre Cortes e fez referência ao Sistema Interamericano foi o Ministro Luiz Edson Fachin, que trouxe à colação o argumento de que além dos órgãos do sistema global de proteção, também os sistemas regionais têm defendido a posição de neutralidade do Estado, tal como se observa, por exemplo, na manifestação da Corte IDH no caso “A Última Tentação de Cristo”.

Afirma, também, expressamente, a natureza constitucional dos tratados de direitos humanos (embora o faça ainda em uma perspectiva conservadora, assentada na noção de hierarquia normativa), bem como a necessidade de diálogo em um sistema de pluralidade de fontes de direitos:

Os tratados de direitos humanos, na linha do disposto no art. 5º, § 2º, da CRFB, têm natureza constitucional. Essa afirmação, ao implicar uma *equiparação hierárquica entre as fontes* dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, impõe que a atividade judicante exercida por este Tribunal e pelos Tribunais de Direitos Humanos *seja efetivamente dialógica e complementar*. Noutras palavras,

46 Lei 9.394/96 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional

Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo.

§ 1º. Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores.

§ 2º. Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso.

não há necessária submissão de uma ordem à outra. Com efeito, o direito a ser significado por um Tribunal é objeto de uma pluralidade de compreensões. A solução, em casos tais, deve ser a que melhor se adequa à fundamentação democrática do Estado Constitucional, ou seja: não apenas a que dê primazia à pessoa humana, fundada no princípio *pro homine*, mas a que tenha em conta o valor igual de cada pessoa em dignidade. (p. 110, grifo nosso)

Segundo ele, ao contrário do que a interpretação literal do dispositivo da Constituição brasileira parece sugerir, há, no direito à liberdade de religião, uma dimensão pública, conforme assentado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso *Última Tentação de Cristo*: a proteção à liberdade de consciência “é a base do pluralismo necessário para a coexistência harmônica de uma sociedade democrática, a qual, como qualquer sociedade, é formada por pessoas com diferentes convicções e credos”.

**E) ARE 1054490-RJ,⁴⁷ julgado em 05 de outubro de 2017:
reconhecimento de “repercussão geral” acerca do tema da (in)constitucionalidade
de candidaturas avulsas a cargos eletivos**

Trata-se da apreciação de “questão de ordem” atinente ao reconhecimento ou não de “repercussão geral” da matéria objeto da demanda. O referido Agravo foi interposto contra decisão denegatória de Recurso Extraordinário (RE) no qual se discute a constitucionalidade da candidatura avulsa (sem filiação partidária), em que os recorrentes tiveram indeferido seu pedido de registro de candidatura autônoma à prefeitura do Rio de Janeiro, havendo os recursos para o Tribunal Regional Eleitoral (TRE) e para o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) sido rejeitados, com base no entendimento de que a filiação partidária constitui condição inafastável de elegibilidade.

No Recurso Extraordinário (RE), os recorrentes alegaram que (i) a Constituição não veda explicitamente a candidatura avulsa; (ii) o Pacto de São José da Costa Rica (Decreto nº 678 de 1992), rejeita o estabelecimento de qualquer condição de elegibilidade que não se funde em “*motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal*”; (iii) que o acórdão recorrido, ao exigir filiação a partido político como condição para o registro de toda e qualquer candidatura, viola a jurisprudência do STF, que atribui *status* supralegal ao Pacto de São José da Costa Rica.

47 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário 1054490-DF. Voto-vista Ministro Gilmar Ferreira Mendes, julg. em 5 de outubro de 2017. www.stf.jus.br

Em que pese a invocação direta de violação de dispositivo da Convenção Americana de Direitos Humanos por parte dos recorrentes, provocando o órgão julgador a exercer controle de convencionalidade da matéria, em momento algum do julgamento esta questão foi trazida à lume, aspecto que se justifica, no caso, em parte, por tratar-se de mero reconhecimento de “repercussão geral” da matéria, e não de apreciação do mérito.

A única menção à Corte IDH foi feita – de forma genérica, sem citar expressamente casos⁴⁸ julgados por ela – na manifestação do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no sentido de reconhecer-se uma “margem” a cada país na conformação de seu sistema eleitoral, compatível com sua cultura e com sua tradição histórica.

O texto constitucional é claro em relação a isso, e o próprio Pacto; e há jurisprudência, inclusive, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que visitei, afirmando claramente que a indicação do respeito aos direitos humanos, quanto ao modelo de concorrência, diz também com as peculiaridades culturais de cada país. No nosso caso específico, promotores e juízes têm limitações claras para participar do processo eleitoral, nos termos da Constituição, e isso não é incompatível com o Pacto, que admite exatamente que a legislação de cada país faça a sua efetiva disciplina. (p. 38)

Em que pese o reconhecimento de sua “repercussão geral”, aspecto que se constitui em requisito para o julgamento de ações no âmbito do controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal, a matéria permanece pendente de apreciação no mérito.

F) ADI 3.229-DF,⁴⁹ julgada em 8 de fevereiro de 2018: demarcação de terras quilombolas

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade (AD) interposta pelo Partido da Frente Liberal – PFL, atualmente denominado Partido Democrata – DEM, em que se pede a declaração de inconstitucionalidade do Decreto 4.887, de 20 de novembro de 2003, que “*regulamenta o procedimento para identificação,*

48 No “Caso Castañeda Gutman vs. México” (2008), a Corte IDH apreciou tema referente às candidaturas avulsas e às possíveis restrições a direitos políticos e ao direito de candidatar-se, reconhecendo, em sua decisão, em certa medida, uma “margem de apreciação” aos Estados na conformação desses requisitos; a sentença se ocupa, contudo, de forma bastante detalhada, da análise da proporcionalidade dessas medidas restritivas de acesso a cargos de natureza política, deixando assentado, de forma clara, que estes requisitos devem ser interpretados restritivamente.

49 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.229-DF, julg. em 08 de fevereiro de 2018. www.stf.jus.br

reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”.

Dentre os argumentos suscitados está o de que o referido Decreto sujeita a delimitação das terras aos indicativos fornecidos pelos próprios interessados, o que importaria em “radical subversão da lógica constitucional”.

Embora a fundamentação da decisão não se atenha de forma mais detalhada a qualquer aspecto referente a pronunciamentos da Corte IDH acerca do tema, chama atenção o fato de que a remissão à sua jurisprudência, citando-se casos como “Moiwana vs. Suriname” (2005), “Saramaka vs. Suriname” (2007), é feita no texto do próprio *acórdão*, integrando, portanto, a sua ementa:

9. Nos casos *Moiwana v. Suriname* (2005) e *Saramaka v. Suriname* (2007), a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu o direito de propriedade de comunidades formadas por descendentes de escravos fugitivos sobre as terras tradicionais com as quais mantêm relações territoriais, ressaltando o compromisso dos Estados partes (Pacto de San José da Costa Rica, art. 21) de adotar medidas para garantir o seu pleno exercício. (p. 5)

Tem-se, por conseguinte, que o Supremo Tribunal Federal parece ter tomado o posicionamento da Corte IDH como determinante para o julgamento, valendo-se, de forma até então inédita, do conteúdo da CADH para fundamentar sua decisão.

G) ADI 5.617-DF⁵⁰ julgada em 15 de março de 2018: percentuais de destinação do Fundo Partidário para candidatas mulheres

A ação foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR) para questionar o artigo 9º da Lei n.º 13.165/2015 (Minirreforma Eleitoral de 2015) que estabelece percentuais mínimo e máximo de recursos do Fundo Partidário para aplicação em campanhas eleitorais de mulheres, fixando prazo de vigência da regra. De acordo com o dispositivo, nas três eleições posteriores à publicação da lei os partidos deveriam reservar, em contas bancárias específicas para este fim, no mínimo 5% e no máximo 15% do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação nas campanhas de suas candidatas.

50 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.617-DF, julg. em 15 de março de 2018. www.stf.jus.br

A PGR sustentava que a norma contraria o princípio fundamental da igualdade e que o limite máximo de 15% previsto na lei produziria mais desigualdade e menos pluralismo nas posições de gênero, sustentando que “Se não há limites máximos para financiamento de campanhas de homens, não se podem fixar limites máximos para as mulheres”. Quanto ao limite mínimo, enfatizou que o patamar de 5% dos recursos para as candidatas protege de forma deficiente os direitos políticos das mulheres. Segundo a Procuradoria, o princípio da proporcionalidade só seria atendido se o percentual fosse de 30%, patamar mínimo de candidaturas femininas previstas em lei.

O Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que a distribuição de recursos do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais direcionadas às candidaturas de mulheres deve ser feita na exata proporção das candidaturas de ambos os sexos, respeitado o patamar mínimo de 30% de candidatas mulheres, previsto no artigo 10, parágrafo 3º, da Lei n.º 9.504/1997 (Lei das Eleições). No julgamento, o Plenário decidiu ainda que é inconstitucional a fixação de prazo para esta regra, como prevê a lei, e que a distribuição não discriminatória deve perdurar enquanto for justificada a necessidade de composição mínima das candidaturas femininas.

Ressaltou o STF que a decisão é um reforço à igualdade de gênero, prevista no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal, o que inclui o processo político eleitoral e partidário.

Interessante destacar que, mesmo se tratando de matéria diretamente vinculada ao direito de igualdade de gênero, que possui ampla proteção tanto constitucional quanto convencional, o “Caso Palamara Iribarne vs. Chile” e o “Caso Kimel vs. Argentina”, julgados pela Corte IDH, constam no rol de jurisprudência relacionada à matéria, mas não aparecem citados, de forma explícita, em nenhum momento na fundamentação do voto. Trata-se, pois, de menção apenas formal a precedentes da Corte IDH, não ensejando, por conseguinte, o que se poderia designar como um diálogo judicial.

H) HC 152685 AgR-SP e HC 152752-PR,⁵¹ julgados em 4 de abril de 2018: execução provisória da pena

Os dois *Habeas Corpus*, apesar de possuírem situações fáticas distintas, tinham por objeto, em suma, a mesma controvérsia, versando sobre a debatida (im)possibilidade de execução provisória da pena após decisão de segunda instância.

51 Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 152.685 AgR-SP e 152.752-PR. Voto-vista Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Roberto Barroso, julg. em 4 de abril de 2018. www.stf.jus.br

Por ocasião da votação em Plenário, pode-se encontrar menção à Corte IDH na fundamentação dos votos de dois Ministros: Alexandre de Moraes e Luiz Edson Fachin.

Para o primeiro, não há nenhuma exigência normativa, seja na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), seja na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que condicione o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Ambas consagram o princípio da presunção de inocência até o momento em que a culpabilidade do acusado for legalmente comprovada, respeitados os demais princípios e garantias penais e processuais penais.

A jurisprudência da Corte IDH é, por sua vez, trazida de forma apenas indireta, a partir da citação de artigo científico sobre o tema, em que são colacionadas as sentenças do “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica” (2004), “Caso Ricardo Canese vs. Paraguay” (2004), “Caso Rosendo Cantú y otra vs. México” (2011) e “Caso Mohamed vs. Argentina” (2012) no sentido de reforçar que a prisão após condenação em segunda instância não é inconvenção:

identifica-se com clareza a validade convencional da decisão condenatória criminal, desde que atendidos os pressupostos do devido processo legal e disponibilizado ao condenado um recurso de natureza ordinária dirigido à instância que lhe seja superior. Entretanto, cumpre registrar que não se identificou na Convenção Americana sobre Direitos Humanos um dispositivo normativo específico que condicione o cumprimento da condenação penal ao trânsito em julgado da causa. Do mesmo modo, não se logrou êxito em localizar precedente do Tribunal Interamericano a defender tal linha interpretativa.⁵²

Assim, posicionou-se o Ministro no sentido de que as exigências decorrentes do princípio constitucional da presunção de inocência não são desrespeitadas na hipótese de execução provisória da pena privativa de liberdade quando a decisão condenatória observar todos os demais princípios constitucionais interligados, ou seja, quando o juízo de culpabilidade do acusado tiver sido firmado com absoluta independência pelo juízo natural, a partir da valoração de provas obtidas mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa em dupla instância e a condenação criminal tiver sido imposta, em decisão colegiada,

52 José Ribas Vieira; Ranieri Lima Resende, Execução provisória da pena: causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos? JOTA. Opinião. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/execucao-provisoria-da-penaconfirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-dedireitos-humanos-20022016>

devidamente motivada, por Tribunal de segundo grau, permitindo-se a execução provisória da pena em respeito ao princípio da tutela penal efetiva.

Já o Ministro Luiz Edson Fachin citou as várias condenações do Brasil pela Corte IDH, afirmando que estas tiveram por base a ineficiência do país na punição dos delitos. A partir daí, apropria-se deste argumento para sustentar sua posição de que a possibilidade de execução provisória da pena vem ao encontro dessa perspectiva de fim da impunidade.

Na sequência, vale-se do “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras” para afirmar que as condutas violadoras de direitos humanos devem ser investigadas e punidas:

A busca pela racionalidade do sistema penal passa pela compreensão dos direitos humanos também sob uma outra perspectiva, ou seja: pela perspectiva segundo a qual, como tem entendido esta Suprema Corte, ao acatar o princípio da proibição de proteção deficiente, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde o julgamento do caso Velásquez Rodríguez versus Honduras, que as condutas violadoras de direitos humanos devem ser investigadas e punidas, evitando-se a reincidência. (p. 92)

Desconsidera o julgador, no entanto, o contexto e o cenário em que se insere esta manifestação da Corte IDH, mais identificado com a necessária responsabilização dos atos praticados (especialmente nos casos de graves violações a direitos humanos) do que para ensejar a possibilidade de relativização das garantias processuais penais em nome do fim da impunidade. Trata-se, portanto, de uma invocação de jurisprudência que desvirtua, em certa medida, a interpretação do *corpus iuris interamericano*, fazendo com que o “diálogo” entre Cortes, neste ponto, não seja produtivo.

Poder-se-ia sustentar, inclusive, neste ponto, que a deturpação da jurisprudência da Corte IDH afigura-se ainda mais danosa do que a sua desconsideração, havendo a quantidade de citações a precedentes sido apenas ilusória.

l) Questão de Ordem na Ação Penal 937-RJ,⁵³ julgada em 3 de maio de 2018: restrição do foro privilegiado por prerrogativa de função de parlamentares

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o foro por prerrogativa de função conferido aos deputados federais e senadores se aplica apenas a crimes cometidos no exercício do cargo e em razão das funções

53 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 937-RJ. Rel. Ministro Luiz Roberto Barroso, julg. em 3 de maio de 2018. www.stf.jus.br

a ele relacionadas. Prevaleceu no julgamento o voto do Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, que estabeleceu, ainda, que a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. Até então, o entendimento adotado era o de que o foro privilegiado alcançava todos os crimes praticados por agentes públicos previstos no art. 102, inciso I, “b” e “c” da Constituição, inclusive os praticados antes da investidura do cargo e os que não guardavam qualquer relação com seu exercício:

EMENTA

(...)

2. Impõe-se, todavia, a alteração desta linha de entendimento, para restringir o foro privilegiado aos crimes praticados *no cargo e em razão do cargo*. É que a prática atual não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, por impedir, em grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas. Além disso, a falta de efetividade mínima do sistema penal, nesses casos, frustra valores constitucionais importantes, como a probidade e a moralidade administrativa.
3. Para assegurar que a prerrogativa de foro sirva ao seu papel constitucional de garantir o livre exercício das funções – e não ao fim ilegítimo de assegurar impunidade – é indispensável que haja relação de causalidade entre o crime imputado e o exercício do cargo.

Na fundamentação da decisão, cujos votos somam 429 páginas, foram feitas apenas duas menções à Corte IDH: uma delas pelo Ministro Alexandre de Moraes, referindo que, por ocasião do julgamento do “Mensalão” (AP 470), alguns acusados recorreram à Corte para questionar a violação do duplo grau de jurisdição, questionando a figura do foro privilegiado.

A outra foi feita pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que mencionou o “Caso Barreto Leiva vs. Venezuela” (1998) para referir que a Corte IDH já proferiu condenações a Estados pela violação de observância do duplo grau de jurisdição, inclusive no que tange à figura do “foro privilegiado”. Há, ainda, o reconhecimento dessa proteção por tratados internacionais, mas, ao final, prevalece o entendimento de que “o duplo grau de jurisdição não ostenta caráter absoluto, já que a Constituição de 1988 prevalece sobre tais tratados internacionais”:

Coloca-se a questão da ausência de duplo grau de jurisdição nos casos de autoridades com prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, que ficam sujeitas a julgamento por instância única. Esse modelo enfrenta objeções

fundadas em tratados internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil é signatário. Tanto a Convenção Americana de Direitos Humanos, quanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos asseguram o “*direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior*”. É certo que esta Corte tem entendido que a garantia do duplo grau de jurisdição não ostenta caráter absoluto, já que a Constituição de 1988 prevalece sobre tais tratados internacionais, que ostentam *status* supralegal, mas infraconstitucional, na ordem jurídica brasileira (AI 601832 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa). Nada obstante isso, deve-se levar em consideração a necessidade de harmonizar as disposições constitucionais com os compromissos internacionais firmados pelo Brasil, bem como de realizar, na maior extensão possível, o princípio do duplo grau de jurisdição em matéria penal. (p. 32)

Assim, uma vez mais, a posição de “diálogo” do Supremo Tribunal Federal com a Corte IDH foi no sentido de desconsiderar seus precedentes e marcos normativos, com fundamento na prevalência hierárquica da Constituição em relação aos Tratados Internacionais de direitos humanos e, em particular, do Pacto de San José.

CONCLUSÕES

O Supremo Tribunal Federal adotou posição relativamente conservadora em relação ao status do Pacto de San José da Costa Rica, assentando o entendimento no sentido de sua hierarquia supralegal (em posição inferior, portanto, à da Constituição). Além disso, o enfrentamento do problema se deu a partir de uma lógica eminentemente interna, em um cenário caracterizado pelo protagonismo da Constituição e que desconhece a lógica da pluralidade de fontes normativas.

Nesta esteira, observa-se que o diálogo judicial entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte IDH ainda é incipiente, sendo que o número de casos em que há menção expressa de jurisprudência da Corte IDH é deveras diminuto.

Percebe-se, contudo, ao longo do tempo, um certo avanço ao se passar de uma lógica de uso de citações indiretas (por meio de obras doutrinárias) a citação direta de decisões da Corte IDH.

O uso das decisões da Corte IDH ainda se dá, na maioria dos casos, apenas em termos de reforço argumentativo, não se evidenciando ou explicitando a prática de um controle de convencionalidade (antes pelo contrário, a lógica de prevalência da Constituição é frequentemente reiterada, desconsiderando-se o caráter vinculante dos conteúdos do *corpus iuris interamericano* e sua interpretação dada pela Corte IDH enquanto “guardião” desses direitos).

REFERÊNCIAS

- ALCALÁ, Humberto Nogueira, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”. *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, ano 10, n.º 2, 2012. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/oB4415pHYhRzacm5OWEQ4UFZna2M/view>
- , “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XIX, Bogotá, 2013, ISSN 2346-0849. Disponível em: www.corteidh.or.cr/tablas/r32200.pdf
- ARENDT, Hannah, *Sobre a revolução*. São Paulo, Companhia das Letras, 2011.
- ARRIGHI, Jean Michel, OEA: Organização Dos Estados Americanos, Tradução de Sérgio Bath, Barueri, Manole, 2004.
- BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*, 2ª tiragem, Rio de Janeiro, Elsevier, 2004.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Begriff und Probleme des Verfassungsstaates*, In: Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1999.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 815/DF*. Rel. Ministro Moreira Alves, julg. em 28 de março de 1996. www.stf.jus.br
- , *Recurso Extraordinário 466.343/SP*. Voto-vista do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, julg. em 03 de dezembro de 2008. www.stf.jus.br
- , *Habeas Corpus 70011566882*. Rel. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. www.stf.jus.br
- , *Habeas Corpus 74383/MG*. Rel. Ministro Néri da Silveira, julg. em 22 de outubro de 1996. www.stf.jus.br
- , *Habeas Corpus 96.772/SP*. Rel. Ministro Celso de Mello, julg. em 9 de junho de 2009. www.stf.jus.br
- , *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144/DF*. Voto-vista do Ministro Celso de Mello, julg. em 6 de agosto de 2008. www.stf.jus.br
- , *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF*. Voto-vista do Ministro Celso de Mello, julg. em 30 de abril de 2009. www.stf.jus.br
- , *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF*. Voto-vista do Ministro Eros Grau, julg. em 29 de abril de 2010. www.stf.jus.br
- , *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/DF*, em conjunto com a *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277*. Voto-vista do Ministro Marco Aurélio Mello, julg. em 5 de maio de 2011. www.stf.jus.br

- , *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815/DF*. Voto-vista da Ministra Cármen Lúcia, julg. em 10 de junho de 2015. www.stf.jus.br
- , *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 378 MC/DF*. Voto-vista do Ministro Luiz Edson Fachin, julg. em 17 de dezembro de 2015. www.stf.jus.br
- , *Habeas Corpus 87.395-PR*. Voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, julg. em 23 de março de 2017. www.stf.jus.br
- , *Recurso Extraordinário 64.6721-RS e Recurso Extraordinário 87.8694-MG*. Rel. Ministro Marco Aurélio Mello, julg. em 10 de maio de 2017. www.stf.jus.br
- , *Extradição 1.327 AgR-DF*. Rel. Ministro Marco Aurélio Mello, julg. em 27 de junho de 2017. www.stf.jus.br
- , *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.439-DF*. Rel. Ministro Luiz Roberto Barroso, julg. em 27 de setembro de 2017. www.stf.jus.br
- , *Agravo em Recurso Extraordinário 1054490-DF*. Voto-vista Ministro Gilmar Ferreira Mendes, julg. em 5 de outubro de 2017. www.stf.jus.br
- , *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.229-DF*, julg. em 8 de fevereiro de 2018. www.stf.jus.br
- , *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.617-DF*, julg. em 15 de março de 2018. www.stf.jus.br
- , *Habeas Corpus 152.685 AgR-SP e 152.752-PR*. Voto-vista Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Roberto Barroso, julg. em 4 de abril de 2018. www.stf.jus.br
- , *Ação Penal 937-RJ*. Rel. Ministro Luiz Roberto Barroso, julg. em 3 de maio de 2018. www.stf.jus.br
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra, 1991.
- CITTADINO, Gisele, “Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de Poderes”, em VIANNA, Luiz Werneck (org.), *A democracia e os três Poderes no Brasil*, Belo Horizonte, UFMG; Rio de Janeiro, IUPERJ/FAPERJ, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi, *A soberania no mundo moderno*, Tradução de Carlo Cocchioli e Márcio Lauria Filho, São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- HITTERS, Juan Carlos, “Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)”, *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, ano 13, n.º 1, 2015. Disponível em: www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_13_1_2015/4_control.pdf
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig, *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*, São Paulo, Manole, 2003.
- , *Jurisdição Constitucional aberta*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.
- , “La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿existe realmente ‘un’ activismo o ‘el’ activismo?”, *Estudios Constitucionales*, año 10, n.º 2, 2012.

- , “Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais?”, *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n.º 3, 2014. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/40518/26568>
- , BRUGGER, Winfried, “Os direitos fundamentais nas modernas Constituições: análise comparativa entre as constituições alemã, norte-americana e brasileira”, *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 28, 2007.
- LEAL, Rogério Gesta, *Perspectivas hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.
- MADELEINE, Colombine, “L’anticipation - manifestation d’un dialogue ‘vrai’ entre juge national et juge européen?” em *Le dialogue des juges*, Institut de Droit des Droits del L’Homme, Cahiers de L’IDEDH, n.º 11, Université de Montpellier I, Faculté de Droit, Montpellier, 2007. Disponível em: <http://idedh.edu.umontpellier.fr/files/2015/03/IDEDH-p.-3631.pdf>
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU), *Carta das Nações Unidas*. 1945. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm
- PROVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, - Max Limonad, 1996.
- , “Direitos humanos e diálogo entre jurisdições”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional* –RBDC n.º 19– jan./jun. 2012. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067- Artigo Flavia Piovesan \(Direitos Humanos e Dialogo entre Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067- Artigo Flavia Piovesan (Direitos Humanos e Dialogo entre Jurisdicoes).pdf).
- , *Direitos humanos e justiça internacional*, São Paulo, Saraiva, 2006.
- , “Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos”, Texto produzido para o I Colóquio Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, 2001. Disponível em: www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/piovesan_sip.pdf
- PRONER, Carol, *Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2002.
- RAMONET, Ignacio, *Géopolitique du chaos*, Paris, Gallimard, 2001.
- RAMOS, André de Carvalho, *Responsabilidade Internacional por violação de direitos humanos*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang, “A reforma do Judiciário e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos: algumas notas sobre o novo § 3º do art. 5º da Constituição”, em *Direito, Estado e Democracia: entre a (in)efetividade e o imaginário social*, Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, n.º 4, Porto Alegre, 2006.
- SUDRE, Frédéric, “A propos du ‘dialogue des juges’ et du control de conventionalité”, em *Les dynamiques du droit européen en début du siècle, Etudes en l’honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Ed. A. Pedone, 2004.

- , “Avant-propos”, em *Le dialogue des juges*, Institut de Droit des Droits del L’Homme, Cahiers de L’IDEDH, n.º 11, Université de Montpellier I, Faculté de Droit, Montpellier, 2007. Disponível em: <http://idedh.edu.umontpellier.fr/files/2015/03/IDEDH-p.-3631.pdf>
- SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001.
- SUXE, Hervé, “La dimension objective du ‘dialogue des juges’”, em *Le dialogue des juges*, Institut de Droit des Droits del L’Homme, Cahiers de L’IDEDH, n.º 1, Université de Montpellier I, Faculté de Droit, Montpellier, 2007. Disponível em: <http://idedh.edu.umontpellier.fr/files/2015/03/IDEDH-p.-3631.pdf>
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, *Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI*, Revista Brasileira de Política Internacional, vol. 40, n.º 1, Brasília, Jan/Jun, 1997.
- VIEIRA, José Ribas, RESENDE, Ranieri Lima, Execução provisória da pena: causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?, JOTA, Opinião, Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/execucao-provisoria-da-penaconfirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-dedireitos-humanos-20022016>

Efetividade de decisões judiciais no Brasil no contexto da qualidade da prestação jurisdicional: impactos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas na percepção de garantias constitucionais e no princípio do Estado de direito

Leonardo Martins* e Suzana Côrtes**

INTRODUÇÃO

Em 2015 foi aprovado, após décadas de tramitação, o novo Código de Processo Civil brasileiro. Os propósitos centrais do novo estatuto são os mesmos que, em regra, motivam tais reformas jurídico-processuais nas democracias ocidentais, em geral.

Antes de tudo, buscou-se promover a racionalização do processo, especialmente no que tange à sua duração razoável. Essa “duração razoável do processo” foi erigida pelo constituinte derivado de 2004, que pretendeu apresentar uma “reforma do Poder judiciário”, ao status de garantia processual constitucional no novo art. 5º, LXXVIII CF, que fecha o rol dos direitos fundamentais individuais e coletivos da Constituição Federal brasileira. À garantia da duração razoável do processo corresponde o bem-jurídico constitucional (direito constitucional objetivo) da capacidade funcional da função jurisdicional do Estado.

Com vistas à persecução de tais objetivos, como não raramente acontece, o legislador observa sistemas e/ou institutos jurídico-processuais estrangeiros. Foi o que ocorreu com a introdução do assim chamado “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”. Os pressupostos da execução e do cumprimento de

* Bacharel em direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre (LL.M.) e doutor (doctor iuris - Dr. iur.) em Direito Constitucional pela Humboldt-Universität zu Berlin, Alemanha; Pós-doutorados pelo Hans-Bredow-Institut para a Pesquisa da Comunicação Social da Universidade de Hamburg e pelo Erich Pommer Institut - Economia e Direito da Comunicação Social da Universidade de Potsdam (fellow da Fundação Alexander von Humboldt) e, novamente, pela Humboldt-Universität zu Berlin. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

** Suzana Côrtes é mestra em direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (PPGD-UFRN) e procuradora do Município do Natal (Rio Grande do Norte, Brasil).

decisões judiciais, - vale dizer: a garantia de sua efetividade - têm de ser diuturnamente construídos no competente debate político-jurídico. A observância das opções do legislador estrangeiro pode, de fato, valer a pena.

Não obstante, o debate jurídico nacional em torno da constitucionalidade dos efeitos previstos para a aplicação prospectiva da tese jurídica firmada no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, especialmente em face da garantia constitucional processual ao contraditório tal qual prevista no art. 5º, LV CF, ainda não logrou encaminhar uma alternativa idônea à solução do problema.

O presente artigo pretende contribuir para fechar essa lacuna da discussão. Com vistas a alcançar tal objetivo, o artigo foi estruturado em três partes:

Primeiro, traça-se um breve panorama sobre as principais balizas do novo estatuto processual civil brasileiro. Na segunda parte, pontuam-se as mais significativas características do chamado *Musterverfahren*, o “procedimento-modelo” criado na legislação alemã, que serviu de inspiração ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do art. 985, II CPC. Destacam-se as semelhanças e diferenças entre o instituto alemão e o brasileiro, mormente no que tange aos efeitos atribuídos à aplicação da tese jurídica nele formada. Na terceira e derradeira parte, enfrenta-se especificamente a constitucionalidade do art. 985, II CPC.

BREVE PANORAMA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (NCPC)

O Novo Código de Processo Civil (NCPC) trouxe novidades debatidas já antes de sua entrada em vigor. Desde seus primeiros dispositivos se pode identificar suas principais influências e diretrizes teóricas.

Sua estrutura evidencia uma paulatina adoção de referências diretas a mandamentos constitucionais, como a sugerir que a Constituição, ou seja: sua normatividade e onipresença, carecesse da legislação infraconstitucional.¹ Na esteira de tal improfícua tendência, o NCPC reproduz, no Cap. I do seu primeiro Livro, normas constitucionais de essência principiológica e, ditando o óbvio, determi-

1 Sobre o efeito expansivo do conteúdo material da Constituição por todo o ordenamento jurídico, como uma das características do neoconstitucionalismo, cf. Luis Roberto Barroso, Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito: (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil), *Revista Eletrônica Sobre A Reforma do Estado*, Salvador, n. 9, pp.1-41, mar. 2007, Trimestral. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp> (2007). Críticos, cf. Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, p.1-19, jan. 2009. Trimestral. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>; Dimoulis (2012).

na que o processo civil deverá observar os preceitos contidos na Constituição Federal (CF) como nortes para o seu disciplinamento e interpretação.

No mais, apresentam-se duas grandes balizas que devem, conjuntamente, influenciar todo o sistema procedimental que se desenha, desde a consolidação dos papéis das partes no processo, passando pela postura a ser adotada pelos magistrados a fim de alcançar o escopo processual, até a estruturação do sistema recursal.

De um lado, simplifica-se e agiliza-se o procedimento com vistas a debates jurídicos qualitativamente mais elevados e decisões judiciais que evitem pôr fim à lide sem solucionar seu cerne e sem que se alcance de fato o que interessa: soluções integrais, definitivas e seguras de mérito. Por outro lado, em face do fenômeno da litigiosidade em massa, caracterizado pela multiplicidade de demandas homogêneas, o legislador processual criou um regime jurídico específico para o processamento e julgamento de causas assim classificadas. De resto, foi além, ao positivar, com algumas adequações, o recurso aos precedentes – peculiar mecanismo de ordenamentos de *Common Law* – sob o argumento de consolidar instrumentos que garantam a segurança jurídica e proporcionem estabilidade e uniformidade à jurisprudência.²

Da inspiração constitucional aos equívocos hermenêuticos

O NCPC tem notória inspiração no amálgama de influências teóricas que respondem pela alcunha do chamado neoconstitucionalismo. De acordo com seu art. 1º, o “processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”. Adiante, ainda no Capítulo introdutório das Normas Fundamentais do Processo Civil, encontra-se a reprodução (literal) de diversos princípios constitucionais, tomados como regras de interpretação de observância obrigatória pelo juiz. Incorrendo em óbvia e improfícua repetição, a nova lei processual enumera princípios como os da inafastabilidade da jurisdição, da

2 O valor dado à uniformização e estabilização da jurisprudência e à solidificação do núcleo essencial das decisões tomadas pelo Poder Judiciário é reproduzido em diversas normas do NCPC. Como exemplos citem-se a norma que considera não fundamentada a decisão judicial que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, § 1º, VI), e a norma que estabelece como dever dos tribunais a uniformização de jurisprudência, mantendo-a íntegra, estável e coerente (art. 926, *caput*). Com esses e outros exemplos de assimilação da força obrigatória dos precedentes, típica dos sistemas de *Common Law*, Cf.: Elpidio Donizetti, *A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil*, *Revista de Direito Unifacs – Debate Virtual*, Salvador, n. 175, pp. 01-30, jan. 2015. Mensal. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446>

proporcionalidade, razoabilidade e eficiência (art. 8º). Não bastasse, cunha no mesmo art. 8º conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas, que situam o juiz na função de atender “aos fins sociais e às exigências do bem comum”, bem como de promover a dignidade da pessoa humana.

Um primeiro equívoco a ser destacado no programa hermenêutico proposto pelo NCPC é, antes mesmo de sua opção teórica, a confusão terminológica dos termos “valores e normas constitucionais”, constante no seu art. 1º. Como se sabe, tais conceitos foram criados no bojo do desenvolvimento das diversas teorias dos direitos fundamentais³ e, no caso das expressões aqui tratadas, especificamente no contexto teórico-filosófico das teorias axiológica e principiológica.

Segundo a teoria axiológica, os direitos fundamentais estabelecem valores fundamentais de caráter normativo, mesmo em face da constante mudança dos contextos axiológicos das sociedades contemporâneas. Dessa maneira, a despeito de os valores constitucionais se encontrarem em constante estado de tensão e colisão, para sua interpretação e aplicação bastaria ao intérprete verificar qual deve ser o valor prevalecente em cada caso. Contudo,⁴ em um contexto social pluralista não é possível reconhecer e hierarquizar na sociedade valores vigentes que são instáveis temporal e espacialmente. Menos ainda, destarte, no âmbito de um sistema eminentemente procedimental como o é a legislação processual que, ao optar por tal norte interpretativo, inevitavelmente abre espaço ao decisionismo judicial.⁵

Por sua vez, a referência a “normas constitucionais” apresenta a contraditória opção do legislador processual pela conhecida separação das normas constitucionais entre princípios e regras. Trata-se, novamente, da influência do neoconstitucionalismo, mormente em vista do propagado “novo” marco teórico da nova interpretação constitucional.⁶

3 Sobre as diversas linhas teóricas dos direitos fundamentais e suas consequências dogmáticas, cf.: Leonardo Martins, *Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*, São Paulo, Atlas, 2012.

4 *Idem*, p. 12 s.

5 A referência aos “valores”, no contexto de uma sociedade pluralista, torna particularmente problemática a atuação judicial. Especialmente na literatura jurídica comparada, com base em sistema jusfundamental, nesse ponto, muito semelhante ao pátrio, não se logrou demonstrar uma hierarquização de valores. Caberá à decisão judicial o preenchimento de conteúdos agora insertos expressamente no texto processual, como por exemplo, “o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana” (art. 8º).

6 Luís Roberto Barroso, Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito: (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil), *Revista Eletrônica sobre a Reforma*

Essa tendência de constitucionalização do sistema processual civil, implícita na opção teórica do legislador processual a ser brevemente apresentada, implica duas observações preliminares; por um lado, a força normativa da Constituição, que se irradia por todo o ordenamento jurídico, não depende da reprodução infraconstitucional de suas normas. Uma Constituição deve ser tomada como norte interpretativo simplesmente em razão da sua superioridade hierárquica em relação às demais fontes de direito, sob pena de perder seu sentido.⁷ De outro lado, é preciso estar atento à opção do legislador adjetivo por termos jurídicos indeterminados, caracterizados por sua muito baixa densidade normativa e, assim, por fixarem às decisões judiciais limites procedimentais e relativos a ônus de fundamentação muito pouco concretos.

Dois grandes pilares do NCP: fomento de decisões de mérito e uniformização da jurisprudência

Ainda no Livro inaugural do NCP, o legislador dá destaque a dois grandes nortes para toda a sequência dos procedimentos a serem nele disciplinados.

Primeiro, visa a fortalecer o sistema processual com mecanismos que permitam a solução integral do litígio *em seu mérito*, de modo a permitir o exercício, de fato, da jurisdição esperada pelas partes, inclusive no que tange ao aspecto qualitativo do debate jurídico ali travado.

Como segundo caminho central escolhido, o legislador processual enfrenta questão há muito tratada no ordenamento jurídico brasileiro, mas ainda carente de sistematização: a necessidade de uniformização e estabilização jurisprudencial e de garantia de segurança jurídica⁸ e tratamento igualitário a demandas de

do Estado, Salvador, n. 9, pp.1-41, mar. 2007, Trimestral. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp> Em sentido contrário, cf.: Dimitri Dimoulis, *Crítica do Neoconstitucionalismo*, *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, n. 22, pp.179-203, jan. 2012 e Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”, *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, pp. 1-19, jan. 2009, Trimestral. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>

7 Dimitri Dimoulis, *Crítica do Neoconstitucionalismo*, *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, n. 22, jan. 2012, p. 182 s.

8 A relação entre segurança jurídica e estabilidade deve ser tomada como requisito indispensável à interpretação e aplicação do direito em Estados qualificados como “Estados de Direito”. A aplicação da legislação e a produção judicial demandam necessariamente continuidade e previsibilidade como elementos norteadores dos comportamentos dos cidadãos, de modo a lhes permitir conhecer não somente os efeitos de seus atos, mas também como podem o Estado e terceiros diante deles reagir. Destacando, nesse sentido, os elementos

massa. O legislador optou, em geral, pela positivação de institutos característicos do sistema de *Common Law*. Porém, valeu-se de um instituto inspirado na legislação processual germânica, qual seja, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).⁹

Em si, esses dois pilares consubstanciam propósitos legislativos que podem e devem ser saudados e *prima vista* são condizentes com os parâmetros constitucionais. Resta, todavia, investigar sua especial configuração para se viabilizar, ao cabo, o controle de sua constitucionalidade.

A elevação qualitativa do debate: simplificação e agilização do procedimento para soluções de mérito

Para que o foco de todos os sujeitos envolvidos no processo, principalmente do julgador, seja o direito material e a solução do mérito da demanda, o NCPC racionalizou e agilizou procedimentos na expectativa de que, assim, pudesse se elevar a qualidade do debate. O processo não é um fim em si mesmo. Nesse sentido, o legislador processual aprimorou e simplificou a estrutura orgânica do Código e eliminou entraves que representavam um *excesso processual*.¹⁰

Respeitado o contraditório para qualquer decisão a ser tomada em juízo (art. 10), da leitura de alguns dispositivos da nova legislação se depreende uma orientação dada ao magistrado para que procure, na máxima medida do possível e do razoável, sanear questões meramente processuais e debruçar-se sobre as questões de mérito, entregando satisfatoriamente a jurisdição às partes envolvidas. Por exemplo, o art. 317 impõe ao juiz o dever de, constatada a presença de vício de natureza processual, conceder à parte oportunidade para saná-lo antes da extinção do feito sem a resolução do mérito.

No mesmo sentido da simplificação, o NCPC reduziu as hipóteses de intervenção de terceiros às da denúncia da lide e do chamamento ao processo (art. 121-132). Passou a admitir que alguns procedimentos sejam realizados nos

caracterizadores do direito fundamental à segurança jurídica, cf.: Luiz Guilherme Marinoni, *El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica*, *Revista Ius Et Praxis*, Talca, v. 18, n. 1, p. 251, 2012.

9 Sobre o chamado *Musterverfahren* (na expressão alemã em uma tradução literal: “procedimento-modelo”), cf.: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues, Reflexões sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no Projeto de Novo Código de Processo Civil, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 211, pp. 191-207, set. 2012.

10 Tendo em vista não ser este o principal objetivo do presente estudo, para maiores detalhes acerca destas inovações cf. Arruda Alvim, Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 48, n. 190, pp. 35-48, abr.-jun./2011.

próprios autos, evitando-se autos apartados, tais como a impugnação ao valor da causa, o pedido contraposto – que substitui a reconvenção – e as exceções de impedimento ou suspeição.

Trata-se, em tais casos, apenas de alguns exemplos do novo modelo legislativo-processual sancionado em 2015. Respeitando-se a relevância dos ritos e procedimentos, espera-se que seja concretizada, no processo civil, sua finalidade precípua de viabilizar uma atividade jurisdicional satisfativa (e satisfatória), com a solução integral do mérito.

O regime jurídico para o processamento e julgamento de demandas repetitivas: segurança jurídica, igualdade e um sistema brasileiro de precedentes

Espalhada por diversos dispositivos ao longo de todo o sistema traçado pelo NCPC está a que se entende ser a segunda grande baliza adotada pelo legislador processual: a criação de um regime jurídico que, alicerçado na necessidade de se promover a segurança jurídica e isonomia, estrutura o processamento de demandas repetitivas a fim de garantir a estabilidade e a integridade da jurisprudência produzida no país. Já na fase da discussão sobre o Projeto-Lei aparecem referências estruturais ao sistema da *Common Law*,¹¹ com destaque para as tentativas de solidificar a referência aos precedentes e a estimular sua formação.

São deveres dos tribunais (art. 926 CPC) a uniformização de sua jurisprudência e a manutenção da sua estabilidade, integridade e coerência. Com vistas ao cumprimento desses deveres, os tribunais ficam autorizados a editar súmulas (art. 926, § 1º) e a lançar mão de instrumentos vocacionados à formação de orientações jurisprudenciais similares a precedentes, como é o caso do regime jurídico para o julgamento de demandas repetitivas – recursos extraordinários e especiais repetitivos e o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Os entendimentos formados no contexto desse regime jurídico devem ser observados pelos juízes e tribunais, sob pena de se considerar não fundamentada a decisão judicial (art. 489, § 1º). Esse dever judicial implica certo vínculo a entendimentos firmados em Cortes superiores e representa ponto de aproximação

11 Para uma abordagem detalhada acerca da diferenciação crítica entre precedente e jurisprudência, cf.: Michele Taruffo, *Precedente e jurisprudência*, Trad. Chiara de Tefé, Civilistica.com, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014, Trimestral. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>. Na obra citada, foram trazidas informações completas sobre as sofisticadas técnicas argumentativas desenvolvidas em sistemas de *Common Law*. Dentre as quais, destacam-se o *distinguishing* e o *overruling*. No mais, demonstra-se que, nesses sistemas, o enfrentamento minucioso das circunstâncias fáticas dos casos precedentes e sucessivos é estrutura fundamental do raciocínio jurídico a ser desenvolvido pelo juiz.

do sistema brasileiro aos recursos de argumentação jurídica consolidados há séculos nos países de *Common Law*. Peculiar característica do sistema de fontes do direito dos países que adotaram a *Common Law* é, sabidamente, a referência aos precedentes, dotados de força normativo-vinculante,¹² e, em decorrência disso, a construção de alguns instrumentos jurídico-argumentativos para a garantia da segurança e estabilidade dos entendimentos lá e então consolidados. De fato, a força e solidez do precedente, tal como estruturado nos sistemas *Common Law*, parecem derivar justamente da construção paulatina de mecanismos que impõem ao julgador o dever de percorrer um longo e minucioso caminho argumentativo, seja para justificar a aplicação da *ratio decidendi* (do precedente em sentido próprio), seja para comprovar que a situação em análise é distinta daquela que deu origem ao caso-padrão (*distinguishing*), ou até mesmo para formular tese que supere o precedente anteriormente consagrado (*overruling*).¹³

Esses mecanismos foram adaptados ao NCPC que, além de trazer um Capítulo com normas gerais regulamentadoras da formação de precedentes (Capítulo I, do Título I, do Livro III), também tornou claro o dever do julgador de demonstrar as razões pelas quais decidiu por sua aplicação (art. 489, § 1º, V), bem como de justificar os motivos pelos quais deixou de segui-lo (art. 489, § 1º, VI). Tais inovações legislativas foram criticadas por alguns estudiosos¹⁴ que ressaltam, com razão, que não basta a introdução do sistema de precedentes para que os graves e, no Brasil, já tradicionais¹⁵ problemas de insegurança jurídica e excesso

12 Michele Taruffo (*idem*), nas páginas 7 e 8 lembra que a força normativo-vinculante dos precedentes da *Common Law* não importa uma imediata e inafastável obrigação de acompanhamento do precedente, mas significa que o afastamento de sua aplicação terá como premissa a adoção de sofisticadas técnicas interpretativas quando o juiz considerar oportuna a sua não observância. Como destaca Luiz Guilherme Marinoni, El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica, *Revista Ius Et Praxis*, Talca, v. 18, n. 1, 2012, o atributo da força normativa assegurada aos precedentes, nos países que adotam o sistema de *Common Law*, liga-se essencialmente ao direito do cidadão à previsibilidade das consequências de suas condutas, especificamente no tocante às suas repercussões jurídicas. Seu caráter normativo garante, desse modo, a estabilidade do ordenamento jurídico e a produção das decisões judiciais previsíveis.

13 Para aprofundamento acerca da distinção entre as técnicas de interpretação utilizadas nos sistemas de *Common Law*, cf.: David Strauss, *Common Law Constitutional Interpretation*, *The University Of Chicago Law Review*, Chicago, v. 63, n. 3, pp. 877-935, 1996.

14 Nesse sentido, cf.: Nelson Nery Junior e Georges Abboud, *Stare decisis vs. direito jurisprudencial*, em Freire, Alexandre *et al* (org.), *Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*, Salvador, Juspodivm, 2013, p. 483-512.

15 Leonardo Martins, *Questões constitucionais na ordem processual: entre a repercussão geral e a tutela de direitos fundamentais individuais*, *Espaço Jurídico Journal of Law – EJJL*, 20(1), p. 32, 2019

de demandas judiciais sejam solucionados. Isto porque nos países de tradição anglo-saxônica o respeito ao precedente é fruto de longa construção cultural e não foi posto por ato legislativo. Este último *procedere*, com vistas a normatizar o sistema de precedentes no nosso ordenamento e no afã de gerar maior isonomia e celeridade processual, pode redundar em violações de direitos fundamentais da categoria das garantias fundamentais (processuais), a seguir tematizadas.

Também nesse contexto de estabilidade e uniformidade de decisões, como corolário da segurança jurídica e garantia de tratamento isonômico, o legislador processual praticamente¹⁶ importou um instituto estrangeiro em prol da solução do fenômeno da litigiosidade em massa – demandas repetitivas caracterizadas pelo mesmo fundamento jurídico da causa de pedir. Trata-se do aludido “*Musterverfahren*”¹⁷, inequívoca inspiração do IRDR. Devem ser, a seguir, perscrutados os efeitos de sua adoção, com adaptações, no sistema jurídico brasileiro, principalmente quanto ao respeito à garantia constitucional (direito fundamental) ao contraditório do art. 5º, LV CF.

O PROCEDIMENTO-MODELO ALEMÃO E SUA INCORPORAÇÃO AO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

É notório o esforço do legislador para enfrentar a tormentosa problemática do melhor tratamento a ser dado às demandas de natureza repetitiva. Esse esforço é imprescindível, mais ainda quando se verifica que tais demandas repetitivas sobrecarregam o Judiciário brasileiro, provocam sérios entraves à efetivação do direito fundamental à prestação jurisdicional célere e tangenciam questões tênues como a garantia de segurança jurídica e o tratamento isonômico a ser dado aos litigantes. De fato, os instrumentos processuais criados por força de tais circunstâncias reforçam a necessidade de um regime jurídico processual não mais arraigado, apenas e tão somente, na veiculação de pretensões individuais.¹⁸

16 Analisa em detalhe as características do procedimento-modelo alemão, inspiração para o IRDR, conforme expressa remissão feita na Exposição de Motivos do Novo Código de Processo Civil: Cabral, 2007. Comparando as características da importação do instituto para o ordenamento jurídico brasileiro: Gláucio Maciel Gonçalves; Victor Barbosa Dutra, Apontamentos sobre o novo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Código de Processo Civil de 2015, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 208, a. 52, pp. 189-202, out./dez. 2015.

17 Na expressão alemã, em uma tradução literal: “procedimento-modelo”, cf.: a seguir no texto.

18 Nesse sentido, cf.: Cunha (2009).

O apelo à impressão de tratamento isonômico para demandas individuais que tenham fundamento em tese jurídica semelhante foi, então, o mote para a importação do procedimento-modelo alemão pela nova legislação processual civil. Ocorre que, como deverá restar assentado após a apresentação das principais características do modelo, na adaptação brasileira ínsita ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) foram acrescentados aspectos que têm o condão de comprometer a constitucionalidade de algumas previsões normativas específicas, como a que estende seus efeitos a processos futuros (art. 985, I).

Da inspiração¹⁹ à importação: principais características do *Musterverfahren* e sua adaptação ao processo civil brasileiro

Na linha do desenvolvimento de instrumentos de tutela coletiva, em 16/08/2005 foi criado na Alemanha um procedimento-modelo (*Musterverfahren*) com objeto de aplicação bastante restrito:²⁰ disciplina especificamente demandas judiciais ligadas ao mercado de capitais e o faz apenas por prazo determinado.²¹ A estrutura desse procedimento permite perceber que sua finalidade é possibilitar a existência de uma instância coletiva de decisões para questões comuns a processos individuais envolvidos na temática do mercado de capitais. Tais questões

19 A Exposição de Motivos do Anteprojeto do NCPC esclarece, expressamente, sua fonte inspiradora: “Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta”. Cf. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1>

20 Antônio do Passo Cabral, O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas, *Revista de Processo*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 32, n. 147, p. 131, maio 2007. Também esclarecendo as principais características do procedimento-modelo alemão, cf.: Dierle Nunes; Rafael Dilly Patrus, Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas brasileiro, em Alexandre Freire *et al* (org.), *Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*, Salvador, Juspodivm, pp. 469-481, 2013.

21 O legislador alemão optou por uma introdução paulatina do instituto no ordenamento jurídico, fixando de antemão intervalos de aplicação ao fim dos quais será feita uma avaliação pela incorporação do instituto em caráter definitivo no processo civil alemão. Nesse sentido, cf.: Caroline Cláudio Rezende, O contraditório (ou a sua ausência) no *Musterverfahren* brasileiro, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, a. 8, v. XIII, p. 113, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://www.redp.com.br> “Atualmente, ele se encontra no terceiro momento de aplicação (2005 a 2009; 2009 a 2012; 2012 a 2020). Portanto, em 2020 será avaliado pela introdução do instituto de modo definitivo no processo civil alemão”.

comuns, estabelecidas pelo juiz do processo individual e construídas com a influência argumentativa de todos os interessados, quando definitivamente solucionadas pelo tribunal regional competente, serão então adotadas em todos os processos judiciais iniciados durante o trâmite do *Musterverfahren*.

Assim, as principais linhas do Procedimento-Modelo alemão revelam que o IRDR se distanciou de seu modelo. Sua primeira peculiaridade está na delimitação de sua hipótese de aplicação, pois o instituto lá ficou reservado à salvaguarda dos investidores de mercado de capitais, especificamente: a pretensões a prováveis indenizações por danos oriundos da divulgação de informações públicas do mercado de capitais que se revelarem falsas ou enganosas. Uma segunda hipótese de aplicação, igualmente bem restrita, é a motivada pelo obrigatório cumprimento de contrato baseado em oferta regida pela lei de valores mobiliários e aquisições de empresas.²² Trata-se, portanto, de situação substancialmente diversa da contemplada no procedimento brasileiro, em que o incidente é extensível a qualquer questão de direito material ou processual de natureza constitucional ou infraconstitucional. Em verdade, pelo IRDR admite-se que Cortes estaduais e federais regionais e, destarte, não apenas as Cortes superiores constitucionalmente competentes à apreciação de questões estritamente jurídico-legais e constitucionais, fixem entendimentos para a resolução de demandas repetitivas, inclusive com efeitos *erga omnes*.²³ Isso já é questionável quando se considera que se está no nível do segundo grau de jurisdição, i.e., em grau de recurso de apelação, no qual, além da interpretação e aplicação do direito federal e constitucional, ainda podem ser discutidas e avaliadas as provas produzidas pelas partes.²⁴

No mais, em respeito à construção da doutrina dos precedentes,²⁵ o *Musterverfahren* estabelece como sendo sua finalidade a fixação de posicionamento

22 Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues, As ações teste na Alemanha e na Inglaterra, e a legislação brasileira projetada, *Revista da Advocacia-Geral da União*, Brasília, v. 11, n. 32, p. 248, abr./jun., 2012.

23 Nos tópicos seguintes, será aprofundado especificamente o enfoque da possível violação ao princípio do contraditório pela norma processual inserta no art. 985, II CPC.

24 O sistema recursal estabelecido tanto no revogado (de 1973) quanto no vigente código processual civil permite, em sede de Recurso de Apelação ao Tribunal de Justiça Estadual e ao Tribunal Regional Federal, a discussão, análise e reanálise de questões ainda relativas às provas produzidas pelas partes. É nesse contexto que o IRDR, inovação do novo Código de Processo Civil, permite a criação de tese jurídica a ser aplicada com efeitos prospectivos em instância na qual as questões fáticas podem sequer estar estabilizadas.

25 No estudo elaborado por Taruffo (2014), a aplicação de um precedente, nos termos da secular orientação firmada em sistemas de *Common Law*, tem como estrutura qualitativa fundamental a comparação analógica dos fatos e, como bem esclarece: “não se compreende

sobre supostos fáticos e jurídicos,²⁶ mas não tão somente sobre questões de direito, como é o caso do incidente processual brasileiro em pauta. Com efeito, a previsão contida no art. 976, I CPC, ao determinar que somente será cabível o incidente naquelas situações em que a repetição da controvérsia se der unicamente quanto a questões de direito, abre à atividade judicial a indesejada possibilidade de afastar-se da necessária correlação entre fato e direito no juízo cognitivo, tornando potencialmente superficial a decisão.²⁷

Formulado o pedido de instalação do *Musterverfahren* perante o juízo de origem, serão fixados os pontos fáticos e jurídicos que dele serão objeto, devendo a parte apontar os meios de prova que pretende utilizar, bem como justificar a repercussão extraprocessual de seu pedido.²⁸ Em sendo o requerimento admitido, será então publicado em um cadastro eletrônico público. Uma vez procedida tal publicação, aguardar-se-á um período de quatro meses, durante o qual outros nove requerimentos no mesmo sentido deverão ser protocolados, sob pena de não ser aceito o primeiro.²⁹ Essa previsão visa a garantir que haja mínima segurança quanto ao fato do caráter abrangente do incidente.

Aceito o incidente, a norma alemã prevê que seja encaminhado ao tribunal regional correspondente. Consequentemente, todos os processos que tenham correspondência fática e jurídica com o requerimento serão suspensos até seu

o precedente se a interpretação da norma em que nele foi aplicada não venha diretamente Relacionada com a hipótese concreta que foi decidida”. Michele Taruffo, *Precedente e jurisprudência*, Trad. Chiara de Teffé, Civilistica.com, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, p. 2, jul.-dez./2014. Trimestral. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>

26 Antônio do Passo Cabral, O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas, *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 32, n. 147, p. 132, maio 2007.

27 *Idem*, p.133. Com razão argumenta que “se na atividade de cognição judicial, fato e direito estão indissociavelmente imbricados, a abstração excessiva das questões jurídicas referentes às pretensões individuais poderia apontar para um artificialismo da decisão, o que não ocorre aqui, com a vantagem de evitar as críticas aos processos-teste”. De fato, o caso concreto selecionado, entre tantos outros, para ser o procedimento paradigma poderá conter singularidades fáticas que não existam nos demais casos, nos quais o resultado do incidente será aplicado. Não obstante, tais circunstâncias fáticas podem influenciar, de algum modo, na construção da argumentação jurídica adotada na fixação da tese estabelecida pela via do incidente.

28 Nesse sentido, cf.: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Ações coletivas e meio de resolução coletiva de conflitos no Direito comparado e nacional, 3ª ed., São Paulo, *Revista dos Tribunais*, p. 123, 2012.

29 Antônio do Passo Cabral, O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas, *Revista de Processo*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 32, n. 147, pp. 133-134, maio 2007.

juízo final. Nesse momento serão escolhidas as partes (autor, réu e respectivos advogados) que atuarão como líderes na interlocução entre as demais partes interessadas e o tribunal. Todos os demais interessados que não foram escolhidos para atuar como interlocutores poderão integrar os argumentos formulados por seu *porta-voz* e acrescentar quaisquer elementos que entendam relevantes para a formação da convicção judicial.³⁰

Há uma preocupação do legislador alemão em assegurar o amplo exercício do contraditório por parte de todos aqueles que serão atingidos pela tese a ser fixada no Procedimento-Modelo. A eles é assegurada a possibilidade de efetivamente influenciar na construção argumentativa ali formulada e, apesar de não eleitos para a atuação *principal*, poderão lançar mão de qualquer meio lícito de prova, inclusive solicitar a inclusão de questões fáticas ou jurídicas no incidente, a fim de robustecer sua defesa. Ademais, quem ingressar na lide já instaurada a ela irá aderir no estado em que se encontrar; não obstante, restam assegurados sua participação e poder de influência sobre o mérito.³¹

No contexto alemão, o interveniente pode requerer, inclusive, sua exclusão dos efeitos vinculativos do incidente, caso logre comprovar que, diante do estágio avançado em que se encontrava o Procedimento-Modelo, não lhe fora possível efetivamente participar e contribuir para a formação da cognição judicial.

Restando consolidada a participação de todos os interessados na construção da argumentação jurídica, que permeia todo o incidente, o tribunal seguirá para o mérito, fixando a tese que decidirá as questões fáticas e jurídicas ali postas. Dessa decisão caberá recurso, com requisitos específicos e fundamentação vinculada.³²

Por fim, o *Musterverfahren* aplica-se apenas aos processos já ajuizados no momento da decisão coletiva sobre o incidente. Tal previsão revela a preocupação do legislador alemão em estender os efeitos de uma tese assim consolidada tão somente àqueles que, efetivamente, tiveram a oportunidade de contraditá-la. Em outras palavras: os efeitos recaem somente sobre aqueles que tiveram a oportunidade de influir de fato, e de verdadeiramente participar da construção da referida tese, tendo em vista uma constante dialética, que inclui a possibilidade de preservar a associação do direito às circunstâncias de peculiaridade de cada caso concreto.

30 Cf.: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, *Ações coletivas e meio de resolução coletiva de conflitos no Direito comparado e nacional*, 3ª ed., São Paulo, *Revista dos Tribunais*, pp. 125-127, 2012.; Cabral (2007: 135).

31 Antônio do Passo Cabral, *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*, *Revista de Processo*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 32, n. 147, pp. 136/137, maio 2007.

32 *Idem*, pp. 142-143.

O *Musterverfahren*, seus efeitos e a proteção ao direito fundamental ao contraditório: a lição não assimilada no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Definida, então, a tese-modelo, cada magistrado que tiver sob a sua jurisdição ações com decisão definitiva suspensa em razão do aguardo da solução do incidente deverá, verificada a compatibilidade fática do caso concreto, aplicá-la e julgar também as demais questões que envolvam a demanda individual.

Nesse ponto, observa-se que a aplicação dos fundamentos determinantes da decisão construída no *Musterverfahren* deverá, antes de tudo, ser precedida de uma verificação da adequação fática do caso individual ao contexto fático do incidente. Isso somente é possível porque o Procedimento-Modelo alemão tem como objeto questões fáticas e jurídicas que envolvam os casos em análise. Desse modo, torna-se possível evitar eventuais dissociações entre os contextos fáticos do caso particular e da demanda coletiva e, assim, respeitar a sólida construção de um precedente.

O marco temporal para a aplicação da tese resultante do incidente alemão é o *momento da decisão do tribunal*.³³ Apenas aos processos que até então haviam sido ajuizados – e nos quais, portanto, fora garantida às partes a efetiva possibilidade de exercício do contraditório e de influência na formação da cognição jurídica – será aplicada a tese-modelo.

Não há, nessa conjuntura, uma ruptura autoritária com a vontade individual e com o princípio do dispositivo. Pelo contrário: o sistema alemão esforça-se para tornar sempre possível a intervenção e participação de todos os interessados durante a edificação da decisão judicial. No mais, respeita-se aqueles que não puderam atuar por não terem adquirido o *status* de intervenientes, apenas porque suas eventuais demandas não tinham sido ajuizadas até o momento da fixação da tese e, assim sendo, não puderam influenciar na formação de entendimento jurídico que lhes seria aplicado.

O NCPC segue no sentido oposto a tal estrutura de preservação da garantia fundamental ao contraditório durante e depois da formação da tese-modelo. De um lado, garante uma apenas superficial oitiva das partes e dos interessados na fase anterior ao julgamento, destinada à elaboração de todos os argumentos jurídicos a serem considerados no momento do deslinde do incidente (art. 983). Todavia, por conta dessa frágil e superficial garantia de oitiva sustentou-se, na literatura especializada, estar presente uma suficiência da observância ao contraditório,³⁴ o

33 *Idem*, p. 139.

34 Caroline Cláudio Rezende, O contraditório (ou a sua ausência) no *Musterverfahren* brasileiro, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, a. 8, v. XIII, p. 113, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://www.redp.com.br>

que apenas faz algum sentido em face dos jurisdicionados que já integravam a lide e que, portanto, puderam apresentar os argumentos que entenderam cabíveis e necessários a suas defesas.

Mais grave é que o NCPC determina que a tese jurídica que foi fruto do julgamento do incidente será aplicada “aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal” (art. 985, II). Assim, o entendimento então firmado alcançará indivíduos que ajuizaram suas demandas após a consolidação da tese jurídica, mas que, em nenhum momento, tiveram oportunidade de apresentar seus argumentos jurídicos e de influenciar na formação da decisão judicial que se lhes será aplicada.

A APLICAÇÃO PROSPECTIVA DA TESE JURÍDICA FIRMADA NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: EXAME DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 985, II CPC

Pelo retro exposto, resta claro que o modelo do *Musterverfahren* não foi seguido pelo legislador pátrio. Ao fixar os efeitos do julgamento que firma a tese jurídica via Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o art. 985 CPC estabelece que a referida tese será aplicada a todos os processos *que tramitem* na área de jurisdição do respectivo tribunal e que versem sobre idêntica questão *de direito* (inc. I); que ela será estendida a casos futuros que, do mesmo modo, versem sobre igual questão *de direito* e que venham a tramitar no território de competência do tribunal em que foi elaborada (inc. II).

Ao se considerar a possibilidade de que o mérito do incidente seja objeto de recurso interposto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 987), a depender da natureza da matéria nele tratada, pode ser que tese jurídica firmada em um único incidente seja aplicada em todo o território nacional e a todos os processos, individuais ou coletivos, que tratem da mesma questão de direito. Isso ocorre mesmo que a decisão seja tomada em âmbito de um único tribunal estadual e sem a necessária correlação lógica dos aspectos fáticos da lide.

A questão que aqui se coloca é a de perscrutar se, em sendo aplicada a tese jurídica a casos futuros, seria violado o direito fundamental ao contraditório daqueles indivíduos que ajuizaram suas demandas após a fixação da tese e que, portanto, não tiveram a oportunidade de influenciar na cognição jurídica.

O direito fundamental ao contraditório: área de proteção da norma paradigma e as limitações constitucionais admissíveis

A ideia de justa organização da Justiça no Estado Constitucional é inseparável do direito fundamental ao contraditório, previsto no art. 5º, LV CF. Todos os que, por decisão judicial ou administrativa, forem afetados, segundo seu entendimento (afirmadamente), em sua esfera jurídica, têm direito ao contraditório que, do ponto de vista inicialmente elementar, se caracteriza pelo binômio ação-reação.³⁵

No entanto, a contemporânea literatura jurídica tem derivado da garantia constitucional do contraditório mais do que a simples possibilidade de reação ao conhecimento de determinado conteúdo decisório: não mais interessa ao Estado Constitucional que à parte seja garantido apenas o direito de reagir, em um viés do contraditório cujos titulares do direito seriam tão somente as partes litigantes.

Faz parte da área de proteção do direito fundamental ao contraditório a garantia aos envolvidos do direito de influenciar nos rumos do processo; e de *efetivamente* participar da construção lógico-argumentativa por meio da qual o órgão jurisdicional chegou à decisão final.³⁶ Tendo em vista esse escopo, defende-se que não mais se deve restringir a titularidade ou exercício do contraditório aos litigantes do processo, uma vez que, tendo em vista a argumentação jurídica que envolva o desenrolar processual, o juiz também deve a ele se submeter,³⁷ levando em consideração todos os argumentos levantados pelas partes, não apenas como forma de tomar conhecimento das razões ali enumeradas, mas também considerando-as profunda e detidamente.³⁸

35 Ingo Wolfgang Sarlet; Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero, *Curso de Direito Constitucional*, 3ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 735, 2014.

36 É o que Antônio do Passo Cabral, em O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas, *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 32, n. 147, maio 2007, denomina literalmente de “direito de influência”. Também nesse sentido, cf.: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Comentário ao artigo 5º, LV, em Canotilho, J. J. Gomes; Mendes, Gilmar; Sarlet, Ingo Wolfgang; Streck, Lênio Luiz. (coord.), *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva/Almedina, p. 433, 2013.

37 Nesse sentido, cf.: Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, pp. 87-103, 2009.

38 O destaque dado ao papel a ser desempenhado pelo magistrado em respeito ao princípio do contraditório é tratado especialmente por Dierle Nunes, *Novo CPC: Fundamentar decisões judiciais com amplitude e profundidade é cada vez mais necessário*, *Justificando*, 23 out. 2014. Disponível em: <http://www.justificando.com/2014/10/23/fundamentar-decisoes-judiciais-com-amplitude-e-profundidade-e-cada-vez-mais-necessario/>. Vide também Dierle Nunes, O princípio do contraditório, *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, v. 5, n. 29, pp. 73-85, maio-jun.2004

Conseqüentemente, as manifestações judiciais que de qualquer modo tangenciem direito dos litigantes somente serão constitucionais em face do parâmetro do art. 5º, LV CF quando precedidas de oportunidade a elas concedidas para debater-las. Só então estará o juízo em circunstância ideal para séria e pontualmente debruçar-se sobre a lide.³⁹ Essa fórmula não somente evita que as partes sejam surpreendidas, mas também assegura a certeza de que poderão sempre integrar argumentos ao processo para influenciar na formação da decisão contra si prolatada, mesmo que não se trate de manifestação judicial definitiva.⁴⁰ Destarte, os órgãos estatais jurídicos ou administrativos têm o dever de consultar as partes quanto a todas as questões fáticas ou jurídicas sobre as quais pretendam manifestar-se de forma definitiva, mesmo que sobre elas apenas parem dúvidas ou detalhes a serem melhor esclarecidos. Há, de fato, um interesse público alçado a direito constitucionalmente garantido de que todos os cidadãos saibam que contra eles não se formará decisão estatal – jurídica ou administrativa – sem que lhes seja concedida oportunidade de manifestação e tomada de influência. Que esse direito tenha o condão de promover e enriquecer as discussões jurídicas sobre interpretação e aplicação do direito vigente diante da sempre possível integração de novos elementos e argumentos ao contexto de discussão, não é problemático. Dependará, todavia, como sempre, de seu manejo pelos destinatários da norma.

Definido o conteúdo da norma constitucional paradigma inserta no art. 5º, LV CF, cabe analisar a existência de autorização constitucional para eventuais limitações ao exercício do direito fundamental ao contraditório.

Primeiro: o tipo-normativo constitucional em análise não concede ao legislador ordinário a possibilidade de qualquer limitação ao exercício do contraditório. Da leitura do art. 5º, LV CF, não se pode extrair qualquer autorização *prima facie* para que o legislador ou o órgão julgador, em instância administrativa ou judicial, profira decisão contra qualquer dos litigantes sem a observância do contraditório. Do mesmo modo, em leitura sistêmica do texto constitucional, precipuamente do Título que encerra os direitos e garantias fundamentais, não há qualquer previsão de limites ao contraditório. Porém, isso não surpreende, tendo em vista que se trata de um direito fundamental de marca normativa,

39 Ingo Wolfgang Sarlet; Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidieiro, em *Curso de Direito Constitucional*, 3ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p.736, 2014, reforçam que “a regra está em que todas as decisões definitivas do juízo se apoiem tão somente em questões previamente debatidas pelas partes, isto é: sobre matéria previamente debatida pelas partes”.

40 Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Comentário ao artigo 5º, LV, em Canotilho, J. J. Gomes; Mendes, Gilmar; Sarlet, Ingo Wolfgang; Streck, Lênio Luiz. (coord.), *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva/Almedina, p. 433, 2013.

categoria em que há, em tese, uma abertura maior à discricionariedade configuradora do legislador quando comparado a direitos fundamentais de conteúdo comportamental.

Assim, como se trata, nesse sentido, de direito sujeito à conformação da legislação processual,⁴¹ pode o legislador estabelecer o momento e a forma de seu exercício. Por exemplo, as regulamentações dos prazos e as formas, além de os momentos de preclusão temporal ou consumativa, fazem parte notoriamente da margem de ação discricionária do legislador. De resto, como já admitem tanto a jurisprudência quanto a literatura jurídica especializada diante da necessidade de harmonização do contraditório com os demais direitos fundamentais relacionados ao processo justo, há *modelos diferenciados* de exercício que devem ser avaliados quanto a participarem ou não da referida margem discricionária de conformação.⁴² Aparentemente, advoga-se, em princípio, na literatura especializada, pelo seu enquadramento na figura da conformação, ao lado do direito à tutela estatal administrativa ou jurisdicional adequada e efetiva.

Todavia, não pode ser considerada constitucional qualquer medida estatal que esvazie o contraditório. Mesmo os citados *modelos diferenciados* não retiram do litigante o conteúdo mínimo do direito caracterizado pela possibilidade de, efetivamente, participar da relação dialógica do processo e de influenciar na construção lógico-argumentativa da decisão a ser contra ele prolatada. Nos casos de contraditório *diferido*, ou seja, nas hipóteses em que há decisão judicial provisória anterior à manifestação da parte contrária, após a análise precária da

41 Direitos fundamentais sujeitos à conformação pelo legislador, segundo DIMOULIS e MARTINS (2018, pp. 177-180), são aqueles previstos em conteúdo evidentemente muito abstrato ou genérico. Em tais casos, caberá à lei infraconstitucional esclarecer seu conteúdo e sua função, como ocorre com o direito fundamental ao contraditório. Para o desempenho dessa função conformadora, o Estado potencialmente intervém na área de proteção do direito fundamental; intervenção esta que, quando da verificação de sua constitucionalidade, poderá ser considerada justificada ou não.

42 Como metodologicamente esclarecem Sarlet; Marinoni e Mididiero (2014, p. 738), a realização do contraditório pode se dar de modos diferenciados no processo. Pode-se admitir, por exemplo, um contraditório diferido, diante da necessidade de adequação e efetividade da tutela jurisdicional. Nessa hipótese, a concessão de tutela antecipada *inaudita altera parte* justifica-se em razão de situações de notória urgência e possibilidade de perecimento de um direito. Em sendo assim, o contraditório deverá ser exercido somente após um juízo de cognição provisória e reversível. Também se admite um contraditório eventual, em que certa questão a ser discutida estará reservada a procedimento diferenciado e eventual. Ou seja, diante da natureza do direito a ser protegido – como no caso de ações de natureza possessória – caso o interessado deseje ampliar ou exaurir a cognição, deverá fazê-lo em outro processo. Aqui, do mesmo modo, não se está a vedar ou impossibilitar o contraditório, mas apenas será ele deslocado a um ambiente processual idôneo ao seu propósito normativo.

alegação de urgência, por exemplo, o litigante poderá trazer aos autos todos os elementos integrativos que entender devidos, em momentos de contestação ou recurso da decisão concessiva da tutela antecipada. O mesmo acontece também no contraditório eventual, pelo qual resta à disposição do litigante o uso do instrumento processual adequado sempre que se desejar ampliar ou exaurir cognição sobre a qual queira integrar argumentos ao debate.

Mas toda medida estatal que de algum modo restringir o contraditório deverá ser constitucionalmente justificada.⁴³ São aqui trazidas à pauta as medidas estatais que *restringam* o direito fundamental, uma vez que eventuais medidas que anulem totalmente seu exercício não encontrarão nenhum respaldo no texto constitucional.

Constitucionalidade do art. 985, II CPC em face do direito fundamental ao contraditório (art. 5º, LV CF)

O art. 985 estabelece os efeitos do julgamento do IRDR. Segundo ele, julgado o incidente e fixada a tese a ser aplicada para idênticas questões de *direito*, será ela utilizada para o julgamento de todos os demais processos individuais ou coletivos que tramitarem na área de jurisdição do respectivo tribunal (art. 985, I). Assim, em princípio, todas as ações ajuizadas até o momento da fixação da tese jurídica via incidente terão o mesmo resultado.

Esse primeiro efeito assemelha-se à consequência atribuída ao julgamento do Procedimento-Modelo alemão (*Musterverfahren*), uma vez que a coisa julgada formada no IRDR atinge *a priori* aqueles litigantes que já haviam ajuizado suas ações naquele momento. Mais importante: atinge os litigantes que puderam participar do debate ali travado e integrar seus argumentos, na medida de seus interesses, para influenciar na construção da cognição judicial. Essa participação resta garantida em fase anterior ao início do julgamento do incidente, conforme dispõe o art. 983.

Entretanto, como aludido, o art. 985 não prevê a aplicação da tese jurídica firmada no IRDR somente para processos já ajuizados e nos quais as partes tiveram a oportunidade de exercer o contraditório. Em seu segundo inciso, o dispositivo em pauta estabelece que o entendimento consolidado no julgamento do incidente processual será também aplicado “a casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal”.

43 A respeito da necessidade de justificção constitucional da intervenção estatal, cf.: Dimoulis e Martins (2018, pp. 174-177).

A regra insculpida no art. 985, II CPC implica uma intervenção estatal na área de proteção do direito fundamental ao contraditório. Isto porque, ao determinar a aplicação prospectiva da tese jurídica originada de incidente processual julgado antes do ajuizamento de novas demandas, impede os novos litigantes, que promoveram suas ações após o encerramento do IRDR, de exercerem o contraditório, contemporaneamente entendido como o poder de influenciar e de, *efetivamente*, participar e integrar argumentos que deverão ser considerados pelo julgador, no momento de decisão a ser em face deles tomada.

Como já retro definido, o parâmetro de controle de constitucionalidade da norma em tela é o art. 5º, LV CF, que consagra o direito fundamental ao contraditório, especificamente, como aludido, uma garantia processual que assegura, além do direito ao conhecimento, o direito de concretamente poder influenciar no julgamento da lide.

Ao prever a aplicação da tese jurídica formada no IRDR a casos futuros, o legislador processual intervém no direito fundamental ao contraditório, especial e intensamente daqueles indivíduos que, por haverem provocado a manifestação estatal após o julgamento do incidente, não poderão agregar àquela cognição judicial os argumentos que considerarem relevantes à resolução da lide, e que, potencialmente, influenciariam nos rumos ali tomados. Questiona-se, então, se tal intervenção restaria justificada.⁴⁴

A justificação constitucional da intervenção promovida pelo art. 985, II CPC estaria presente se, em primeiro lugar, estivesse fundamentada em limite constitucional ao contraditório em razão da necessidade de sua concretização e conformação em harmonia com outros bens jurídico-constitucionais colidentes, uma vez não estar presente uma reserva legal constitucionalmente prevista.⁴⁵

Com efeito, o direito fundamental ao contraditório é previsto na Constituição Federal de modo assaz abstrato e sem *reservas legis*. Não está presente, assim, uma expressa autorização ao legislador infraconstitucional para que promova

44 Cf. novamente Dimoulis e Martins (2018, p. 177 s.): as normas de direitos fundamentais de caráter como aludido genérico e abstrato dependem do legislador ordinário para sua concretização e limitação. Essa relação complexa entre o legislador e os direitos fundamentais dá origem a um efeito recíproco, pois, se por um lado é lícito restringir a área de proteção de direitos fundamentais, por outro, é imprescindível assegurar ao máximo o direito que esteja para sofrer a intervenção. Autorizadas essas limitações pela Constituição, inclusive quando o Estado, no exercício de atividade legislativa infraconstitucional, concede forma e conteúdo a um direito fundamental abstrato e genérico, devem eles encontrar justificação constitucional.

45 Sobre esse binômio da categoria dos limites constitucionais: Dimoulis e Martins (2018: 180 ss., 191 ss.).

restrições ao seu exercício.⁴⁶ Assim, para que seja concretizado e conformado em harmonia com outros direitos fundamentais que com ele colidam,⁴⁷ como o direito à adequada e efetiva tutela jurisdicional,⁴⁸ seriam justificadas medidas legislativas que visassem potencializar seu exercício. À pauta veem o retro abordado contraditório diferido ou eventual.⁴⁹

No entanto, a tarefa de concretizar um direito fundamental tão genérico e abstrato e de conformá-lo em harmonia com outros direitos fundamentais é das mais complexas.⁵⁰ Não se justifica a limitação que não atenda critérios constitucionais a pretexto de tal concretização.

A norma prevista no art. 985, II CPC poderia representar a aplicação de um limite constitucional ao art. 5º, LV CF feita de modo também constitucionalmente justificado. Vem à tela como propósito lícito potencialmente justificador da intervenção legislativo-conformadora a necessidade de compatibilização do direito fundamental ao contraditório com outros bens jurídico-constitucionais: direito à celeridade, à segurança jurídica e à igualdade. Em tese, pode se tratar de hipótese de legítimo exercício de poder de conformação estatal mediante ato infraconstitucional em prol dos bens jurídico-constitucionais citados.

Questionável é se tal exercício esvazia ou não o exercício do contraditório. Uma resposta metodologicamente orientada deve ser pautada no critério da proporcionalidade. Proporcional seria, no caso, uma intervenção estatal que, com o propósito de promover a celeridade, a segurança jurídica e o tratamento igualitário, não impedisse o litigante de influenciar na construção jurídico-argumentativa da decisão judicial que será possivelmente contra ele aplicada de modo definitivo.

Em outros e sintéticos termos, a verificação da constitucionalidade do IRDR, tendo como parâmetro de limite recíproco ao poder do Estado legislador limitar o direito fundamental do art. 5º, LV CF, pressupõe que a intervenção legislativa

46 O art. 5º, LV CF assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o direito ao contraditório, com os meios e recursos a ele inerentes. No entanto, não traz em sua redação qualquer autorização expressa ao legislador infraconstitucional de restrição a esse direito, assim como também não estabelece claramente o conteúdo intangível desse direito.

47 As colisões estão presentes junto ao inevitável conflito entre o exercício dos direitos fundamentais e outro bem jurídico-constitucional, muitas das vezes direito fundamental de terceiro. Cf.: Dimoulis e Martins (2018, pp. 197-205).

48 Cf. em relação ao direito comparado alemão: Martins (2019, pp. 175-205).

49 Vide tópico 3.1.

50 Cf.: Dimoulis e Martins (2018, p. 177 s.).

implícita no art. 985, II CPC, em si lícita, servisse exclusivamente a fins lícitos e representasse um meio adequado e necessário.

Os propósitos da intervenção legislativa podem ser reunidos como retro verificado no trinômio celeridade, segurança jurídica e igualdade, ameaçado, segundo os motivos legislativos, diante do contemporâneo fenômeno da massificação das demandas repetitivas. Os milhares de ações ajuizadas demandam aprimoramento legislativo para julgamentos rápidos e que atribuam a mesma solução a casos idênticos, em atenção à segurança jurídica e ao tratamento igualitário, que deve ser dado aos litigantes de modo geral. Não há dúvidas de se tratar de um propósito lícito e previsto, inclusive, no rol de direitos fundamentais trazidos pela Constituição Federal.⁵¹

Também não é problemática em absoluto a licitude do meio de intervenção em si. A tarefa de concretizar direito fundamental tão abstrato e de conformá-lo em relação a outros direitos constitucionais, viabilizando seu exercício, carece justamente de medidas de natureza legislativa, principalmente porque a inação legislativa implicaria omissão inconstitucional. A constitucionalidade formal, no presente caso, está presente de acordo com o art. 22, I CF que outorga ao legislador federal essa específica competência legislativa.

Restam os subcritérios relacionais da adequação e necessidade do meio em face do propósito. Adequada será a intervenção se idônea a promover seu propósito, em um contexto de possibilidade de comprovação empírica dessa relação.⁵² A aplicação de tese jurídica formada no julgamento do incidente processual em pauta a casos futuros de fato pode atribuir celeridade, tratamento igualitário e segurança jurídica à atuação jurisdicional do Estado. Pelo menos, não há como se objetar de plano a adequação, que é o que cabe ao examinador da constitucionalidade. No que tange à previsibilidade da conduta estatal, o uso da mesma tese para os casos que impliquem idêntica questão de *direito* (como o faz o art. 985, II CPC) é meio adequado à promoção da segurança jurídica e da igualdade entre os litigantes. No mais, diante da necessidade de se desobstruir o Poder Judiciário da avalanche de demandas repetitivas, o resultado empírico esperável igualmente não pode ser refutado de plano (prerrogativa de prognóstico cabe ao legislador).⁵³

Finalmente, mesmo adequada a intervenção legislativa no direito fundamental ao contraditório – nas hipóteses em que a tese jurídica se aplique a casos futuros e não haja previsão normativa para que o litigante influencie em sua

51 Cf.: art. 5º, LV CF.

52 Cf.: Dimoulis e Martins (2018, pp. 236-245).

53 Com mais referências, cf.: Dimoulis e Martins (2018, p. 238 s.).

formação – ao propósito retro verificado, ela deve ser também necessária. O exame da necessidade é subcritério e teste final-decisivo⁵⁴ da proporcionalidade.

De fato, o exame da *adequação* não é suficiente, pois pode nos conduzir a aceitar meio que, por mais adequado que seja, imponha restrição exageradamente forte ao direito fundamental.⁵⁵ Por isso, é preciso que o meio seja também necessário. Ele o será apenas se, comparado a todos os meios adequados dos quais dispõe o Estado, no exercício de cumprimento de seu ônus argumentativo ao intervir no direito fundamental, for comprovadamente o meio adequado menos gravoso ao direito restringido.

Cabe ao Estado (e ao intérprete que revisa a decisão estatal), para o cumprimento do referido ônus argumentativo, buscar alternativas (= meios adequados). Alternativamente à simples aplicação da tese jurídica formada no IRDR a casos futuros, poderia o legislador, primeiro, garantir uma instância para o concreto exercício do direito fundamental ao contraditório por parte daqueles litigantes que ajuizaram suas demandas após o julgamento do incidente. Como segunda alternativa, o legislador poderia não prever a aplicação prospectiva dos efeitos do IRDR, assim como o fez o legislador alemão no *Musterverfahren*.⁵⁶

Por estarem presentes – inclusive sem grande esforço imaginativo – alternativas de meios adequados menos onerosas ao direito fundamental restringido, a escolha legislativa pela inexistência de oportunidade de oitiva revela-se desproporcional. Portanto, o art. 985, II CPC impôs ônus desproporcional aos titulares do direito fundamental ao contraditório, que possivelmente tenham contra si aplicada uma tese jurídica sobre a qual não tenham podido exercer nenhuma influência.⁵⁷ A previsão do art. 985 II CPC *in fine* CPC, de uma espécie de ônus argumentativo que supostamente justifique a necessidade de revisão de uma tese jurídica já consolidada, não basta.⁵⁸

Logo, a intervenção estatal no direito fundamental ao contraditório não restou justificada. Consequentemente, o art. 985, II CPC viola o art. 5º, LV CF.

54 Trata-se, todavia, de opinião divergente da majoritária que defende a aplicação de mais um subcritério: a proporcionalidade em sentido estrito. Cf. as referências e debates por Dimoulis e Martins (2018, pp. 255-267).

55 Cf.: Dimoulis e Martins (2018, p.245 ss.).

56 Cabral (2007, pp. 137-142).

57 Nesse sentido, cf.: Abboud e Cavalcanti, 2015.

58 Em face do problema paralelo do filtro da repercussão geral de “questões constitucionais”, v. Martins (2019b, pp. 51-57).

Parâmetro do princípio jurídico-objetivo constitucional do Estado de direito (art. 1º, *caput* CF)

Além da incidência de garantias constitucionais individuais como parâmetro do exame de constitucionalidade do IRDR, deve ser trazido também o parâmetro jurídico-constitucional objetivo derivado do princípio do Estado de direito lastreado na abertura do texto constitucional brasileiro, no art. 1º, *caput* CF.

A norma segundo a qual “a República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado democrático de direito” implica o dever de o intérprete reconhecer a inafastável incidência dos princípios constitucionais democrático e do Estado de direito nos exames do controle abstrato de todo ato normativo e de sua respectiva interpretação e aplicação. Nesse sentido, causa espécie a menção à positivação do dever de fundamentação de decisões judiciais que teria sido trazido a termo apenas com um dispositivo inserido na nova legislação processual civil no art. 11 CPC, pois tal dever decorre do dispositivo constitucional em pauta, na pior das hipóteses em sua aplicação conjunta com o art. 92, IX CF, segundo o qual “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”. Aplicado ao dever de fundamentação de toda decisão judicial, o art. 92, IX CF tem, em relação ao mesmo dever implícito no princípio do Estado de direito previsto no art. 1º, *caput* CF, a função de especificação da consequência jurídica de sua inobservância: em regra, a nulidade do ato decisório judicial. Nada mais. Se a *lex specialis* no próprio texto constitucional pode ser considerada despicienda, o que dizer de sua singela reprodução na lei processual civil festejada como um avanço da legislação processual?

As exigências concretas que decorrem do princípio do Estado de direito, cujas observâncias podem ser condição de validade de decisões judiciais, podem ser sintetizadas nos conceitos de previsibilidade pelos jurisdicionados e confiança na prestação judicial que se efetive em um ambiente de independência e estrito vínculo aos parâmetros legais, verificada (*ex officio*) sua respectiva constitucionalidade, e aos vínculos constitucionais que, em âmbito da incidência de parâmetros jusfundamentais das categorias das garantias constitucionais processuais, agem como a garantia em pauta do contraditório e dos direitos fundamentais materiais.

Segundo reconhecimentos derivados de uma interpretação genética, o IRDR tem por escopo, não por último, a uniformização da jurisprudência. Não obstante, em geral condizente com a previsibilidade prescrita a decisões judiciais, a uniformização da jurisprudência ou, mais especificamente, dos meios que devem conduzir a ela não pode prescindir de uma qualidade intrínseca a qualquer

decisão judicial válida em termos de Estado de direito: sua fundamentação no sistema normativo compatível com a ordem constitucional. Assim, na extensão em que o IRDR não garantir que a prestação judicial reúna essa característica, mas, pelo contrário, eleve ao patamar de parâmetro decisório uma determinada interpretação dos parâmetros normativos abstratos e não os próprios, ele tem o condão de violar o princípio do Estado de direito que, nesse ponto, absorve mais dois princípios constitucionais, quais sejam: o democrático e da separação de poderes.

Aplicação conjunta dos parâmetros jurídico-subjetivo e jurídico-objetivo constitucional

Há um intenso efeito recíproco entre as garantias constitucionais processuais e o princípio do Estado de direito, como revelam muitos julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão. A técnica da aplicação conjunta de parâmetros tem o condão de “fortalecer a área de proteção” (*Schutzbereichsverstärkung*) de garantias constitucionais processuais, tais como, a aqui mais, do contraditório. Trata-se de reconhecer a força normativa do título do Capítulo IV do Título IV⁵⁹ da CF: “Das funções essenciais à Justiça”.

Mesmo que, ao contrário de certas novidades heterodoxas do novo código, o juiz não deva necessariamente reagir a qualquer sustentação de teses jurídico-materiais apresentadas pelos representantes advocatícios das partes litigantes, a oportunização da oitiva judicial antes e depois da consolidação de um incidente que tem por finalidade justamente filtrar o acesso a juízes naturais de questões jurídico-legais e jurídico-constitucionais, é mandamento que decorre do art. 5º, LV c.c. art. 1º *caput* CF.

Portanto, na extensão em que normas do novo estatuto processual civil relativizam os vínculos judiciais diretos à lei ordinária e à CF em prol de uma construção judicial de parâmetros normativos abstratos não mais compatíveis com seus fundamentos normativos de validade, viola-se, muito mais que apenas o art. 5º, LV CF: viola-se, especificamente, o art. 5º, LV c.c. art. 1º *caput* CF.

CONCLUSÃO: INTERDEPENDÊNCIA ENTRE EFETIVIDADE E QUALIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL À LUZ DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO / DA AMPLA DEFESA E DO PRINCÍPIO DO ESTADO DE DIREITO (ART. 5º, LV C.C. ART. 1º *CAPUT* CF)

O perpetrado exame de constitucionalidade do IRDR previsto no art. 985 CPC indicia a relação de interdependência ora epigrafada. Efetividade e qualidade da

59 Este, por sua vez, intitulado: “Da Organização dos Poderes”.

prestação judicial não podem mais ser entendidas de modo estanque, apartadas entre si, quando se as coloca no contexto dos parâmetros constitucionais jurídico-subjetivo e objetivo dos art. 5º, LV e do art. 1º *caput* CF conjuntamente aplicados.

A efetividade de decisões judiciais não prescinde de sua qualidade em termos de fundamentação de mérito jurídico-material com lastro em parâmetros normativos abstratos prefixados. A intencionada aproximação com o sistema de fontes da *common law* até pode ser conveniente e oportuna em termos político-legislativos. Pressupõe, todavia, como retro aludido, uma cultura e tradição jurídicas e jurisdicionais de séculos que não podem substituir, sem que se incorra em inconstitucionalidades, o marco e correspondentes cultura e tradição da *civil law*.

No mais, ocorre uma transposição seletiva de elementos sustentadores de um decisionismo judicial que são absolutamente incompatíveis com a ordem constitucional vigente. Assim, os legítimos desideratos da garantia da capacidade funcional da jurisdição, constantemente ameaçada com a presente configuração da jurisdição e do sistema recursal, poderiam ser mais bem perseguidos (*de lege ferenda*) com uma efetiva reforma do Poder Judiciário e do sistema recursal, sem a necessidade de se criarem filtros inidôneos à garantia da observância dos parâmetros constitucionais em tela, aplicados pela técnica da combinação.

Por fim, as garantias da capacidade funcional do Judiciário e da previsibilidade de decisões judiciais, cujas qualidades de compatibilidade normativo-vertical não retem mais asseguradas, são insustentáveis em longo prazo: a confusão entre instâncias criadoras, de um lado, e interpretadoras e aplicadoras, de outro, pouco importando as fixações concretas das competências, ou seja, da pessoas e/ou órgãos de seus titulares, promove uma politização de tal modo exacerbada ao ponto de excluir qualquer racionalidade jurídica.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo, Inconstitucionalidades do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 240, fev. 2015. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Inconstitucionalidades-do-IRDR-e-riscos-ao-sistema-decisorio-.pdf>
- ALVIM, Arruda, Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 48, n. 190, abr.-jun./2011.
- ÁVILA, Humberto, “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”, *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, jan. 2009, Trimestral. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>

- BARROSO, Luiz Roberto, Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito: (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil), *Revista Eletrônica Sobre A Reforma do Estado*. Salvador, n. 9, mar. 2007, Trimestral. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>
- CABRAL, Antônio do Passo, O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 147, maio 2007.
- , Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito, *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua, Cedam, 2005.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da, As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio, *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 25, n. 2, jul./dez. 2009.
- DIMOULIS, Dimitri, Crítica do Neoconstitucionalismo, *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, n. 22, jan. 2012.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo, *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 6ª ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo, RT-Thomson Reuters, 2018.
- DONIZETTI, Elpídio, A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil, *Revista de Direito Unifacs – Debate Virtual*, Salvador, n. 175, jan. 2015. Mensal. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446>
- GONÇALVES, Gláucio Maciel; DUTRA, Victor Barbosa, Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas do Código de Processo Civil de 2015, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 208, a. 52, out./dez. 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme, El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica, *Revista Ius Et Praxis*, Talca, v. 18, n. 1, 2012.
- MARTINS, Leonardo, *Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*, São Paulo, Atlas, 2012.
- , *Tribunal Constitucional Federal alemão: Decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. Vol. 3: Direitos fundamentais ao casamento e à família, liberdade de associação, garantias constitucionais processuais, São Paulo, Konrad-Adenauer-Stiftung – KAS, Marcial Pons, 2019.
- , Questões constitucionais na ordem processual: entre a repercussão geral e a tutela de direitos fundamentais individuais, *Espaço Jurídico Journal of Law – EJJL*, 20(1), 2019.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *Ações Coletivas e Meio de Resolução Coletiva de Conflitos no Direito Comparado e Nacional*. 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro, Reflexões sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no Projeto de Novo Código de Processo Civil, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 211, set. 2012.

- MITIDIERO, Daniel, *Colaboração no processo civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- NUNES, Dierle, Novo CPC: Fundamentar decisões judiciais com amplitude e profundidade é cada vez mais necessário, *Justificando*, 23 out. 2014. Disponível em: <http://www.justificando.com/2014/10/23/fundamentar-decisoes-judiciais-com-amplitude-e-profundidade-e-cada-vez-mais-necessario/>
- , O princípio do contraditório, *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, v. 5, n. 29, maio-jun., 2004.
- NUNES, Dierle; PATRUS, Rafael Dilly, Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas brasileiro, em FREIRE, Alexandre et al (org.), *Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de, Comentário ao artigo 5º, LV, em CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz, (coord.), *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva/Almedina, 2013.
- NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges, *Stare decisis vs. direito jurisprudencial*, em FREIRE, Alexandre et al (org.), *Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*, Salvador, Juspodivm.
- REZENDE, Caroline Cláudio, O contraditório (ou a sua ausência) no Musterverfahren brasileiro, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, a. 8, v. XIII, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://www.redp.com.br>
- RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro, As ações teste na Alemanha e na Inglaterra e a legislação brasileira projetada, *Revista da Advocacia-Geral da União*, Brasília, v. 11, n. 32, abr./jun., 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, *Curso de Direito Constitucional*, 3ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- STRAUSS, David A., Common Law Constitutional Interpretation, *The University Of Chicago Law Review*, Chicago, v. 63, n. 3, 1996.
- TARUFFO, Michele, Precedente e jurisprudência, Trad. Chiara de Teffé, *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014, Trimestral. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>

EJECUCIÓN, CUMPLIMIENTO E IMPLEMENTACIÓN DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES Y DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN BOLIVIA

José Antonio Rivera S.*

INTRODUCCIÓN

Uno de los avances trascendentales logrados en la segunda mitad del siglo XX por la comunidad internacional y los Estados respecto al resguardo y protección de los derechos humanos fue el proceso de judicialización, con la creación de los tribunales o cortes supraestatales, en el nivel internacional, y la creación de procesos constitucionales tutelares sustanciados por autoridades judiciales o por los tribunales constitucionales, en el plano interno. Son los jueces y tribunales los que, ante las acciones u omisiones del Estado o sus agentes, brindan protección inmediata a los derechos humanos emitiendo mandatos u órdenes para reparar la violación de la que han sido objeto.

Sin embargo, no es suficiente que los jueces o tribunales judiciales, a través de sentencias, ordenen al Estado y sus agentes la adopción de medidas concretas para reparar la violación de los derechos humanos; es necesario que las determinaciones judiciales sean cumplidas a cabalidad y las medidas dispuestas sean debidamente implementadas pues, de contrario, esas decisiones judiciales serán ineficaces.

Sin embargo, debido a diversas razones, las determinaciones judiciales no se cumplen, y las medidas ordenadas por los tribunales nacionales y, mayormente, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) no se implementan; ello sucede, en la mayoría de los casos, por la ausencia de normas que

* Magíster en Derecho Constitucional. Exmagistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia. Catedrático titular de Derecho Constitucional, Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba; docente invitado, Universidad Real y Pontificia San Francisco Xavier de Chuquisaca; docente de posgrado en varias universidades de Bolivia. Presidente del Capítulo Boliviano del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Autor de varios libros y ensayos sobre derecho constitucional, derecho procesal constitucional y derechos humanos.

regulen el seguimiento a la ejecución de las sentencias judiciales en materia de derechos humanos.

En el presente trabajo abordamos el análisis de la ejecución, el cumplimiento y la implementación de las sentencias constitucionales y de la Corte IDH en Bolivia.

LA REGULACIÓN SOBRE LA EJECUCIÓN Y EL CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES EN BOLIVIA

Para una mejor comprensión del tema objeto de análisis, cabe referir que el Estado Plurinacional de Bolivia, por previsión de los artículos 179.III y 196 de la Constitución, tiene un modelo europeo o “kelseniano” de control de constitucionalidad, con resabios del modelo americano; de manera que en materia de control normativo de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) tiene el monopolio del control; pero respecto al control de constitucionalidad tutelar, la labor la realizan los jueces públicos por materia o jueces públicos mixtos y las salas especializadas de los tribunales departamentales de justicia de la jurisdicción ordinaria, que desempeñan funciones de la jurisdicción constitucional como jueces o tribunales de garantías constitucionales, pues son esas autoridades judiciales las que conocen, sustancian y resuelven en única instancia las acciones tutelares previstas por la Constitución, como acción de libertad,¹ acción de amparo constitucional, acción de protección de privacidad,² acción de cumplimiento y acción popular. En la sustanciación de estos procesos constitucionales tutelares, el TCP interviene realizando la revisión de oficio de la totalidad de procesos que son remitidos a su conocimiento por los jueces y tribunales de garantías constitucionales.

Ahora bien, en relación con los alcances de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, la norma prevista por el artículo 203 de la Constitución dispone: “Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno”; en desarrollo de esa norma constitucional, el Código Procesal Constitucional (CPCo), en su artículo 15, prevé:

-
- 1 La acción de libertad, que en el derecho comparado se conoce como recurso de *habeas corpus*, protege los derechos a la vida y a la libertad física.
 - 2 La acción de protección de privacidad, que en el derecho comparado se conoce como recurso de *habeas data*, protege el derecho a la autodeterminación informativa.

... I. Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional Plurinacional son de cumplimiento obligatorio para las partes intervinientes en un proceso constitucional; excepto las dictadas en las acciones de inconstitucionalidad y recurso contra tributos que tienen efecto general. II. Las razones jurídicas de la decisión, en las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional constituyen jurisprudencia y tienen carácter vinculante para los órganos del poder público, legisladores, autoridades, tribunales y particulares.

Conforme a las normas glosadas, las determinaciones adoptadas por el TCP, mediante sus sentencias, declaraciones o autos constitucionales, son inimpugnables en la vía interna, porque el órgano contralor es el último intérprete y custodio de la Constitución, por lo que son de cumplimiento obligatorio. De otro lado, la jurisprudencia establecida en las sentencias o declaraciones constitucionales tiene fuerza vinculante vertical y horizontal, lo que genera su aplicación obligatoria para la resolución de casos análogos.

En relación con la ejecución de las sentencias emitidas en los procesos constitucionales tutelares o acciones de defensa,³ las normas previstas por los artículos 126.IV, 129.V, 131.V y 134.V de la Constitución prevén que la decisión que conceda la tutela demandada será ejecutada inmediatamente después de la emisión de la sentencia y la notificación de la misma a la autoridad o persona particular demandada, sin observación alguna. Desarrollando las normas constitucionales referidas, el CPCo., en su artículo 40.I, dispone: “Las resoluciones determinadas por una jueza, juez o Tribunal en Acciones de Defensa, serán ejecutadas inmediatamente, sin perjuicio de su remisión, para revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, en el plazo establecido en el presente Código”.

En consecuencia, por mandato de las normas constitucionales y la norma procesal referidas, al tratarse de sentencias emitidas en los procesos constitucionales tutelares, cuando la determinación adoptada por el juez o tribunal de

3 En el sistema constitucional boliviano, el constituyente ha previsto las siguientes acciones tutelares para la protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales: 1) la acción de libertad (recurso de *habeas corpus*), para la protección de los derechos a la vida y a la libertad física; 2) la acción de amparo constitucional, para la protección de los derechos consagrados por la Constitución y las normas del bloque de constitucionalidad, con excepción de los derechos que son protegidos por otras acciones; no se excluyen los derechos económicos, sociales y culturales; 3) la acción de protección de privacidad (recurso de *habeas data*), para la protección del derecho a la autodeterminación informativa; 4) la acción popular, para la protección de los derechos e intereses colectivos; y 5) la acción de cumplimiento, para la protección del derecho al cumplimiento de los mandatos establecidos por la Constitución y las leyes.

garantías constitucionales⁴ concede la tutela demandada, esta debe ser ejecutada y cumplida inmediatamente por la autoridad o persona particular demandada en la respectiva acción constitucional tutelar. Ello significa que, una vez notificada la sentencia, según la norma prevista por el artículo 36.8. del CPCo., se realiza en la misma audiencia pública en que se pronuncia de manera oral, y lo ordenado en la sentencia debe ser cumplido. Si bien es cierto que, por previsión de la Constitución y el CPCo., la sentencia emitida por el juez o tribunal de garantías constitucionales, juntamente con los antecedentes del caso, debe remitirse de oficio en revisión ante el TCP, esa remisión no suspende la ejecución de la determinación que concedió la tutela demandada.

En relación con la autoridad judicial que debe encargarse de la ejecución de la sentencia, el CPCo., en su artículo 16, define que esa labor corresponde al juez o tribunal de garantías constitucionales, pues son ellos quienes deben ejecutar y hacer cumplir sus decisiones; el TCP tiene la competencia para conocer y resolver las quejas por la demora o el incumplimiento en la ejecución de las sentencias emitidas en los procesos constitucionales tutelares que conceden la tutela demandada, correspondiéndole ejecutar las sentencias expedidas en los procesos constitucionales que son directamente conocidos, sustanciados y resueltos por ese alto tribunal.⁵

Conforme a las normas citadas, a quienes compete hacer cumplir y ejecutar las sentencias expedidas en las acciones tutelares es a los jueces y tribunales de garantías constitucionales, adoptando para el efecto las medidas coercitivas que sean necesarias, como lo prevé el artículo 17 del CPCo., que textualmente dispone:

... I. El Tribunal Constitucional Plurinacional y las juezas, jueces y tribunales de garantías constitucionales adoptarán las medidas que sean necesarias para el cumplimiento de sus resoluciones. II. Podrán requerir la intervención de la fuerza pública o la remisión de antecedentes ante la autoridad administrativa a fin de la sanción disciplinaria que corresponda. III. Podrán imponer multas

4 Por previsión del artículo 32.I del CPCo., la acción de libertad es conocida y resuelta en única instancia por los jueces o tribunales de la jurisdicción ordinaria en materia penal; el resto de las acciones tutelares son conocidas y resueltas por las salas de turno de los tribunales departamentales de justicia o los jueces públicos por materia o jueces públicos mixtos, los que se constituyen en tribunales o jueces de garantías constitucionales.

5 Los procesos constitucionales que son directamente conocidos, sustanciados y resueltos por el Tribunal Constitucional son las acciones del control normativo correctivo de constitucionalidad, como la acción de inconstitucionalidad abstracta, la acción de inconstitucionalidad concreta y el recurso contra tributos; las acciones del control competencial de constitucionalidad, como las acciones de conflictos de competencias y el recurso directo de nulidad.

progresivas a la autoridad o persona individual o colectiva, que incumpla sus decisiones, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que pudieran emerger.

En consecuencia, ante la conducta renuente que asuma el servidor público, autoridad o persona particular, de no cumplir la sentencia que concede la tutela demandada, el juez o tribunal de garantías constitucionales, de oficio o a instancia de parte, deberá hacer cumplir y ejecutar la determinación emitiendo las órdenes imperativas y, en su caso, medidas coercitivas como el requerimiento de la fuerza pública, imposición de multas progresivas, la remisión de antecedentes al Ministerio Público para la apertura de la acción penal,⁶ o la remisión de antecedentes ante la autoridad jerárquica superior para la imposición de sanciones disciplinarias.

Para el caso de que el juez o tribunal de garantías constitucionales incurra en dilaciones indebidas y no haga cumplir y ejecutar la sentencia, o ante la denuncia planteada tome la determinación de declarar que se tiene por cumplida, aunque no se haya dado cumplimiento efectivo, el accionante podrá acudir en queja ante el TCP. A ese efecto, mediante Auto Constitucional AC 0006/2012-O de 5 de noviembre, se ha establecido el siguiente procedimiento:

1. Ante el incumplimiento o la demora en la ejecución de la sentencia constitucional, la víctima de la vulneración del derecho que presentó la acción tutelar acudirá en queja ante el juez o tribunal de garantías constitucionales.
2. Conocida la queja, el juez o tribunal de garantías constitucionales, en un plazo de 24 horas, pedirá a la autoridad pública o particular que remita informe sobre el cumplimiento y la ejecución de la sentencia constitucional.
3. La autoridad pública o particular remitirá el informe en un plazo no mayor a los tres días siguientes a su notificación con el requerimiento.
4. El juez o tribunal de garantías constitucionales, en un plazo máximo de 48 horas, mediante auto expreso, rechazará la queja o la concederá, asumiendo en este último supuesto las medidas necesarias para el cumplimiento de la sentencia constitucional y la tutela concedida.
5. Para el caso de rechazo de la queja, dilación en su resolución, o que erróneamente se declare que está cumplida la sentencia, la víctima podrá

6 Cabe señalar que el incumplimiento de las sentencias constitucionales emanadas de acciones tutelares está tipificado como delito por el artículo 179 bis del Código Penal, cuyo texto prevé: "Artículo 179 bis. (Desobediencia a resoluciones en acciones de defensa y de inconstitucionalidad). La Servidora, Servidor Público o personas particulares que no cumplan las resoluciones, emitidas en acciones de defensa o de inconstitucionalidad, serán sancionadas o sancionados con reclusión de dos a seis años y con multa de cien a trescientos días".

acudir en queja ante el TCP en el plazo de tres días siguientes a la notificación con la resolución del juez o tribunal de garantías constitucionales, emitida en el procedimiento de queja.⁷

De otro lado, por vía jurisprudencial el TCP ha establecido que en casos concretos en los que exista incumplimiento o demora en la ejecución de las sentencias constitucionales, dada la gravedad del mismo, podrá ordenar a los tribunales de garantías y a las unidades de coordinación departamental que realicen la supervisión y el seguimiento sobre el cumplimiento de decisiones

7 La *ratio decidendi* del Auto Constitucional AC-0006/2012-O de 5 de noviembre, establece: “Frente a un eventual incumplimiento o demora en la ejecución de una decisión constitucional, el legislador ha dispuesto para la etapa de ejecución de fallos, un mecanismo procesal idóneo para la denuncia por incumplimiento de decisiones emergentes de acciones tutelares, destinado a consolidar una real materialización y por ende un efectivo cumplimiento a sentencias constitucionales con calidad de cosa juzgada.

“Por lo expresado, corresponde, a través de la labor hermenéutica y a la luz de una interpretación ‘de y conforme a la Constitución’, determinar las reglas de un debido proceso aplicables a la etapa de ejecución de fallos por denuncias referentes a quejas por demora o incumplimiento en la ejecución de sentencias emanadas de acciones tutelares. En este contexto, en esta etapa procesal, el juez o tribunal de garantías que conoció la acción tutelar, una vez conocida la queja por demora o incumplimiento en la ejecución de sentencias emanadas de acciones tutelares, con la finalidad de asegurar un debido proceso, en el plazo de veinte cuatro horas desde el conocimiento de este mecanismo, solicitará informe y demás medidas o documentación pertinente a la autoridad o particular obligado a cumplir una decisión emergente del control tutelar de constitucionalidad, quien deberá remitir lo solicitado ante el juez o tribunal de garantías, en un plazo no mayor a tres días, para que en primera instancia, el juez o tribunal de garantías, establezca la demora o incumplimiento en la ejecución de una decisión emergente del control tutelar de constitucionalidad, si fuera el caso.

“El juez o tribunal de garantías, en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas, mediante auto expreso, rechazará la queja o la concederá, asumiendo en este último supuesto las medidas necesarias para el cumplimiento de estas resoluciones, entre las cuales puede requerir la intervención de la fuerza pública, la remisión de antecedentes al Ministerio Público o la imposición de multas progresivas, entre otras.

“Con la resolución pronunciada por el juez o tribunal de garantías, se notificará a las partes procesales, *estando facultado el activante de la queja, en caso de estimar dilación o incumplimiento de la resolución emergente de una acción tutelar, a presentar la misma ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, en los términos establecidos por el art. 16.II del CPCo, queja que deberá ser presentada en el plazo de tres días computables a partir de la notificación con la resolución emitida por el juez o tribunal de garantías.* En este supuesto, el juez o tribunal de garantías, en el plazo de veinticuatro horas, deberá remitir todos los antecedentes relevantes a la queja ante el Tribunal Constitucional Plurinacional”. (Énfasis agregado)

constitucionales; asimismo, se podrá ordenar a instituciones, entidades públicas o privadas realizar informes periódicos de seguimiento y supervisión.⁸

La ejecución y el cumplimiento de las sentencias emitidas por los jueces y tribunales, en general, y por la jurisdicción constitucional, en particular, se sustenta en el respeto y resguardo del derecho a la tutela o protección judicial reconocido por el artículo 115.I de la Constitución, y los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); cabe recordar que uno de los elementos esenciales del derecho a la tutela judicial es el derecho al cumplimiento y la ejecución de la sentencia emitida por la autoridad judicial.

Al respecto, el TCP, en su Sentencia SCP 1478/2012 de 24 de septiembre, ha señalado que el derecho de acceso a la jurisdicción o derecho a la protección judicial tiene entre sus elementos esenciales

... lograr que la Resolución emitida sea cumplida y ejecutada, debido a que si se entiende que se acude a un proceso para que se restablezca o proteja un derecho, un interés o un bien, en la medida que el fallo no se ejecute, el derecho a la jurisdicción o de acceso a la justicia no estará satisfecho.

De otro lado, en su Sentencia SCP 0015/2018-S2 de 28 de febrero, ha señalado:

... se aclara que el cumplimiento de una sentencia constitucional tiene carácter principal, pues es la esencia misma de una acción de defensa, en cambio el proceso penal por desobediencia a resoluciones constitucionales es una figura distinta, que puede seguirse de manera separada a la ejecución de la sentencia constitucional, pues tiene la finalidad de imponer una sanción penal al reticente que debe cumplir la orden adoptada. De ahí, que es posible dentro de la propia jurisdicción constitucional exigir a la autoridad o el particular que hubiere sido declarado responsable de la violación o amenaza a derechos fundamentales o garantías constitucionales a cumplir la orden en los términos pronunciados por

8 En la acción de amparo constitucional planteada por la comunidad indígena Takana El Turi Manupare II en contra del ciudadano Miguel Ruiz Cambero, tramitada como acción popular previa conversión de acción, el TCP concedió la tutela demandada y dispuso que a) el Tribunal de Garantías Constitucionales efectúe el seguimiento correspondiente al cumplimiento de la sentencia constitucional; b) que la Central Indígena de Pueblos Originarios de la Amazonía de Pando (Cipoap) informe al Tribunal Constitucional, a través de la Unidad de Coordinación Departamental de dicho Tribunal, en el plazo de un mes, sobre si el proceso de retorno al territorio por parte de la comunidad indígena Takana El Turi Manupare II, ha sido efectuado sin obstrucción por la parte demandada, otras personas o instituciones.

la sentencia constitucional, independientemente a iniciar un proceso penal por desobediencia a resoluciones constitucionales.

Ahora bien, la decisión adoptada en la sentencia emitida por la jurisdicción constitucional debe ser ejecutada y cumplida en la misma medida en que fue determinada, de manera que las acciones ordenadas para reparar las ilegalidades que vulneran los derechos humanos deben ser implementadas en los términos dispuestos en la sentencia. Sobre el tema, el TCP ha señalado que se vulnera el derecho a la eficacia de los fallos cuando se produce un incumplimiento total o parcial de los mismos, o cuando pretendiendo cumplirlos se da un alcance diferente o distorsionado al establecido en el fallo; así, en su Sentencia SC 1206/2010-R de 6 de septiembre ha señalado:

... se desconoce y vulnera el derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva y a razón de ello, el derecho a la eficacia jurídica de los fallos ejecutoriados pasados en autoridad de cosa juzgada consagrados en el art. 115.I de la CPE, cuando los mismos no son acatados, y si son cumplidos parcialmente, se les da un alcance diferente al establecido en el fallo, es decir, no son concretados en la medida de lo determinado, o cuando su cumplimiento es tardío [...] Es decir, la inexecución de sentencias, su ejecución parcial, distorsionada o tardía, acarrea la violación del derecho fundamental de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva, y dentro de este a la eficacia jurídica de los fallos ejecutoriados pasados en autoridad de cosa juzgada y la protección judicial por parte del Estado.

Y en su Sentencia SC 0015/2018-S de 28 de febrero ha señalado lo siguiente:

... Consiguientemente, las sentencias constitucionales emitidas por los jueces o tribunales de garantías en acciones de defensas o por el Tribunal Constitucional Plurinacional, también en otro tipo de procesos constitucionales, deben ser ejecutadas y cumplidas en los términos expresados en la parte resolutive, es decir, en la medida de lo determinado.

Cabe señalar que el TCP, a través de su jurisprudencia, ha establecido que no procede el planteamiento de una acción de amparo constitucional para demandar el cumplimiento y la ejecución de la sentencia emitida por la jurisdicción constitucional en una acción tutelar o de defensa. Así, en su Sentencia AC 0085/1999-R de 24 de agosto definió:

... en lo sustancial se tiene que en los casos de “desobediencia” a las resoluciones dictadas en recursos de Hábeas Corpus y Amparo Constitucional, no corresponde

la deducción de otro recurso, sino la aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 179 bis del Código Penal que sanciona con 2 a 6 años de reclusión y multa de cien a trescientos días al “funcionario o particular que no diere cumplimiento exacto a dichas resoluciones [...]”; disposición legal que es desarrollo de la previsión constitucional del artículo 18-V de la Constitución Política del Estado, concordante con el artículo 104 de la Ley 1836, todo ello sin perjuicio de la ejecución cabal e inmediata de lo determinado en la Resolución Constitucional correspondiente; por lo que no es de aplicación al caso de Autos, el recurso previsto por el artículo 18 carta fundamental del País.

Esa jurisprudencia fue confirmada, entre otras, mediante las sentencias 0992/2000-R, 0477/2001-R y 1005/2003-R. De otro lado, en la Sentencia SCP 0008/2012 de 16 de marzo se señaló:

... cuando las autoridades accionadas no dan cumplimiento a lo dispuesto por el juez de garantías, dentro de acciones de libertad o amparo constitucional, el accionante debe acudir ante el mismo juez de garantías que emitió la resolución, o en su caso a la vía ordinaria para hacer cumplir la misma; puesto que no corresponde presentar una nueva acción tutelar contra las mismas autoridades ya demandadas en una acción tutelar anterior.

En consecuencia, se reitera que ante el incumplimiento o la falta de ejecución de la sentencia e implementación de las medidas dispuestas en la misma, no corresponde plantear una acción de amparo constitucional, sino acudir ante el juez o tribunal de garantías constitucionales para denunciar el incumplimiento, la desobediencia o el cumplimiento distorsionado de lo resuelto en la sentencia emanada de la jurisdicción constitucional; si el juez o tribunal de garantías constitucionales no cumple con su deber de adoptar las medidas necesarias para hacer cumplir la sentencia, se debe acudir en queja ante el TCP.

LA PREVISIÓN PARA LA EJECUCIÓN Y EL CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En relación con la ejecución y el cumplimiento de sentencias de la Corte IDH, cabe señalar que el Estado Plurinacional de Bolivia, al haber ratificado la CADH, y, al tiempo de realizar el depósito del instrumento de su ratificación, ha reconocido como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial la competencia de la Corte IDH sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la CADH; por tanto, conforme a lo previsto por el artículo 68.1 de la Convención,

el Estado boliviano se ha comprometido a cumplir la determinación adoptada por la Corte IDH e implementar las medidas dispuestas por esta, en todos los casos en los que sea parte.

De otro lado, cabe señalar que por previsión del artículo 410.II de la Constitución, como regla general, los tratados y las convenciones internacionales sobre derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad, lo que significa que al tener el rango constitucional son de cumplimiento obligatorio y con primacía sobre cualquier otra disposición legal que tenga rango infraconstitucional.

Al respecto, el TCP, en su Sentencia SC 0110/2010 de 10 de mayo, ha definido que el bloque de constitucionalidad, previsto por el artículo 410.II de la Constitución, no se reduce solamente a las normas de los tratados y las convenciones internacionales sobre derechos humanos, sino que alcanza también a los organismos internacionales especializados creados a través de dichos instrumentos, así como a las decisiones y resoluciones emanadas de tales organismos internacionales.

Así, en la *ratio decidendi* de la referida sentencia constitucional se ha señalado:

A la luz del caso de autos, es imperante estudiar los fundamentos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, a cuyo efecto, en principio, debe señalarse que este es un conjunto de herramientas normativas y jurisdiccionales cuyo diseño cohesionan armoniosamente la dogmática y esencia de derechos considerados inherentes al ser humano por su naturaleza óptica, con instituciones cuya activación garantizan un respeto efectivo de estos derechos. En mérito a lo expuesto, se tiene que *la sistematicidad del mismo, hace que el contenido de sus herramientas normativas y las decisiones emanadas de sus mecanismos institucionales, se arraícen de tal manera en el orden interno de los países miembros, que sus postulados no solamente forman parte de este precepto, sino que se constituyen en informadores del régimen interno, el cual, se sujeta y subordina en cuanto a su contenido a éste, armonizándose de esta manera el orden nacional con el orden supranacional de los derechos humanos, siendo por tanto esta sistematicidad el fundamento y la razón de ser de esta ingeniería supranacional destinada a la protección real y efectiva de derechos humanos.*

En mérito a lo expuesto, se tiene que los elementos normativos y las decisiones jurisdiccionales que emanen de este sistema no son aislados e independientes del sistema legal interno, de hecho, *la efectividad en cuanto a la protección de los derechos fundamentales, solamente está garantizada en tanto y cuanto el orden interno asuma en lo referente a su contenido los alcances y efectos de estas normas y decisiones emergentes del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.*

En efecto, la doctrina del bloque de constitucionalidad reconocida por el art. 410 de la CPE, contempla como parte del mismo a los Tratados Internacionales referentes a derechos humanos, entre los cuales inequívocamente se encuentra el Pacto de San José de Costa Rica, denominado también Convención Interamericana [sic] de Derechos Humanos, ratificado por Bolivia mediante Ley 1599 de 18 de octubre de 1994, norma que por su esencia y temática se encuentra amparada por el principio de supremacía constitucional, postulado a partir del cual, se sustenta el eje estructural de la jerarquía normativa imperante en el Estado Plurinacional de Bolivia.

En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, está constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la CIDH, *en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional sistémico, debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad.*

Esto es así por dos razones jurídicas concretas a saber: 1) el objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, 2) la aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre derechos humanos. En efecto, *al ser la CIDH el último y máximo garante en el plano supranacional del respeto a los derechos humanos, el objeto de su competencia y las decisiones que en ejercicio de ella emanan, constituyen piedras angulares para garantizar efectivamente la vigencia del Estado Constitucional, que contemporáneamente se traduce en el Estado social y democrático de derecho, cuyos ejes principales entre otros, son precisamente la vigencia de los derechos humanos y la existencia de mecanismos eficaces que los hagan valer, por eso es que las Sentencias emanadas de este órgano forman parte del bloque de constitucionalidad y fundamentan no solamente la actuación de los agentes públicos, sino también subordinan en cuanto a su contenido a toda la normativa infraconstitucional vigente.*

Asimismo, otra razón para sustentar, en el orden interno, la jerarquía constitucional de las sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es la llamada doctrina del efecto útil de las Sentencias que versan sobre derechos humanos, la misma que fue desarrollada por la propia Corte Interamericana. En efecto, *las sentencias emitidas luego de una constatación de vulneración a derechos humanos, generan para el Estado infractor responsabilidad internacional, premisa a partir de la cual, el estado asume obligaciones internacionales de cumplimiento ineludibles e inexcusables.*

Desde la óptica del derecho internacional de los derechos humanos, el cumplimiento de estas obligaciones internacionales, responde a un principio esencial

que sustenta el propio Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, que es el de buena fe, llamado también ‘pacta sunt servanda’, *en virtud del cual, los Estados deben atender sus obligaciones internacionales, fundamento por demás sustentado para argumentar que los Estados miembros de este sistema, no pueden por razones de orden interno dejar de asumir esta responsabilidad internacional.*

Por lo expuesto, se puede afirmar que es precisamente el principio de buena fe, el que reviste a las sentencias de la CIDH el efecto útil o de protección efectiva, siendo por tanto plenamente justificable la ubicación de estas Sentencias dentro del llamado bloque de constitucionalidad.

En el marco del panorama descrito, se colige que inequívocamente *las Sentencias emanadas de la CIDH, por su naturaleza y efectos, no se encuentran por debajo ni de la Constitución Política del Estado tampoco de las normas jurídicas infraconstitucionales, sino por el contrario, forman parte del bloque de constitucionalidad y a partir del alcance del principio de supremacía constitucional que alcanza a las normas que integran este bloque, son fundamentadoras e informadoras de todo el orden jurídico interno, debiendo el mismo adecuarse plenamente a su contenido para consagrar así la vigencia plena del Estado Constitucional enmarcado en la operatividad del Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos.* (Énfasis agregado)

Conforme a la jurisprudencia establecida por el TCP, las sentencias emitidas por la Corte IDH que declaren la responsabilidad internacional del Estado boliviano por violación de los derechos humanos, y que dispongan la adopción e implementación de medidas para la reparación integral de los derechos violados, son de cumplimiento ineludible e inexcusable.

Ahora bien, en caso de que los servidores públicos encargados de cumplir y ejecutar la sentencia emanada de la Corte IDH e implementar las medidas dispuestas por esta incurran en una conducta de no cumplir o demorar el cumplimiento, el órgano competente para hacer cumplir la sentencia es el Tribunal Supremo de Justicia, a cuyo efecto deberá aplicarse el procedimiento previsto por los artículos 502 al 507 del Código Procesal Civil (CPCiv.), que prevé las normas que regulan el procedimiento que se deberá seguir para la ejecución de sentencias dictadas en el extranjero.

En efecto, el artículo 502 del CPCiv. dispone textualmente: “Las sentencias y otras resoluciones judiciales dictadas en el extranjero tendrán en el Estado Plurinacional de Bolivia, efectos imperativos, probatorios y fuerza ejecutoria, con arreglo a lo que establezcan los tratados o convenios existentes y las disposiciones del presente Capítulo”. La norma procesal transcrita es aplicable para exigir

el cumplimiento y la ejecución de las sentencias emitidas por la Corte IDH en aquellos casos en los que el Estado Plurinacional de Bolivia sea demandado, así como para exigir que se implementen las medidas dispuestas en la sentencia para la reparación integral de la violación de los derechos humanos.

Respecto al procedimiento que debe seguirse, el artículo 507 del CPCiv prevé:

... I. La sentencia extranjera que se pretenda ejecutar y los antecedentes documentales que la justifiquen se presentarán ante el Tribunal Supremo de Justicia. II. Presentada la solicitud, el Tribunal Supremo de Justicia dispondrá se cite a la parte contra quien se pide la ejecución, que podrá exponer lo que estime pertinente a su defensa dentro del plazo de diez días computables a partir de su citación. III. Con la contestación o sin ella, que se expedirá en plazo no mayor a quince días, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena, dictará resolución contra la que no corresponde recurso alguno. IV. Si se declarare haber lugar a la ejecución, se remitirá la sentencia a la autoridad judicial competente, teniéndose como tal a aquel a quien hubiere correspondido conocer del proceso en primera instancia, si se hubiere promovido en el Estado Plurinacional, a efecto de que imprima los trámites que correspondan a la ejecución de sentencias.

El Tribunal Supremo de Justicia está obligado a disponer el cumplimiento y la ejecución de las sentencias emitidas por la Corte IDH y a que se implementen las medidas dispuestas por esta, tomando en cuenta que, conforme a lo definido por el TCP, las sentencias de la Corte IDH forman parte del bloque de constitucionalidad y son de cumplimiento obligatorio en el plano interno del Estado boliviano. A ese efecto, deberá disponer la aplicación de las medidas coercitivas que sean necesarias.

EL NIVEL DE CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

Para comprender el tema referido al nivel de cumplimiento y ejecución de las sentencias constitucionales, cabe señalar que en el sistema constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia el mayor flujo procesal en la jurisdicción constitucional son las acciones de Amparo Constitucional y acciones de Libertad.

Respecto a las acciones de amparo constitucional, un 68% son para impugnar resoluciones judiciales por vulneración del derecho a las garantías, como el derecho de acceso a la justicia o protección judicial efectiva, y el derecho al debido proceso en sus diferentes garantías mínimas. Cabe advertir que las acciones en las que se denuncia la violación de los derechos económicos, sociales y culturales no superan el 7% de las acciones presentadas, en las que mayormente

se denuncia la vulneración del derecho al trabajo en su elemento esencial del derecho a la estabilidad laboral.

Partiendo de la realidad descrita se debe examinar el nivel de ejecución y cumplimiento de las sentencias emitidas por la jurisdicción constitucional, y la implementación de las medidas dispuestas para la reparación de las ilegalidades que vulneran los derechos humanos. No existe una investigación oficial en detalle sobre el tema. En el año 2002, el Tribunal Constitucional realizó una investigación en cuatro departamentos: La Paz, Santa Cruz, Cochabamba y Chuquisaca, que comprendía los años 1999 a 2001. Los resultados arrojados por la investigación muestran que, en cuanto a la tutela otorgada, la ejecución y el cumplimiento se encuentran en márgenes razonables, con un promedio del 78%, pero en cuanto a la reparación económica dispuesta, los márgenes de cumplimiento son muy bajos, no superan el 30%.

Al presente, es posible afirmar que existe un promedio del 75% de ejecución y cumplimiento de las sentencias emitidas por la jurisdicción constitucional, y un 25% de incumplimiento total, lo que genera que las víctimas de la violación denuncien el incumplimiento, la demora en la ejecución de la sentencia constitucional o el cumplimiento distorsionado.⁹

Sin embargo, cabe advertir que en ese importante porcentaje de cumplimiento existe un elevado índice de cumplimiento parcial y distorsionado pues, en muchos casos, las autoridades judiciales demandadas en la acción cumplen de manera formal la sentencia al emitir una nueva resolución, pero materialmente no restablecen a cabalidad los derechos vulnerados.

Existe un elevado número de esos casos. Así, por ejemplo, en una acción de amparo constitucional en la que se denunció la vulneración del derecho al debido proceso, en sus garantías mínimas; del derecho a la aplicación objetiva del ordenamiento jurídico; del derecho de recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior en grado; del derecho a la motivación de las decisiones judiciales, y también del derecho a la propiedad privada. El tribunal de garantías constitucionales dictó sentencia y concedió la tutela demandada, en relación con el derecho al debido proceso, en sus garantías mínimas, del derecho a la motivación de decisiones judiciales, y dejó sin efecto el Auto de Vista emitido por el Tribunal de Apelación, cuyas autoridades fueron demandadas en la acción de amparo constitucional, en la que se ordenó emitir uno nuevo que resolviera el recurso de apelación. La

9 Esta figura del cumplimiento distorsionado se produce cuando la autoridad pública demandada no cumple la sentencia emanada de la jurisdicción constitucional en la medida de lo determinado, pues lo hacen de una manera diferente a lo determinado en la sentencia, más allá de lo ordenado o menos de lo que se dispuso en esta. Para comprender a cabalidad esta figura, véase la Sentencia Constitucional Plurinacional 0015/2018-S2, de 28 de febrero.

resolución del tribunal de garantías constitucionales fue confirmada por el TCP mediante Sentencia SCP 0050/2015-S3 de 2 de febrero de 2015. Las autoridades judiciales demandadas emitieron un nuevo Auto de Vista a través del cual, en vez de reparar las ilegalidades e irregularidades cometidas y restablecer los derechos vulnerados, introdujeron nuevos elementos y agravaron la situación, consumando la violación de los derechos de las víctimas.

Frente a esa situación, las víctimas plantearon una segunda acción de amparo constitucional, por haber incurrido en nuevos hechos ilegales que vulneraron sus derechos fundamentales cambiando la situación jurídica. El tribunal de garantías constitucionales, al verificar la veracidad de los hechos ilegales denunciados y la vulneración de los derechos fundamentales, mediante resolución concedió la tutela demandada, dejó sin efecto el Auto de Vista impugnado y ordenó a las autoridades demandadas la emisión de un nuevo Auto de Vista. Esa resolución fue confirmada por el Tribunal Constitucional mediante Sentencia SCP 0745/2016-S3 de 29 de junio. Las autoridades demandadas emitieron nuevo Auto de Vista que, en vez de reparar las ilegalidades cometidas y restablecer los derechos vulnerados, incurrió en nuevos hechos ilegales, con lo cual vulneró los derechos de los justiciables y agravó su situación jurídica. Por la razón referida, las víctimas plantearon una tercera acción de amparo constitucional, respecto de la cual el tribunal de garantías constitucionales denegó la tutela demandada, cuya resolución fue revocada por el TCP, en revisión de oficio, mediante la Sentencia SCP 1126/2017-S1 de 12 de octubre, por lo que se concedió la tutela demandada, se dejó sin efecto el tercer Auto de Vista y se ordenó a las autoridades judiciales demandadas emitir nueva resolución a fin de reparar las ilegalidades e irregularidades y restablecer los derechos violados. En cumplimiento de esta última sentencia, los nuevos miembros del Tribunal de Apelación emitieron el Auto de Vista de 19 de abril de 2018, reparando las ilegalidades cometidas y restableciendo los derechos vulnerados. El problema es que las víctimas se vieron perjudicadas por más de nueve años sin tomar posesión de un bien inmueble adjudicado en subasta pública en el año 2009.

LAS SENTENCIAS Y LOS TIPOS DE REPARACIONES OTORGADAS QUE MENOS SE CUMPLEN

En el plano nacional, entre las sentencias constitucionales que menos se cumplen se pueden mencionar las vinculadas al ámbito político y económico, en las que los agentes estatales demandados o convocados a cumplir lo determinado por la jurisdicción constitucional asumen una conducta renuente. En el caso de las acciones tutelares en las que se impugnan decisiones judiciales, el cumplimiento, en muchos casos, es parcial y, en otros, distorsionado. El mayor índice

de incumplimiento se genera en las reparaciones de orden económico dispuestas por la jurisdicción constitucional.

Como una muestra de lo referido se puede señalar el incumplimiento de lo dispuesto por el juez de garantías constitucionales en un recurso de *habeas corpus* (hoy acción de libertad), que fue planteado por una autoridad departamental de oposición, el prefecto del departamento de Pando, quien denunció estar sometido a un procesamiento ilegal e indebido, a causa de lo cual se violó su derecho a la libertad física, pues al estar ejerciendo el cargo de prefecto del departamento de Pando, por previsión de la Constitución de 1967, en vigencia en ese momento, gozaba del fuero constitucional.¹⁰ El prefecto señala que se instauró una acción penal en su contra en la jurisdicción penal ordinaria, acusándolo de ser el principal gestor de la organización de la masacre y de liderar la emboscada, en la zona de El Porvenir, a la marcha de campesinos que se dirigían hacia la ciudad de Cobija, donde fueron muertos 13 campesinos y dos funcionarios de la Prefectura del departamento de Pando.¹¹ Se procedió a la aprehensión de la

10 Por previsión del artículo 118.I.5 de la Constitución de 1967, reformada en 1994 y 2004, la Corte Suprema de Justicia tenía entre sus atribuciones: “5. Fallar en los juicios de responsabilidad contra el Presidente y Vicepresidente de la República, Ministros de Estado y Prefectos de Departamento por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, a requerimiento del Fiscal General de la República, previa autorización del Congreso Nacional, fundada jurídicamente y concedida por dos tercios de votos del total de sus miembros, en cuyo caso el sumario estará a cargo de la Sala Penal y si esta se pronuncia por la acusación, el juicio se substanciará por las demás Salas, sin recurso ulterior”; y el artículo 68.11 de la Constitución establecía: “Las Cámaras se reunirán en Congreso para los siguientes fines: 11. Autorizar el enjuiciamiento del Presidente y Vicepresidente de la República, Ministros de Estado y Prefectos de Departamento con arreglo a la atribución 5ª del artículo 118º de esta constitución”. Conforme a las normas transcritas, los prefectos de departamento gozaban del fuero constitucional de juzgamiento por el máximo tribunal de justicia del Estado, previa autorización otorgada por el órgano legislativo.

11 Debido a que en los primeros días del mes de septiembre de 2008 los movimientos cívicos de los departamentos del Beni, Pando, Santa Cruz y Tarija tomaron instituciones que dependían del Gobierno nacional, como parte de la reivindicación de la autonomía a la que este se oponía. Entre esas instituciones estatales, en el departamento de Pando se tomó el Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA), situación ante la que campesinos de Riberalta (municipio del departamento del Beni) y otras comunidades, organizados por funcionarios del Gobierno nacional, iniciaron una marcha hacia la ciudad de Cobija con el fin de retomar el INRA, argumentando que la toma de esa institución amenazaba la titulación de tierras fiscales. Con la finalidad de evitar que la marcha de los campesinos arribara a la ciudad de Cobija, donde podrían producirse enfrentamientos, el 10 de septiembre el prefecto del departamento de Pando mandó a cavar zanjas para impedir el paso de los marchistas; una a la altura de Cachuelita (entre Filadelfia y Porvenir) y otra en Tres Barracas (entre Puerto Rico y Porvenir); el 11 de septiembre de 2008, entre las 2:30 y 16:00 se

referida autoridad sin orden judicial, se lo trasladó a la ciudad de La Paz, donde se sometió a la jurisdicción de un juez cautelar que dispuso su detención preventiva, y el desarrollo de la etapa preparatoria del proceso penal se realizó en esta misma ciudad, con lo cual se vulneró el derecho al debido proceso en sus garantías mínimas del derecho al juez natural independiente, competente e imparcial y el derecho a la defensa. Ante la denuncia realizada en la Corte Suprema de Justicia, la Sala Penal Segunda de ese tribunal dispuso que la autoridad juzgada fuera remitida a la ciudad de Sucre en un plazo de 48 horas, y que el juez penal cautelar de la ciudad de La Paz se inhibiera de conocer el proceso porque, según determinó, no tenía competencia, orden que no fue cumplida. Ante ello, el prefecto del departamento de Pando planteó el recurso de *habeas corpus* en contra de los ministros de Gobierno y de Defensa, y del juez de instrucción penal que conoció del proceso en la ciudad de La Paz. El recurso fue conocido y resuelto por el tribunal de garantías constitucionales de la ciudad de Sucre que, al reconocer la inobservancia de la garantía procesal del debido proceso, en sentencia concedió la tutela demandada ordenando que las autoridades penitenciarias, en un plazo de 48 horas, pusieran al prefecto detenido a disposición del fiscal general de la república en la ciudad donde este desempeña sus funciones, cual es la capital del país, Sucre, y dispuso a su vez que esta autoridad jerárquica del Ministerio Público reasumiera sus funciones de investigación de los hechos luctuosos acontecidos en septiembre de 2008 en la localidad de El Porvenir, en el departamento de Pando.

Conocida la resolución del tribunal de garantías constitucionales, el ministro de Defensa y el viceministro de Régimen Interior del Ministerio de Gobierno públicamente desautorizaron la determinación de dicho tribunal, calificando de “fallo aberrante” y “una herejía”, y afirmaron que el órgano ejecutivo no tenía la obligación de cumplirla. Efectivamente, no cumplieron la determinación asumida por el tribunal de garantías constitucionales.

Otro ejemplo de incumplimiento de sentencia emitida por la jurisdicción constitucional, vinculada al ámbito económico, fue la proferida en una acción de amparo constitucional planteada por personas dedicadas a la importación de vehículos usados, que impugnaron el Decreto Supremo 29.836 de fecha 3 de diciembre de 2008, a través del cual se prohibió la importación de vehículos usados livianos con una antigüedad mayor a los cinco años. La impugnación no fue a la

produjo un enfrentamiento entre los campesinos, pobladores de Filadelfia y Porvenir, con los funcionarios de la Prefectura del departamento, con un saldo lamentable de 13 campesinos y 2 funcionarios de la Prefectura fallecidos. Frente a los acontecimientos referidos, el Gobierno nacional decretó estado de sitio en el departamento de Pando, y efectivos de las Fuerzas Armadas procedieron a la aprehensión del prefecto del departamento de Pando y lo trasladaron a la ciudad de La Paz, donde se instauró la acción penal en su contra.

prohibición en sí misma, sino al momento en el cual esta tendría que haber entrado efectivamente en vigor, pues el Decreto Supremo impugnado no previó ningún plazo de diferimiento para ello, por lo que la prohibición de importación se operó a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial* de Bolivia, lo que impidió que los importadores tomaran sus previsiones. La prohibición generó una gran conmoción social y económica en el sector importador que, al margen de los grandes comercializadores, se encontraba innegablemente también conformado por una multitud de pequeños y medianos importadores. Mediante resolución de 4 de febrero de 2009, el tribunal de garantías constitucionales concedió la tutela demandada, y dispuso que el Gobierno permitiría el ingreso de los vehículos que con anterioridad a la vigencia de la prohibición se encontraran en embarque hacia los puertos de Iquique y Arica, o a los que hubiesen sido adquiridos en los puertos referidos hasta el 14 de diciembre de 2008 inclusive, es decir, luego de diez días adicionales a la vigencia de la prohibición.

Con la resolución del tribunal de garantías constitucionales el Gobierno, a través de su ministro de Hacienda, en conferencia de prensa emitió declaraciones en las que, al tiempo de anunciar que el acatamiento del fallo sería considerado por el órgano ejecutivo, señaló que se “debe lamentar que una vez más la justicia ha fallado a favor de los grupos de poder, ha fallado a favor de los que tienen negocios jugosos”; asimismo, en relación con la acción de amparo constitucional indicó que a la misma le correspondió “un fallo que está violando la Constitución Política del Estado, así de paradójicas son las acciones que están cometiendo los vocales que fallan en contra del Estado”. La resolución del tribunal de garantías constitucionales no fue ejecutada ni cumplida por las autoridades demandadas.

En relación con el abastecimiento de las decisiones de los organismos internacionales cabe referir que, respecto a las sentencias de la Corte IDH, el Estado ha dado cumplimiento a las medidas dispuestas para la reparación integral de las víctimas; si bien con algunas demoras, pero las ha implementado.

En cambio, respecto de los informes o dictámenes emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la ONU no sucedió lo mismo. A manera de ejemplo se puede señalar que, ante una comunicación planteada por dos exparlamentarios denunciando la violación de sus derechos políticos de ser elegidos y de acceder a la función pública por parte del Estado Plurinacional de Bolivia, el Comité de Derechos Humanos, en fecha 28 de marzo de 2018, emitió dictamen determinando que el Estado vulneró los derechos de los exparlamentarios, por lo que debía proceder a una reparación íntegra, y adoptó, entre otras medidas, las de ofrecer una compensación adecuada que incluyera los gastos de representación legal a nivel nacional e internacional. Se tiene conocimiento de que, hasta el

momento en que se elabora el presente trabajo, el Estado no ha dado cumplimiento al referido dictamen.

REFLEXIONES FINALES

Resulta significativo y alentador el avance que se ha logrado en la protección judicial de los derechos humanos en Bolivia, a partir de la adopción del modelo europeo de control de constitucionalidad, con resabios del modelo americano; ello, con la creación del Tribunal Constitucional, mediante la reforma constitucional de 1994, consolidada a través de la de 2009, con algunas modificaciones respecto a los alcances del control de constitucionalidad, que ahora es un control plural.

Sin embargo, la protección judicial todavía está reducida al ámbito de los derechos civiles y políticos, pues a pesar de no existir exclusión alguna de los derechos humanos objeto de tutela, la acción de amparo constitucional aún se utiliza muy poco para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, no porque no exista una vulneración de los mismos, pues hay una permanente y sistemática inobservancia de este conjunto de derechos, especialmente de los de grupos sociales vulnerables, sino por omisiones estatales.

La situación referida posiblemente explica el alentador índice de ejecución y cumplimiento de las sentencias emitidas por la jurisdicción constitucional, ya que al tratarse de derechos civiles y políticos, generalmente la protección otorgada por las autoridades judiciales es de restablecimiento inmediato del derecho vulnerado, lo que hace cesar las acciones u omisiones de los agentes estatales que invaden la esfera de autodeterminación de las personas; lo anterior, a diferencia de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales que exigen la adopción de medidas integrales para que sus titulares puedan ejercer de manera efectiva y gozar plenamente los derechos. Entonces, queda pendiente la labor de promoción de los derechos económicos, sociales y culturales por parte de las instituciones estatales que tienen esa misión, a fin de revertir la situación referida, de manera que las víctimas utilicen las vías tutelares para lograr la protección efectiva y oportuna de sus derechos vulnerados.

En cuanto a la forma de enfrentar las conductas renuentes de los servidores públicos, respecto a la ejecución y el cumplimiento de las sentencias emitidas por la jurisdicción constitucional, antes que nada es necesario que el TCP y la Defensoría del Pueblo realicen una investigación detallada para determinar con precisión el nivel de incumplimiento. Sobre esa base, es recomendable enfrentar el problema a partir del desarrollo de una pedagogía constitucional, orientada a generar una cultura de respeto por los derechos humanos y las decisiones judiciales adoptadas para su protección. La coerción por sí sola no resuelve el

problema, máxime si se tiene en cuenta que en la legislación penal la desobediencia o el incumplimiento de una sentencia emitida por la jurisdicción constitucional está tipificada como delito; sin embargo, su aplicación no ha logrado reducir los niveles de incumplimiento.

DERECHOS HUMANOS Y PROTECCIÓN JURISDICCIONAL EN CHILE. EL DESAFÍO DEL CUMPLIMIENTO

Claudio Nash Rojas*

INTRODUCCIÓN

Desde mediados del siglo XX se vienen desarrollando, a nivel nacional e internacional, complejos sistemas de protección de derechos humanos.¹ En nuestra región, dicho proceso cobró especial fuerza desde mediados de la década de los ochenta a partir de los procesos de transición a la democracia en el Cono Sur y los procesos de pacificación centroamericanos, donde la discusión sobre los derechos humanos se puso en el centro de la discusión pública.

La principal consecuencia de la centralidad asignada a los derechos humanos a partir del fin de la Guerra Fría, particularmente en Latinoamérica, ha sido el desarrollo de un cuerpo normativo tanto a nivel nacional como internacional, que ha estado acompañado de mecanismos institucionales (órganos y de procedimientos) para garantizar su efectividad. Estos dos sistemas, si bien se han venido desarrollando en forma paralela, en las últimas décadas han ido convergiendo crecientemente hacia una protección integral y única de los derechos humanos. Este desarrollo ha sido destacado por la doctrina como un proceso de “internacionalización” del derecho constitucional y de “constitucionalización” del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH).² Dicha convergencia (internacionalización y constitucionalización) ha tenido como resultado que los derechos humanos ostenten una doble fuente normativa:

* Ph.D. Académico de la Universidad de Chile.

1 Manfred Nowak, *Introduction to the International Human Rights Regime*, Leiden y Boston, Martinus Nijhoff, 2003.

2 Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Estudios Constitucionales*, año 10, núm. 2, 2012, pp. 141-192.

de origen nacional e internacional, que es igualmente obligatoria para los poderes estatales.³

En el marco de dicho proceso de convergencia sustantiva⁴ es importante prestar atención al hecho de que la recepción nacional de estándares internacionales ha permitido la configuración de una concepción robusta de los derechos humanos.⁵ Esta concepción tiene implicancias a distintos niveles: a) se ha ampliado la base normativa, que en materia de derechos humanos ya no está limitada a los derechos de origen nacional (constitución, leyes); b) los mecanismos de protección internacional desarrollan los contenidos mínimos de los tratados y esos criterios deben ser considerados por los Estados con la misma fuerza obligatoria que aquellos de origen nacional; c) la mirada integral de los derechos humanos los ha dotado de una mayor legitimidad.⁶

Al poner esta visión robusta de los derechos humanos en el centro de la actividad del Estado, la consecuencia lógica ha sido una mayor preocupación por la efectividad de estos y, por tanto, la necesidad de diseñar mecanismos efectivos para su garantía. La garantía de los derechos humanos tiene un carácter multinivel. Así, puede darse por vía nacional a través de la actividad jurisdiccional de los órganos judiciales ordinarios (tribunales de justicia) y especializados (cortes constitucionales) o no jurisdiccional (normativa y órganos administrativos). Por su parte, a nivel internacional, la garantía de los derechos humanos también tiene diferentes expresiones: política (órganos de la Organización de las Naciones Unidas [ONU] y la Organización de los Estados Americanos [OEA] que ejercen

3 Carlos Ayala, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2013.

4 La incorporación formal se refiere al proceso mediante el cual la norma de DIDH pasa a tener valor en el ordenamiento jurídico interno, esto es, pasa a ser norma integrante del *corpus iuris* del Estado. Por su parte, la incorporación sustantiva se basa en la adopción de estándares sustantivos desarrollados por el sistema internacional de derechos humanos, para resolver cuestiones institucionales, normativas y jurisdiccionales en el interior de los Estados (Claudio Nash y Constanza Núñez, “Recepción formal y sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos. Experiencias comparadas y el caso chileno”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 148, 2017, pp. 185-23).

5 Claudio Nash, *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica: Tendencias jurisprudenciales*, México, Fontamara, 2010. Claros ejemplos de esta recepción encontramos en los razonamientos de los tribunales constitucionales y ordinarios en temas como obligaciones positivas de los Estados, restricciones y juicio de ponderación, bloque de constitucionalidad, estado de cosas inconstitucional, entre otros. Cada uno marcado por las tendencias internacionales en materia constitucional y por los avances en la jurisprudencia internacional.

6 Kathryn Sikkink, *Evidence for Hope*, Princeton, Princeton University Press, 2016.

un control político); cuasijudicial (órganos cuasijudiciales en la ONU y OEA que controlan y protegen derechos humanos); y jurisdiccional (Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH] en el marco del sistema de la OEA).

Para que se pueda hablar de una garantía efectiva de los derechos humanos es necesario que dicha efectividad se vea reflejada no solo en la actuación de los órganos y procedimientos (nacionales e internacionales), sino también en el cumplimiento de las resoluciones dictadas en el marco de la protección de derechos humanos. La efectividad del cumplimiento de las decisiones es parte de la protección y, por tanto, debe ser estudiada como un elemento más de los sistemas de derechos humanos, sean nacionales o internacionales.

En este sentido, la propia Corte IDH ha señalado que “el derecho a la protección judicial sería ilusorio si el ordenamiento jurídico interno del Estado parte permite que una decisión judicial final y obligatoria permanezca ineficaz en detrimento de una de las partes”.⁷

En el marco de este estudio nos centraremos en la protección nacional de carácter jurisdiccional, ejercida por los órganos superiores con competencia en materia constitucional (Tribunal Constitucional, cortes de apelaciones y Corte Suprema) y, a nivel internacional, si bien haremos algunas referencias a las resoluciones de órganos políticos y cuasijudiciales, nos centraremos en el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, por ser el órgano jurisdiccional interamericano equivalente a las cortes nacionales.

Las preguntas que nos guiarán en el estudio de estas instituciones son: ¿está debidamente garantizado en el sistema interno chileno el cumplimiento de las resoluciones de los órganos encargados de la protección de derechos humanos? ¿Cuáles han sido las prácticas institucionales frente a las resoluciones dictadas por estos órganos, nacionales e internacionales, para la protección de los derechos humanos?

Para ello, en las secciones siguientes estudiaremos los diseños institucionales en materia de protección jurisdiccional de derechos humanos y cuál ha sido la experiencia práctica en algunos casos de mayor connotación y complejidad de cumplimiento; luego, analizaremos el diseño institucional para el cumplimiento de las resoluciones internacionales y la práctica frente a algunos casos especialmente complejos conocidos por la Corte IDH y que han generado controversia en cuanto a la forma de su cumplimiento.

Cerraremos el estudio con algunas reflexiones finales y propuestas de acción.

7 Corte IDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, Sentencia de 7 de febrero de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 144, párr. 219.

CUMPLIMIENTO NACIONAL

En primer lugar, vamos a analizar el cumplimiento de las resoluciones nacionales en materia de derechos humanos. Para ello revisaremos la discusión sobre el cumplimiento de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema; y luego, examinaremos algunos casos en que se pueden ver los límites a la plena efectividad de las resoluciones dictadas por dichos órganos.

Sobre el cumplimiento

A nivel nacional, la protección está centrada en dos órganos constitucionalmente regulados: a) el Tribunal Constitucional a través de las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad y b) las cortes de apelaciones y la Corte Suprema, a través de las acciones constitucionales de protección (tutela) y amparo (*habeas corpus*).

Brevísimamente, podemos describir las acciones de inaplicabilidad⁸ e inconstitucionalidad⁹ como mecanismos de control de constitucionalidad, a través de los cuales el Tribunal Constitucional puede declarar que una norma es contraria a la Constitución y, en consecuencia, no debe ser aplicada en un caso que se sigue ante un tribunal ordinario o especial (inaplicabilidad), o bien que mediante *quorum* calificado de miembros del Tribunal (3/5) puede declarar que una norma inaplicable es inconstitucional y, por tanto, debe ser excluida del sistema jurídico (inconstitucionalidad) por parte del órgano legislativo.

Por su parte, las acciones de protección y amparo corresponden a mecanismos constitucionales de protección de derechos. La protección,¹⁰ como su nombre

8 Artículo 93, num. 6: “Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”.

9 Artículo 93, num. 7: “Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”.

10 Artículo 20: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 10, 20, 30 inciso quinto, 40, 50, 60, 90 inciso final, 110, 120, 130, 150, 160 en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 190, 210, 220, 230, 240 y 250 podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. // Procederá, también, el recurso

lo indica, es una acción que protege a las personas (físicas o jurídicas) frente a actos u omisiones, arbitrarios o ilegales, que priven, perturben o amenacen el legítimo ejercicio de algunos derechos constitucionalmente garantizados y frente a ellos las autoridades judiciales pueden adoptar medidas para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado (art. 20 CPR); en cuanto al amparo,¹¹ este corresponde a la acción de *habeas corpus* y permite a la autoridad tomar las medidas necesarias para la protección de las personas que hayan sido privadas de libertad con infracción de la Constitución y las leyes (art. 21 CPR).

En cuanto al cumplimiento de las resoluciones que declaran la inaplicabilidad e inconstitucionalidad, no existe un procedimiento especial de cumplimiento. En efecto, ni la Constitución ni la ley que regula el funcionamiento del Tribunal Constitucional han dotado de poder de imperio a dichos órganos; de esta manera, una vez que el Tribunal se pronuncia no tienen forma alguna de obligar al tribunal ordinario o especial respectivo para que cumpla lo ordenado (esto es, la no aplicación de la normativa impugnada). La fuerza vinculante de la sentencia emana de la propia Constitución y del razonamiento del Tribunal para convencer a la autoridad de lo pertinente de su interpretación.¹²

Para el caso de las sentencias dictadas por los tribunales superiores de justicia en materia de protección y amparo hay una mayor regulación. Infortunadamente, esta regulación no es legal, sino que ha sido la propia Corte Suprema, a través

de protección en el caso del No. 80 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

11 Artículo 21, inciso 1: “Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que esta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. // Esa magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija. // El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”.

12 Gastón Gómez, *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2013.

de una resolución del Pleno del Tribunal (Auto Acordado), la que ha regulado la tramitación de estas acciones.¹³ En materia de cumplimiento ha establecido:

... si la persona, el funcionario o el representante o jefe orgánico del Estado, ya tenga este la calidad de titular, interino, suplente o subrogante, o cualquier otra, no diere cumplimiento a la sentencia dentro de los plazos que la Corte de Apelaciones o la Corte Suprema ordenare, podrán estos imponer al renuente, oyéndolo o en su rebeldía, alguno o alguna de las siguientes medidas: a) amonestación privada; b) censura por escrito; c) multa o beneficio fiscal que no sea inferior a una unidad tributaria mensual ni exceda de cinco unidades mensuales y d) suspensión de funciones hasta 4 meses, tiempo durante el cual el funcionario gozará de medio sueldo. Todo ello, además de la responsabilidad penal en que pudieran incurrir dichas personas. (Art. 15 Auto Acordado)

Casos

En términos generales, no se ha generado un gran debate en Chile en materia de cumplimiento de las resoluciones de los órganos superiores. La percepción generalizada es clara en el sentido de que sus resoluciones se cumplen por parte de los destinatarios. En esto influyen dos factores: por una parte, una institucionalidad fuerte y un gran sentido de respeto por las resoluciones judiciales, y por otra, que las resoluciones que dictan estas instituciones tienden a ser declarativas y solo en casos muy excepcionales se dan instrucciones precisas a las autoridades o se disponen medidas complejas de protección de derechos.

A continuación, vamos a relatar algunos de los casos que han constituido una excepción y donde no se ha visto un cumplimiento efectivo. Además, haremos referencia a una sentencia dictada recientemente por la Corte Suprema que de seguro abrirá un fuerte debate sobre su cumplimiento, ya que la Corte da instrucciones complejas a un grupo de instituciones en un complejo tema medioambiental.

Tribunal Constitucional

En el caso del Tribunal Constitucional hay un grupo de sentencias dictadas hace casi una década y, pese a lo claro de lo resuelto por el Tribunal y las instrucciones precisas dadas a las autoridades legislativas, aún no han sido cumplidas, lo que ha generado un complejo escenario institucional, donde ha tenido un

13 Corte Suprema, Acta Pleno de la Corte, núm. 94-2015 de 17 de julio de 2015.

importante rol la justicia ordinaria (tribunales superiores de justicia). Estas sentencias tienen su origen en una sentencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la Ley de Instituciones de Salud Previsional (Isapres).¹⁴ En 2010, en el marco del artículo 93, numeral 7, el Tribunal Constitucional, de oficio, inicia un proceso para declarar la inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley 18.933, previamente declarado inaplicable por ser contrario a los numerales 2 (igualdad), 9 (salud) y 18 (seguridad social) del artículo 19 de la Constitución Política.¹⁵ En su sentencia de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional concluyó que “queda demostrado que se declarará la inconstitucionalidad de los preceptos en cuestión basándose en los mismos vicios detectados en los casos ya resueltos en sede de inaplicabilidad”.¹⁶

Así, luego de varias sentencias de inaplicabilidad y una de inconstitucionalidad, todas en igual sentido, la norma sigue vigente en los mismos términos cuestionados de constitucionalidad. Han pasado tres gobiernos desde el pronunciamiento de la sentencia de inconstitucionalidad y aún la reforma legal correspondiente (única forma de cumplimiento de la objeción constitucional declarada por el Tribunal Constitucional) no se produce.

¿Cuál es el efecto que esto ha provocado? Que las personas hayan comenzado a actuar ante los tribunales ordinarios a través de acciones de protección, a fin de evitar las alzas de precios en los planes de salud.¹⁷

Es evidente que, en este caso, los poderes llamados a superar la situación de inconstitucionalidad, Ejecutivo y Legislativo, no han tomado las medidas adecuadas para la protección de derechos fundamentales de las personas adscritas al sistema privado de salud (Isapres) y el diseño constitucional ha demostrado un claro vacío en materia de cumplimiento cuando las voluntades políticas no están alineadas con las decisiones constitucionales del Tribunal Constitucional.

14 En Chile hay un sistema mixto de salud. Por una parte, uno estatal, el Fondo Nacional de Salud (Fonasa) y, por otra, uno privado, las instituciones de salud previsional (Isapres) que corresponde a un sistema de seguro de salud. Este sistema fija el monto de la prima sobre la base de algunos criterios que fueron objetados por constituir infracciones a la Constitución, particularmente, por violar el deber de no discriminación y el acceso a la salud. Una primera sentencia, donde se declaró la inconstitucionalidad fue el fallo del Tribunal Constitucional, Sentencia rol 976-07-INA de 26 de junio de 2008.

15 Tribunal Constitucional, Sentencia rol 1710-10-INC de 6 de agosto de 2010.

16 *Ibid.*, considerando 172.

17 Sobre el tema, ver: Ángela Vivanco, *Cómo operan las oficinas de abogados detrás de los rentables recursos contras las Isapres*, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile. Disponible en: <http://derecho.uc.cl/cn/noticias/derecho-uc-en-los-medios/17945-profesora-angela-vivanco-como-operan-las-oficinas-de-abogados-detras-de-los-rentables-recursos-contras-las-isapres>

En relación con la Corte Suprema, también tenemos un buen ejemplo de los déficits de cumplimiento que se pueden presentar cuando no hay voluntad política. Tal como hemos señalado, en los tribunales superiores, pese a tener una amplia base normativa para dictar medidas que permitan “restablecer el imperio del derecho” en materia de acciones constitucionales, la tendencia ha sido claramente más restringida y autolimitada por parte de las autoridades. En general, se constata la infracción constitucional y se insta a adoptar las medidas correspondientes, pero sin diseñar un plan de intervención más complejo.

Al igual que en otras jurisdicciones, ante situaciones de carácter estructural de violación de derechos humanos, los tribunales han tenido que dictar medidas más complejas que no solo buscan resolver una situación concreta, sino que apuntan a generar transformaciones de fondo para permitir un pleno goce y ejercicio de derechos a todos los individuos que se encuentran en una misma situación.¹⁸

Un buen ejemplo de lo que decimos son las sentencias en materia de personas privadas de libertad. En este campo, la tendencia de la justicia superior había sido de abstención. Se sostenía que las denuncias sobre malas condiciones en el interior de los recintos penales no eran justiciables y menos constitucionalmente. El argumento central era que esta correspondía a una materia privativa del Poder Ejecutivo y que escapaba del control jurisdiccional.¹⁹ Solo a partir de la última década²⁰ los tribunales han comenzado a pronunciarse sobre las condiciones carcelarias e incluso a dar instrucciones concretas de actuación a las

18 Néstor Osuna, “Sentencias estructurales. Tres ejemplos colombianos”, en Claudio Nash y Víctor Bazán (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung y Universidad del Rosario, 2015, pp. 91-116; Roberto Saba, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016 (E-book).

19 Corte Suprema, Sentencia rol 3333-2006 de 15 de enero de 2007. Un análisis completo del tema en INDH, 2011: 97-98.

20 Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia rol 2154-2009 de 31 de agosto de 2009. Confirmada por la Corte Suprema, Sentencia rol 6243-2009 de 7 de septiembre de 2009. Este caso es destacado en Claudio Nash y Paz Irarrázabal, “Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile 2009-2010”, en Claudio Nash y Víctor Bazán (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución*, Montevideo, Centro de Derechos Humanos - Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Konrad Adenauer Stiftung, 2010, pp. 158-150.

autoridades administrativas.²¹ En una sentencia reciente, la Corte de Apelaciones de Valdivia²² resolvió que la autoridad

Deberá gestionar por todos los medios posibles que se adopte una solución definitiva para asegurar la privacidad de las internas en los baños, mediante la construcción del biombo a que se refiere el informe de Gendarmería u otro elemento confeccionado con los materiales adecuados al efecto y que, permitiendo captar cuántas reclusas se encuentran en el baño, por razones de seguridad, al mismo tiempo quede asegurado que desde el patio u otros lugares no puedan ser vistas las partes íntimas de las reclusas, que tampoco podrán ser visibles por medio de las cámaras de vigilancia. 2. A objeto de dar efectivo cumplimiento a las disposiciones de la Constitución y de la Convención para la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer, es que Gendarmería de Chile deberá disponer lo necesario a efectos que –a la mayor brevedad que ello sea posible– se impartan las clases necesarias que permitan que las internas tengan absoluta igualdad con el tratamiento y posibilidades de los internos en lo que a acceso a la educación (sic) cumplimiento de los requisitos para poder optar al beneficio de la libertad condicional. 3. El Oficio circular N° 110 de 15 de junio de 2010 del Director Nacional de Gendarmería, en lo referido al apartado A3, no podrá ser aplicado, por ser contrario a la Constitución, a lo dispuesto por el artículo 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos, a las Reglas de Bangkok de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusas, en particular las N° 19 y N° 20 que obligan a adoptar medidas especiales para asegurar el respeto de las reclusas durante los registros personales, los que serán realizados únicamente por personal femenino y que se deberán preparar otros métodos de inspección, por ejemplo, de escaneo, para sustituir los registros sin ropa o corporales invasivos y por constituir un vejamen que atenta contra la integridad y dignidad de la persona humana y excede, incluso, los términos del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios que regula la materia en su artículo 27 bis; y, en cambio, los referidos registros a las internas deberán hacerse conforme a las referidas normas, las que habrán de ser respetadas en toda su integridad. 4. Por su ubicación, el frío existente en el lugar y su escasa superficie, las celdas de tránsito deberán utilizarse solamente para tales fines y por breve tiempo y, en todo caso, no podrán emplearse como celdas de castigo.²³

21 Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia rol 2154-2009 de 31 de agosto de 2009, considerando 8.

22 CA de Valdivia, Sentencia rol núm. 140-2017 de 8 de agosto de 2017.

23 *Ibid.*, parte resolutive.

La pregunta que surge es evidente: ¿cómo puede el tribunal hacer cumplir lo ordenado?

En este campo, al igual que en materia de cumplimiento de las resoluciones del Tribunal Constitucional, si bien se dictan órdenes en el marco de lo establecido por la Constitución, la realidad no se transforma y no se adoptan las medidas necesarias para dar efectividad a lo dispuesto por los tribunales por parte de las autoridades administrativas.

Aquí tenemos un ejemplo de que el cumplimiento de las resoluciones de las cortes está íntimamente ligado con el tipo de resolución; aquellas declarativas se “cumplen” fácilmente, pero aquellas correctivas y que implican la adopción de medidas más complejas no son tan simples de ejecutar.²⁴

En este sentido, una sentencia reciente de la Corte Suprema supone un enorme desafío institucional para Chile.²⁵ El caso trata de una acción de protección constitucional por los daños medioambientales provocados a los habitantes de una zona industrial de la costa chilena que ha sufrido durante años graves episodios de contaminación atmosférica que han puesto en riesgo la salud de sus habitantes, sin que las autoridades hayan adoptado las medidas adecuadas para proteger la salud de las personas. En su sentencia, la Corte dispone una serie de medidas, tales como efectuar estudios, implementar las acciones que emanen de estos, reducir las emisiones por parte de fuentes contaminantes, adoptar medidas para la protección de la salud de los habitantes de la zona afectada, elaborar políticas para situaciones de contingencia, trasladar personas en caso de peligro, evaluar la calificación ambiental de la zona afectada, modificar el Plan Regulador de la zona afectada, entre otras.

De esta forma, la Corte ha dispuesto un conjunto de medidas de largo plazo que involucran a distintas autoridades y que tienen un alto impacto económico. Conocida la experiencia comparada²⁶ será interesante ver de qué forma se cumplirá esta sentencia y cuál será el rol de la Corte en su cumplimiento.

24 Corte Suprema, Sentencia rol 39.970-2017 de 26 de octubre de 2017 (derechos políticos personas privadas de libertad); Corte de Apelaciones Santiago, Sentencia rol 359-2018 de 9 de abril de 2018 (derecho al agua personas privadas de libertad); Corte de Apelaciones de Copiapó, Sentencia rol 246-2018 de 31 de diciembre de 2018 (malos olores que afectan a colegio).

25 Corte Suprema, Sentencia rol 5888-2019 de 28 de mayo de 2019.

26 Mendoza Beatriz Silvia y Otros c/ Estado Nacional y Otros s/ Daños y Perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo), Buenos Aires, 20 de junio de 2006 (*Fallos*, 331:1622).

CUMPLIMIENTO DE RESOLUCIONES INTERNACIONALES

Corresponde ahora revisar el cumplimiento de las resoluciones internacionales en materia de derechos humanos. Para ello seguiremos el mismo esquema de la sección anterior: revisaremos la discusión sobre la fuerza obligatoria de estos instrumentos; luego, los procedimientos de cumplimiento interno en Chile y, finalmente, algunos casos relevantes.

Obligatoriedad

La primera cuestión por resolver es la fuerza obligatoria de las resoluciones internacionales dictadas por órganos cuasijudiciales en la resolución de casos individuales y las sentencias de la Corte IDH.

Resoluciones internacionales

En el derecho internacional existe un tipo particular de instrumentos: las resoluciones de los órganos internacionales. A diferencia de las fuentes tradicionales (tratados, costumbre, principios), su valor jurídico se discute en tanto fuente del derecho internacional.²⁷ En este sentido, la cuestión es más compleja en el caso de las resoluciones que dictan los órganos de control en materia de derechos humanos, en particular aquellos órganos de tipo cuasijurisdiccional (comités de derechos humanos y Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]). En dichos procedimientos, los órganos resuelven casos individuales mediante la interpretación de las obligaciones contenidas en los instrumentos de derechos humanos cuyo control les ha sido encargado.

Mirados en conjunto ambos sistemas, es posible sostener que si los Estados crean un órgano, le asignan ciertas funciones acordes con los fines convencionalmente determinados, fijan un procedimiento, participan en un caso determinado

²⁷ Nikken, *op. cit.*; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4th edition, Oxford, Clarendon Press, 1990; Oscar Schachter, "United Nations Law", *American Journal of International Law*, núm. 88, 1994. Ver también Corte IDH, Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989, "Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", Serie A, núm. 10, párr. 43.

y, en definitiva, los comités²⁸ y la CIDH²⁹ formulan sus “recomendaciones”, que no pueden ser incumplidas por el Estado sin apartarse de los principios de buena fe y *pacta sunt servanda*.³⁰ Cumplir las normas de los tratados significa adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los principios suscritos, y una medida inevitable en ese sentido es cumplir las “recomendaciones” de uno de los órganos creados convencionalmente a tal efecto. En consecuencia, más allá de las denominaciones, las “recomendaciones” que formulan los órganos cuasi-jurisdiccionales son vinculantes para los Estados, generan responsabilidad y su cumplimiento es parte del cumplimiento de las obligaciones internacionales por aquellos asumidas; *a contrario sensu*, su incumplimiento constituye un ilícito internacional y este genera la responsabilidad del Estado infractor.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte IDH que, en el Caso Loayza Tamayo, sostuvo:

... en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función “*promover la observancia y la defensa de los derechos humanos*” en el hemisferio (Carta de la OEA, arts. 52 y 111).

Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte “*para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes*”, por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes.³¹

28 A modo de ejemplo, el procedimiento del Comité de Derechos Humanos se encuentra establecido en un tratado internacional: el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPCCPR1.aspx>

29 De acuerdo con el Estatuto de la Comisión (arts. 23 y 24), el Reglamento de la propia CIDH determina el procedimiento para los Estados parte y los que no son parte de la Convención Americana. Estatuto Comisión Interamericana, aprobado por los Estados parte en 1979. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/estatutoCIDH.asp>

30 Artículo 26, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).

31 Corte IDH, Caso Loayza Tamayo, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C, núm. 33, párrs. 80 y 81.

Respecto de la Corte IDH, la cuestión de la obligatoriedad de sus sentencias es más clara. En efecto, el tribunal interamericano ejerce funciones jurisdiccionales en materia contenciosa, conociendo de casos individuales relativos a violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos³² (CADH) y puede, además, emitir opiniones consultivas.³³ Chile ratificó la Convención en octubre de 1990 y fue promulgada mediante Decreto 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el *Diario Oficial* con fecha 5 de enero de 1991. Le dio competencia a la Corte IDH mediante declaración de la misma fecha:

... a) El Gobierno de Chile declara que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por tiempo indefinido y bajo condiciones de reciprocidad, para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos previstos en el artículo 45 de la mencionada Convención.

Las sentencias que dicta la Corte son definitivas e inapelables.³⁴ Si la Corte estima que ha habido una violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, dispondrá “que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” y, si ello fuera procedente, “que se reparen las

32 Tiene competencia, además, para conocer de violaciones al párrafo a) del artículo 8 y artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador); y de los casos en que se aleguen violaciones de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (art. XIII); además, la Corte se ha atribuido competencia para aplicar la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle”, 1999, párrs. 180-191, y de la Convención de Belém do Pará, Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro, 2006).

33 Artículo 64, CADH: “1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en los que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

34 Artículo 67, CADH.

consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.³⁵

De conformidad con lo dispuesto en la propia Convención, los Estados parte tienen la obligación internacional de cumplir el fallo de la Corte IDH: así, el numeral 1 del artículo 68 dispone que los “Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Si bien la Corte no tiene imperio para hacerlo cumplir, en 2009 estableció un procedimiento de seguimiento de sentencias y otras resoluciones en su Reglamento.³⁶ Además, el artículo 65 de la Convención dispone que la Corte informará a la Asamblea General de la OEA cuando un Estado no haya cumplido con un fallo y hará las recomendaciones que estime pertinentes.

De esta forma, es claro y no merece duda alguna que las resoluciones dictadas por la Corte en casos contenciosos en los que el Estado ha sido parte son obligatorias para este.

Tampoco debiera existir mayor duda acerca de la obligatoriedad de las medidas provisionales que puede dictar la Corte IDH.³⁷ En efecto, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 63.2 de la CADH, la Corte, de oficio o a instancia

35 Artículo 63.1, CADH.

36 Artículo 69: “1. La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes.

2. La Corte podrá requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento. Para los mismos efectos podrá también requerir los peritajes e informes que considere oportunos.

3. Cuando lo considere pertinente, el Tribunal podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en esta escuchará el parecer de la Comisión.

4. Una vez que el Tribunal cuente con la información pertinente, determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes.

5. Estas disposiciones se aplican también para casos no sometidos por la Comisión” (Reglamento aprobado por la Corte en su LXXXV Periodo Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009).

37 El artículo 63.2 de la CADH dispone que “en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”. Esta disposición está a su vez regulada en el artículo 27 del Reglamento de la Corte IDH y es de carácter obligatorio para los Estados, toda vez que el principio básico del derecho de la responsabilidad del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, ha señalado que los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales de buena

de parte, puede ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes en cualquier estado del procedimiento, cuando se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y ello sea necesario para evitar daños irreparables a las personas.

En cuanto a las opiniones consultivas,³⁸ cuando estas son solicitadas por un Estado (hipótesis núms. 1 y 2 del art. 64) son obligatorias para dicho Estado conforme al principio de buena fe. En cuanto a las solicitadas por otros órganos o Estados, estas son una expresión de la facultad de interpretación que tiene la Corte IDH y, en consecuencia, los Estados deben ajustar sus actuaciones a la interpretación del órgano encargado de dicha función (interpretación auténtica). De hecho, la propia Corte Interamericana ha establecido que las opiniones consultivas deben ser consideradas para el ejercicio de control de convencionalidad.³⁹

Procedimientos de cumplimiento

Chile es parte de los principales instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, tanto de las Naciones Unidas como de la OEA. Por tanto, está obligada al cumplimiento de buena fe de sus obligaciones internacionales y de las resoluciones que dictan los órganos internacionales en materia de casos individuales.

Infortunadamente, la situación de vacío legislativo que constatamos respecto del cumplimiento de las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales internos en materia de derechos humanos se repite en el ámbito internacional. Chile no cuenta con una ley de cumplimiento de sus obligaciones internacionales, pese a que la propia Constitución establece la obligatoriedad de su cumplimiento.⁴⁰

fe (*pacta sunt servanda*) (Corte IDH, Asunto Castro Rodríguez respecto de México, Resolución del 23 de agosto de 2013, considerando 6).

38 Artículo 64, CADH: “1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. // 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

39 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, Serie A, núm. 21, párr. 31.

40 Artículo 54.1, inciso 5: “Las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las

Esta cuestión fue debatida en el marco de la ley que creaba la Subsecretaría de Derechos Humanos en el marco del Ministerio de Justicia (hoy Ministerio de Justicia y Derechos Humanos). Finalmente, la ley estableció que la Subsecretaría tendrá como función “colaborar” con el Ministerio de Relaciones Exteriores

... en la ejecución de medidas cautelares y provisionales, soluciones amistosas y sentencias internacionales en que Chile sea parte, y en la implementación, según corresponda, de las resoluciones y recomendaciones originadas en el Sistema Interamericano y en el Sistema Universal de Derechos Humanos, sin perjuicio de las atribuciones de otros órganos del Estado. (Art. 3, letra ‘d’, L. núm. 20.885)

Por tanto, el cumplimiento de las resoluciones internacionales sigue siendo una materia radicada en el Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual la ejerce a través de su Dirección de Derechos Humanos, pero sin contar con las atribuciones, ni las capacidades ni con un diseño institucional que le permita realizar dicha importante función.

En la práctica, la Dirección de Derechos Humanos lo que hace es coordinar a las distintas reparticiones públicas involucradas en el cumplimiento de una resolución internacional para darle cumplimiento. Respecto de las sentencias de la Corte IDH, únicas sobre las cuales hay información disponible, podemos ver que se han dictado diez sentencias de fondo y solo dos se encuentran completamente cumplidas.⁴¹ Las medidas pendientes son: reformas legales, capacitación, investigación y sanción de responsables de graves violaciones de derechos humanos, pago a víctimas, medidas de rehabilitación, publicación de sentencias, becas de estudio, medidas en materia de salud y de seguridad social para adultos mayores, entre otras.

Una de las medidas que dispone la Corte en su jurisprudencia constante como reparación y que ha generado discusión en otros países (Guatemala, República Dominicana, Argentina, entre otros) es la de dejar sin efecto una sentencia judicial dictada con infracción de la Convención. Respecto de Chile hay dos sentencias que han generado una reacción inusual por parte del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema: los casos Palamara (2005), Maldonado y otros (2015) y Norín Catrimán y otros (2014).

normas generales de derecho internacional”.

41 Ver Corte IDH, Casos en etapa de supervisión. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/casos_en_etapa_de_supervision.cfm

Casos

A continuación, pasamos a revisar las dos sentencias de la Corte que han generado una reacción interesante por parte del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Chile en materia de cumplimiento de las sentencias.

Palamara

En este caso, el Estado de Chile fue condenado por violación del derecho a la libertad de expresión y también por infracción al debido proceso toda vez que el señor Palamara fue juzgado por un tribunal militar siendo él un civil. Lo interesante en este caso es que en la sentencia de 2013, el Tribunal Constitucional resolvió una acción de inconstitucionalidad respecto del artículo 5, numerales 1 y 3 del Código de Justicia Militar. Al acoger el recurso, el Tribunal Constitucional dejó expresa constancia de que la sentencia que estaba dictando debía entenderse como una forma de cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH en el Caso Palamara.⁴²

Maldonado

Un segundo paso en esta materia lo dio la Corte IDH en cumplimiento del Caso Maldonado y otros vs. Chile (2015), en el cual se ordenó al Estado chileno “poner a disposición de las víctimas [...], dentro del plazo de un año contado desde la notificación de la presente Sentencia, un mecanismo que sea efectivo y rápido para revisar y/o anular las sentencias de condena que fueron proferidas en la referida causa en su perjuicio”.⁴³ Chile, en 2005, había modificado la Constitución dejando a la justicia militar en tiempos de guerra bajo la Superintendencia de la Corte Suprema (art. 8o, CPR), lo cual modificaba la causal invocada por dicho Tribunal en 2002 para declararse incompetente. Por tanto, en 2016, a fin de cumplir con la sentencia de la Corte IDH, el Consejo de Defensa del Estado interpuso recurso de revisión de las sentencias dictadas por los tribunales de justicia militar en tiempos de guerra (causa 1-1973) por existir antecedentes indubitados en cuanto

42 “Que, al decidir de esta forma una acción singular, esta Magistratura entiende contribuir –en el ámbito de su competencia– al cumplimiento del deber impuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado de Chile para adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar” (Tribunal Constitucional, Sentencia rol 2493-13-INA de 6 de mayo de 2014, considerando 12º).

43 Corte IDH, Caso Maldonado Vargas y otros vs. Chile, Sentencia de 2 de septiembre de 2015, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 300, párr. 167.

a que ellas se basaron en declaraciones obtenidas mediante torturas aplicadas a los imputados dentro del procedimiento incoado en contra de ellos, en el que, además, se vulneraron las garantías del debido proceso legal para finalmente condenarlos. La Corte Suprema, en sentencia de 3 de octubre de 2016, acogió la solicitud de revisión, por lo cual se invalidaron las sentencias, y dejó expresa constancia de que, mediante esta sentencia, “se ha honrado su compromiso en el ámbito internacional de cumplir con la decisión de la CIDH (sic) emitida en la causa ‘Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile’ de 02 de septiembre de 2015”.⁴⁴

Norín Catrimán

El tercer caso, el más reciente, es la sentencia dictada por la Corte Suprema para dar cumplimiento a lo ordenado por la Corte IDH en el Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile (2014),⁴⁵ en el sentido de dejar sin efecto, en todos sus extremos, las sentencias penales emitidas contra las víctimas de dicho caso. Al efecto, el Ministerio de Relaciones Exteriores solicitó a la Corte Suprema tomar las medidas para el cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH. Lo que hace llamativo el caso es que no existe un procedimiento o recurso legal para que la Corte Suprema conociera del asunto. Por ello, el máximo tribunal toma un camino muy interesante.⁴⁶ En primer lugar, convocó a una audiencia para escuchar a los “intervinientes de las causas nacionales aludidas en la sentencia de la Corte Interamericana” y, luego, acordó declarar que las sentencias internas “habían perdido sus efectos, estimando que su subsistencia supone la permanencia de actuaciones que han sido declaradas por el tribunal internacional competente como conductas lesivas de las garantías fundamentales” (consid. 5). El hecho de que no exista un procedimiento, a juicio de la Corte Suprema, no puede eximir a dicho máximo tribunal de pronunciarse en la materia y resolver la solicitud del Ministerio de Relaciones Exteriores. La Corte fundó su fallo en la obligación que tiene el Estado de Chile de cumplir con la sentencia de la Corte IDH (consid. 7) y en la función “conservadora” de la Corte Suprema, entendida esta como “aquella destinada a promover y asegurar el respeto de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución y los tratados ratificados por Chile, corrigiendo cualquier afectación proveniente de las autoridades o particulares” (consid. 10).

44 Corte Suprema, rol N° 27.543-16, de 03 de octubre de 2016, considerando 38.

45 Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche) vs. Chile, Sentencia de 29 de mayo de 2014, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 279.

46 Corte Suprema, Sentencia rol AD-1386-2014 de 16 de mayo de 2019.

En definitiva, vemos un grupo de sentencias dictadas por los más altos tribunales en materia constitucional en Chile que están contestes en la obligatoriedad de los fallos dictados por la Corte IDH y en el deber de cumplimiento de las propias cortes nacionales en el ámbito de sus competencias.

Además, se hace evidente el problema que existe al no contemplar la legislación nacional un procedimiento de cumplimiento claro en materia de resoluciones internacionales, incluidas las sentencias de la Corte IDH.

CONCLUSIONES Y PROPUESTA

Al comenzar este estudio formulamos dos preguntas: ¿está debidamente garantizado en el sistema interno chileno el cumplimiento de las resoluciones de los órganos encargados de la protección de los derechos humanos? ¿Cuáles han sido las prácticas institucionales frente a las resoluciones dictadas por estos órganos, nacionales e internacionales, para la protección de tales derechos?

Revisados los antecedentes normativos y jurisprudenciales, además de las prácticas asociadas al cumplimiento de resoluciones (nacionales e internacionales) en materia de derechos humanos, parece que las respuestas son evidentes:

- a) En Chile no se encuentra debidamente garantizado el cumplimiento de las resoluciones de los órganos encargados de la protección de los derechos humanos. No existe una regulación adecuada para el cumplimiento de las resoluciones de la Corte Suprema ni del Tribunal Constitucional en materias relativas a los derechos humanos. Asimismo, en el diseño interno no existe una regulación que permita el rápido, pleno y eficaz cumplimiento de las resoluciones internacionales en materia de derechos humanos, particularmente, respecto de casos en los que el Estado de Chile participa en los organismos de derechos humanos a los que ha dado competencia.
- b) En cuanto a las prácticas institucionales frente a las resoluciones dictadas por los órganos nacionales e internacionales para la protección de los derechos humanos es posible sostener que, en el ámbito nacional, hay un cumplimiento asociado al respeto a la institucionalidad vigente, pero cuando las actuaciones de los órganos constitucionales entran en materias más complejas, la efectividad de la protección decae al no existir condiciones de exigibilidad o imperio. En materia internacional es evidente que los procedimientos radicados en órganos administrativos (Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores) son insuficientes y no permiten un pleno cumplimiento de las resoluciones

- internacionales. La práctica de los tribunales superiores ha sido interesante durante los últimos años, pero es claramente insuficiente para cumplir de buena fe los compromisos internacionales del Estado de Chile.
- c) En consecuencia, la única forma de superar este déficit institucional es legislando sobre la materia a fin de dar efectividad a la protección de los derechos humanos en el marco de una sociedad democrática. Chile debería discutir una ley general de cumplimiento de las resoluciones, nacionales e internacionales, en materia de derechos humanos. Con dicho fin, se debería establecer un procedimiento de cumplimiento, así como facultades de imperio de los órganos correspondientes y regular las sanciones para quienes incumplan con dichas órdenes.

Este debería ser el debate sobre la efectividad de los derechos humanos en el ámbito interno para el siglo XXI en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

- AYALA, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2013.
- BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 4th edition, Oxford, Clarendon Press, 1990.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Carlos María PELAYO, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Estudios Constitucionales*, año 10, núm. 2, 2012, pp. 141-192.
- GÓMEZ, Gastón, *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2013.
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Informe Anual 2011. Situación de los Derechos Humanos en Chile*, Santiago de Chile, 2011.
- NASH, Claudio, *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica: Tendencias jurisprudenciales*, México, Fontamara, 2010.
- NASH, Claudio y Paz IRARRÁZABAL, “Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile 2009-2010”, en Claudio NASH y Víctor BAZÁN (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución*, Montevideo, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Konrad Adenauer Stiftung, 2010.
- NASH, Claudio y Constanza NÚÑEZ, “Recepción formal y sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Experiencias comparadas y el caso chileno”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 148, 2017, pp. 185-231.

- NIKKEN, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Madrid, Civitas, 1987.
- NOWAK, Manfred, *Introduction to the International Human Rights Regime*, Leiden y Boston, Martinus Nijhoff, 2003.
- OSUNA, Néstor, “Sentencias estructurales. Tres ejemplos colombianos”, en Claudio NASH y Víctor BAZÁN (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung y Universidad del Rosario, 2015, pp. 91-116.
- SCHACHTER, Oscar, “United Nations Law”, *American Journal of International Law*, núm. 88, 1994.
- SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016 (E-book).
- SIKKINK, Kathryn, *Evidence for Hope*, Princeton, Princeton University Press, 2016.

Jurisprudencia

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia rol 976-07-INA de 26 de junio de 2008.
- , Sentencia rol 1710-10-INC de 6 de agosto de 2010.
- , Sentencia rol 2493-13-INA de 6 de mayo de 2014.
- CORTE SUPREMA, Sentencia rol 6243-2009 de 7 de septiembre de 2009.
- , Sentencia rol 3333-2006 de 15 de enero de 2007.
- , rol 27.543-16 de 03 de octubre de 2016.
- , Sentencia rol 39.970-2017 de 26 de octubre de 2017.
- , Sentencia rol 5888-2019 de 28 de mayo de 2019.
- , Sentencia rol AD-1386-2014 de 16 de mayo de 2019.
- CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ, Sentencia rol 246-2018 de 31 de diciembre de 2018.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Sentencia rol 2154-2009 de 31 de agosto de 2009.
- , Sentencia rol 359-2018 de 9 de abril de 2018.
- CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, Sentencia rol 140-2017 de 8 de agosto de 2017.

Jurisprudencia argentina

- MENDOZA, Beatriz Silvia y Otros c/ Estado Nacional y Otros s/ Daños y Perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo), Buenos Aires, 20 de junio de 2006 (*Fallos*, 331:1622).

Jurisprudencia Corte Interamericana

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989, “Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Serie A, núm. 10, párr. 43.

-----, Asunto Castro Rodríguez respecto de México. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 23 de agosto de 2013.

-----, Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 42.

-----, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Fondo, Serie C, núm. 63.

-----, Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, Sentencia de 7 de febrero de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 144.

-----, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 160.

-----, Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile, Sentencia de 29 de mayo de 2014, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 279.

-----, Caso Maldonado Vargas y otros vs. Chile, Sentencia de 2 de septiembre de 2015, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 300.

EL CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Néstor Osuna Patiño*

INTRODUCCIÓN

El cumplimiento de las sentencias judiciales es un elemento indispensable para el funcionamiento regular de cualquier Estado constitucional. Por ello es usual la existencia de normas específicas que permiten recabar la ejecución forzada de las órdenes judiciales cuando sus destinatarios no las acatan voluntariamente, así como la de dispositivos penales que castigan tal renuencia. En ello el ordenamiento colombiano no es excepcional: las leyes procesales incluyen diversos mecanismos para ejecutar forzosamente las decisiones judiciales, y el código penal vigente contiene el tipo de “fraude a resolución judicial o administrativa de policía”, que sanciona con prisión de uno a cuatro años y multa de hasta 50 salarios mínimos mensuales a cualquier persona que se sustraiga al cumplimiento de una obligación impuesta en una resolución judicial.

Ahora bien, hay que reconocer que en todos los Estados, incluidos los constitucionales, se presenta algún grado de impunidad, dentro del cual cabe incluir el incumplimiento de las sentencias judiciales. Tampoco en ello es excepcional Colombia: además de una preocupante impunidad por falta de aplicación de la ley, también se presentan en todos los ámbitos del derecho casos de burla a sentencias judiciales en firme. Piénsese, a manera de ejemplos, en deudores que se insolventan para evadir sus obligaciones judicialmente decretadas, en reos fugitivos de la justicia penal, o en empresas prestadoras del servicio de salud que prefieren enfrentar los procedimientos de desacato judicial a cumplir con las prestaciones decretadas en una sentencia en favor de sus pacientes.

Este trabajo se concentra en el cumplimiento (o incumplimiento) de las sentencias proferidas por la jurisdicción constitucional colombiana y solo abarca,

* Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca. Profesor de Derecho Constitucional Universidad Externado de Colombia.

por tanto, los fallos de la Corte Constitucional en procesos de constitucionalidad y los de tutela de derechos fundamentales, proferidos ya sea por esa Corte o por los jueces de instancia. Se presentan también unas consideraciones sobre la efectividad y el impacto de las sentencias estructurales de la Corte Constitucional en aquellos casos en los que ha empleado esa modalidad de protección frente a vulneraciones graves y masivas de derechos fundamentales. La fecha de corte del análisis es el 31 de diciembre de 2018.

De entrada, cabe afirmar que no se aprecian problemas relevantes con el cumplimiento de los fallos de constitucionalidad, salvo en algunos casos en los que se ha empleado la modalidad de exhortos al legislador para que se ocupe de regular alguna materia. En cuanto a las sentencias de tutela (la tutela es el proceso colombiano, tipo amparo, para la protección de los derechos fundamentales), se puede advertir que aquellas proferidas por la Corte Constitucional son, en general, acatadas y cumplidas, pero se ha venido abriendo una grieta de incumplimiento con las proferidas por los jueces de instancia en casos relacionados con el derecho a la salud, o demandas interpuestas por víctimas del conflicto armado interno. En el apartado respectivo de este escrito se da cuenta de las coordenadas de esa grave anomalía del funcionamiento de la figura. Por último, en cuanto a las sentencias estructurales, se considera que sobre ellas es pertinente analizar tanto su impacto como su grado de ejecución, para hacer así un balance sobre su utilidad, que siempre apunta a una proyección de largo término.

CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD

La Corte Constitucional colombiana tiene atribuciones para decidir sobre la constitucionalidad de normas jurídicas, con fallos a los que se les otorgan efectos *erga omnes*,¹ a partir de dos mecanismos: las demandas presentadas por ciudadanos y el control de oficio sobre algunas leyes y decretos con fuerza de ley.²

En cuanto a lo primero, la “acción pública de inconstitucionalidad” permite que la Corte Constitucional decida sobre las demandas de inconstitucionalidad

1 Artículo 243 de la Constitución: “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

2 Con carácter general sobre el sistema de justicia constitucional colombiano, véase Alexei Julio Estrada, “La jurisdicción constitucional en Colombia”, en Magdalena Correa, Néstor Osuna Patiño y Gonzalo A. Ramírez (eds.), *Lecciones de derecho constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, t. II, 2018, pp. 487-580.

que presente cualquier ciudadano contra leyes o decretos con fuerza de ley, ya sea por cargos de inconstitucionalidad material o por vicios de procedimiento en su formación.³ Asimismo, la Corte resuelve las demandas presentadas contra actos reformativos de la Constitución, pero estas proceden solo por vicios de procedimiento en el trámite parlamentario respectivo.

En cuanto al control oficioso, la Corte Constitucional revisa la constitucionalidad de los proyectos de leyes estatutarias, antes de su entrada en vigencia. Son leyes estatutarias aquellas que versan sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales y sus garantías, los partidos políticos, los mecanismos de participación democrática, la administración de justicia, los estados de excepción y las garantías electorales para las elecciones presidenciales. De igual modo, la Corte controla oficiosamente los decretos expedidos por el Gobierno nacional en cualquiera de los estados de excepción (guerra exterior, conmoción interior, emergencia económica, ecológica o social). Por otra parte, cuando el Gobierno nacional ha objetado por inconstitucional un proyecto de ley aprobado por el Congreso, y el órgano parlamentario ha insistido en su aprobación, la Corte Constitucional decide en definitiva, de oficio, si el proyecto es constitucional o no, en lo relacionado con las objeciones presidenciales. Además del control sobre la legislación interna, la Corte revisa la constitucionalidad de los tratados internacionales celebrados por el Gobierno nacional y aprobados por el Congreso de la República. Si la Corte declara la inconstitucionalidad del tratado o de la ley que lo aprobó, no es posible su ratificación por el Estado colombiano. Cabe mencionar también que esta corporación controla de oficio, con antelación a la votación popular, las convocatorias a referendo o a asambleas constituyentes para reformar la Constitución.

Para tener un contexto cuantitativo de la actividad de la Corte Constitucional en el ejercicio de estas atribuciones, es pertinente observar los siguientes datos:⁴ desde su entrada en funcionamiento (año 1992) hasta diciembre de 2018, la Corte había proferido 25.498 sentencias, de las cuales 6.412, que equivalen al 25,14 % del total, lo habían sido en procesos de constitucionalidad. Más del 90 % de esas sentencias corresponden a casos de “acción pública”, esto es, a demandas presentadas por ciudadanos.

En los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional ha proferido mayoritariamente sentencias “simples”, o sea, en las que ha declarado que

3 Véase Jorge Ernesto Roa, *La acción pública de constitucionalidad a debate*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales “Carlos Restrepo Piedrahita”, 2015.

4 Datos tomados de www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/estadisticas.png

la norma revisada se ajusta a la Constitución o, por el contrario, la contraría, y por tanto resulta “inexecutable”, es decir, no ejecutable. En casos numéricamente menos frecuentes, pero no exóticos, se ha declarado la constitucionalidad condicionada de las normas enjuiciadas, lo que ha llevado a la Corte a modular el texto revisado para ajustarlo a la norma superior. El cumplimiento de estas sentencias ha sido satisfactorio, a pesar de que en no pocas ocasiones se han suscitado airadas controversias políticas sobre el contenido de tales fallos. Cabe mencionar como especialmente cuestionados aquellos en los que se declaró la inconstitucionalidad de la penalización del consumo de drogas (Sentencia C-221 de 1994), de la reelección presidencial (Sentencia C-241 de 2010) o del sistema de financiación de vivienda con crédito hipotecario (Sentencia C-700 de 1999), así como, en sentido contrario, aquel que declaró la constitucionalidad de la refrendación parlamentaria (y no mediante votación popular) de los acuerdos de paz suscritos entre el Gobierno nacional y la antigua guerrilla de las FARC (Sentencia C-699 de 2016). Todas esas sentencias generaron auténticos terremotos políticos, en cuyo fragor llegó a proponerse que se derogaran por aclamación popular, o que se destituyera a los magistrados de turno, pero la verdad es que estas se cumplieron y que luego de unos días la conmoción se agotó y las aguas volvieron a su cauce. Cabe entonces afirmar que, en esta materia, la sociedad colombiana ha incorporado a su patrimonio cultural la idea de que la Corte Constitucional tiene la última palabra y que sus sentencias son obligatorias y definitivas.

Ahora bien, la Corte Constitucional también ha empleado la técnica de los exhortos al legislador en ocasiones en las que ha advertido que alguna omisión legal es contraria a la Constitución. El grado de cumplimiento de estos fallos muestra resultados más modestos, pues el Congreso colombiano nunca ha considerado que tales exhortos sean vinculantes, y, en verdad, no existe ninguna posibilidad constitucional de constreñir al legislador a actuar. Cabe mencionar como ejemplo de ello la Sentencia C-16 de 2004, en la que la Corte Constitucional exhortó al Congreso de la República para que enmendara una falencia detectada en el tipo penal de inasistencia alimentaria prevista en la legislación vigente en ese entonces, que no había considerado la hipótesis de inasistencia entre compañeros permanentes y sí entre cónyuges, exhorto que no fue atendido por el legislador. Ante ello, en ocasiones más recientes, la Corte Constitucional ha señalado en esos exhortos un plazo al legislador, vencido el cual, la omisión legal inconstitucional se subsana con las previsiones que la propia sentencia ha anunciado. Tal fue el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo: en la Sentencia C-577 de 2011, la Corte le otorgó un plazo de dos años al legislador para que remediara el déficit de protección jurídica que tenían estas familias, con la advertencia de que ante su inacción, se ampliaría sin más a estas parejas la

normativa del Código Civil sobre matrimonio. Esto fue lo que finalmente ocurrió y rige en la actualidad.

Así pues, este apartado puede concluirse mediante la constatación de que las sentencias en las que se declara la constitucionalidad de una norma revisada no tienen problema alguno para su cumplimiento, al igual que aquellas en las que la Corte declara la inconstitucionalidad o la constitucionalidad condicionada de alguna disposición revisada. Cabe también concluir que los exhortos al legislador dirigidos por la Corte Constitucional nunca se han asumido como vinculantes por el órgano parlamentario.

EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE TUTELA

La acción de tutela colombiana es un proceso judicial breve y sencillo –emparentado con la *Verfassungsbeschwerde* alemana, el recurso de amparo español y el *writ of certiorari* norteamericano–,⁵ por medio del cual puede solicitarse la protección directa de los derechos fundamentales ante su vulneración por parte de las autoridades o de los particulares, en algunos casos. Está establecida en el artículo 86 de la Constitución⁶ y ha sido fuente del más notable acervo jurisprudencial de interpretación de los derechos fundamentales que haya conocido la sociedad colombiana. Sus principales características procesales apuntan al fácil

5 Néstor Osuna Patiño, *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

6 “Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

acceso, al antiformalismo, a la prevalencia del derecho sustancial sobre las cuestiones de procedimiento y a la posibilidad de revisión de los fallos de instancia por la Corte Constitucional. Desde la entrada en vigencia de la Constitución, la acción de tutela se convirtió en la institución estelar del nuevo ordenamiento, a tal punto que se la suele considerar ya no solo un remedio judicial, sino un elemento definitorio del Estado, que le aporta legitimidad política a todo el sistema.

En sus 28 años de vigencia se han tramitado más de siete millones de procesos de tutela, que corresponden, según cifras oficiales del año 2018, al 28% de la demanda de justicia en todo el país.⁷ En ese mismo lapso, la Corte Constitucional había proferido 19.086 sentencias en este tipo de procesos, que equivalen a un 0,26% del total de tutelas, pero que abarcan un 74,8% de las sentencias de ese alto tribunal.⁸

Los derechos invocados con mayor frecuencia por los demandantes han sido petición (34,9%) y salud (33,2%). Cabe precisar que buena parte de las demandas en las que se invoca el derecho de petición se refieren a solicitudes presentadas ante la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (UARIV) del conflicto armado, o bien ante las entidades encargadas de las pensiones de jubilación, lo que permite apreciar que la acción de tutela se ha convertido, por su utilización, en un proceso principal para la protección del derecho a la seguridad social, tanto en salud como en pensiones, aunque ciertamente, la entidad más demandada en acciones de tutela en todo el país es la referida UARIV.

Durante el año 2018, el 55% de las demandas presentadas culminó con sentencias estimatorias, pero ese porcentaje se elevó hasta el 82% en los procesos sobre el derecho a la salud. En ese mismo lapso, solo el 26% de las sentencias de primera instancia fueron apeladas, y en la segunda instancia, 71% de las de primera fueron confirmadas. Por último, durante el año 2018, la Corte Constitucional profirió 465 sentencias de tutela, correspondientes a sendos casos que había seleccionado para tal efecto.**

Tal como se afirmó en la introducción de este trabajo, las sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional tienen un grado de cumplimiento

7 Datos extraídos de Consejo Superior de la Judicatura, *Informe al Congreso de la República 2018*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2019. Salvo citación de una fuente distinta, los datos estadísticos de este informe han sido extraídos de este documento.

8 Cifra tomada del sitio web institucional de la Corte Constitucional colombiana. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/estadisticas.php

** N. del Ed. Según las estadísticas correspondientes, durante el año 2019 la Corte Constitucional profirió 622 sentencias, de las cuales 364 fueron de tutela (T), 216 de constitucionalidad (C) y 42 de unificación (SU). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php>

satisfactorio, sin que se observen problemas relevantes al respecto. Sin embargo, es menester admitir que el número de sentencias de tutela de la Corte es ínfimo comparado con el total, lo que impide deducir, de esta situación, que la acción de tutela goce de buena salud en cuanto al cumplimiento de los fallos.

Por el contrario, la información oficial que recauda el Consejo Superior de la Judicatura arroja un dato que debe encender las alarmas sobre el cumplimiento de las órdenes judiciales en esta materia, como quiera que, durante el año 2018, en el 45% de los procesos tramitados fue necesario que los demandantes iniciaran un incidente de desacato ante el incumplimiento de dichas órdenes. Según esas mismas cifras, la mayor tasa de iniciación de incidentes de desacato se presentó en casos relacionados con el derecho a la salud (59%).

El incidente de desacato está previsto en la propia regulación normativa del proceso de tutela (D.L. 2591 de 1991) en los siguientes términos:

Artículo 27. Cumplimiento del Fallo. Proferido el fallo que conceda la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora. Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquel. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia. Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario en su caso.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.

[...]

Artículo 52. Desacato. La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

Tal como ha señalado la Corte Constitucional (Sentencia T-280 de 2017), este incidente de desacato es un procedimiento disciplinario en el que se despliegan a favor del investigado las garantías propias del derecho sancionatorio y, por tanto, para imponer la sanción respectiva es necesario demostrar la responsabilidad subjetiva, con dolo o culpa, de quien ha incumplido la orden judicial. Ahora

bien, el trámite del incidente no obsta para que el juez conserve la competencia para lograr el cumplimiento tardío del fallo, mediante las órdenes adicionales que considere pertinentes.

La cifra anteriormente señalada indica que el trámite del incidente de desacato se ha tornado rutinario en todas las sedes judiciales del país. En los casos en los que la orden incumplida le es imputable a la UARIV o a algunas empresas prestadoras del servicio de salud, tales desacatos suelen culminar con la imposición de las sanciones previstas, pese a lo cual, en no pocas ocasiones, aún así se persiste en el incumplimiento de la orden judicial. Ello pone en evidencia que se requiere una estrategia jurídica específica frente a aquellas entidades demandadas que han incorporado a sus prácticas de funcionamiento el incumplimiento de los fallos judiciales. Tales entidades están identificadas, así como también están diagnosticadas las causas que generan dichos incumplimientos. Lamentablemente, la legislación no ha respondido a este grave problema con las herramientas que tales diagnósticos sugieren.

EFICACIA DE LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES

En general, las sentencias estructurales pueden caracterizarse, tal como lo propone Gutiérrez Beltrán, como aquellas “decisiones judiciales que procuran remediar violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos de los ciudadanos ordenando a las autoridades el diseño y la implementación de políticas públicas”.⁹ Cuando profieren este tipo de sentencias, los jueces se habilitan, en su calidad de máximos intérpretes y defensores de los derechos fundamentales, para definir el modo en que deben actuar las autoridades a fin de garantizar el ejercicio efectivo de esos derechos, en asuntos que han sido descuidados por el Estado de manera sistemática. En consecuencia, expiden órdenes complejas, que exceden las coordinadas *inter partes* de los casos que dieron origen a la actuación judicial, y que apuntan a resolver el problema generalizado que han detectado.

Un ejercicio de derecho comparado permitiría encontrar sentencias de este tipo en buena parte de los países que tienen sistemas de justicia constitucional. La doctrina ha resaltado algunos casos en Sudáfrica, India, Argentina y Canadá. Este escrito, sin embargo, se limita a la jurisprudencia colombiana, en la que se encuentran varios casos interesantes (y por supuesto controversiales) en los

9 Andrés Mauricio Gutiérrez Beltrán, *El amparo estructural de los derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, p. 28.

que se han proferido sentencias que apuntan a resolver problemas endémicos de derechos humanos, como el hacinamiento carcelario, el desplazamiento humano interno forzado por razón del conflicto armado, la desnutrición infantil en algunas zonas del país o el servicio de salud que se ofrece a millones de colombianos,¹⁰ por mencionar solo algunos.

Precisamente, en la Sentencia T-025 de 2004 (desplazamiento interno), la Corte Constitucional colombiana mencionó que la concurrencia de las siguientes circunstancias determina, en general, la procedencia de este tipo de sentencias:

- Vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas.
- Prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar estos derechos.
- Adopción de prácticas inconstitucionales, como la exigencia de adelantar procesos judiciales como parte del procedimiento para garantizar los derechos conculcados.
- Inexistencia u omisión de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.
- Existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, para la adopción mancomunada de un conjunto de medidas que exigen un esfuerzo presupuestal importante.
- Riesgo de colapso judicial si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a las vías judiciales de protección.

Las primeras sentencias estructurales colombianas son de finales del siglo pasado. Veinte años después, se sigue empleando este tipo de fallos cuando se advierten circunstancias como las que se acaban de mencionar. En las sentencias de los años inaugurales, la actuación judicial culminaba, por lo general, con la expedición de la respectiva sentencia. La práctica le ha permitido a la Corte incorporar mecanismos para vigilar el cumplimiento efectivo de las órdenes impartidas, con lo cual, en la actualidad, los procesos en los que se expiden sentencias estructurales no terminan con esta, sino que se extienden por varios años más, hasta que la Corte considere que se han cumplido las órdenes complejas que había expedido.

Del mismo modo, en los primeros años la Corte solía expedir órdenes sustantivas, como la de construir cárceles, o la de convocar a un concurso para el

10 Néstor Osuna Patiño, “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, en Víctor Bazán y Christian Steiner (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (num. 5): *La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2015, p. 92.

nombramiento de notarios; no obstante, en la actualidad prefiere órdenes de tipo procedimental, como la dirigida a las autoridades y organizaciones sociales que atañen a la salud; de evaluar periódicamente la pertinencia del plan de beneficios ofrecido a los pacientes, para establecer si es procedente la inclusión de nuevos medicamentos o procedimientos terapéuticos. Gutiérrez Beltrán sugiere denominar el primer tipo de órdenes como *unidireccionales*, por cuanto “precisan de forma detallada las actuaciones que han de adelantar las autoridades y las demás entidades que sean llamadas a participar en el resarcimiento del derecho”,¹¹ y reservar para las segundas la denominación de *dialógicas*, en cuanto permiten que “sean las partes interesadas las que, bajo la dirección y la supervisión de la autoridad judicial, acuerden y pongan en ejecución las medidas que han de solventar la violación de los derechos”.¹² Estas sentencias dialógicas pueden caracterizarse también del siguiente modo, tal como lo han sugerido César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco:

1. Las sentencias dialógicas tienden a dictar órdenes más abiertas que las del activismo clásico. [...] Las sentencias de la jurisprudencia dialógica tienden a abrir un proceso de seguimiento que alienta la discusión de alternativas de políticas públicas para solucionar el problema estructural detectado en el fallo. Los detalles de las políticas, por tanto, tienden a surgir en el transcurso del proceso de seguimiento, no en la sentencia misma. Con frecuencia, además, las órdenes de los fallos no implican obligaciones de resultado muy precisas, sino el deber de las autoridades públicas de diseñar e implementar políticas que avancen en la protección de los derechos vulnerados.
2. La implementación de los fallos tiene lugar mediante mecanismos de seguimiento periódicos y públicos. Al mantener su competencia sobre el caso después de la sentencia, las cortes dialógicas suelen dictar nuevas decisiones a la luz de los avances y retrocesos del proceso, y alentar la discusión entre los actores del caso en audiencias públicas y deliberativas.
3. [Por los medios de seguimiento adoptados], los fallos dialógicos tienden a involucrar un espectro más amplio de actores sociales en ese proceso de seguimiento. Además de la misma Corte y las entidades públicas destinatarias de las órdenes, la implementación involucra a todos aquellos que, directa o indirectamente son afectados o tienen interés legítimo en el resultado del caso estructural. Esto incluye a las víctimas cuyos derechos han sido violados, las organizaciones de la sociedad civil relevantes, los organismos internacionales de derechos humanos y otros actores cuya participación resulte útil para

11 Gutiérrez Beltrán, *op. cit.*, p. 74.

12 *Ibid.*, p. 77.

la protección de los derechos objeto del caso, desde organizaciones de base hasta centros académicos.¹³

Este proceso dialógico incluye a las víctimas cuyos derechos han sido violados, las organizaciones de la sociedad civil relevantes, los organismos internacionales de derechos humanos y otros actores cuya participación resulte útil para la protección de los derechos objeto del caso, desde organizaciones de base hasta centros académicos. Por lo anterior, también podría afirmarse que, además de los resultados de justicia material que pueden derivar de la ejecución de las sentencias estructurales dialógicas, estas también tienen un importante efecto de reactivación de la democracia, desde la vigencia del derecho.¹⁴

Ahora bien, frente a las órdenes de tipo sustantivo o unidireccional, parecerían preferibles las dialógicas por cuanto permiten superar la crítica de invasión, por parte de los jueces, de las órbitas de competencias reservadas a otros órganos estatales, y también porque se permite que quienes tienen mayor idoneidad técnica y política para el diseño y la ejecución de las políticas públicas participen en estos procesos, aunque no hayan tenido la iniciativa de hacerlo.

Un buen ejemplo del tránsito de órdenes unidireccionales hacia órdenes dialógicos se aprecia en la jurisprudencia colombiana sobre el hacinamiento y la situación de abandono de los internos en centros penitenciarios, como quiera que desde el año 1998 hasta la actualidad, la Corte se ha ocupado en varias ocasiones de este problema endémico de la sociedad colombiana. Al respecto, mientras en las primeras sentencias, proferidas en 1998, tomó medidas de tipo material que consideró necesarias para superar esa situación, tales como la construcción de cárceles o la afiliación obligatoria de todos los internos al sistema de protección social en salud establecido en el régimen legal de seguridad social subsidiado para los colombianos sin ingresos laborales, en las sentencias más recientes se ha decantado por órdenes de tipo puramente dialógico, como la orden dirigida a las autoridades penitenciarias de diseñar una política de corto, mediano y largo plazo para la superación del hacinamiento penitenciario, con formas de evaluación del cumplimiento de dicha política también diseñadas por la administración, pero cuya verificación se reserva la Corte.

Cabe afirmar que las sentencias del año 1998 fueron cumplidas, esto es, las cárceles ordenadas fueron construidas y la afiliación de los internos al sistema

13 César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2010, pp. 52 y ss.

14 Véase Roberto Gargarella (ed.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.

de protección en salud subsidiado por el Estado se llevó a cabo, y sigue vigente en la actualidad. Como resultado de ello, en los años siguientes a esas sentencias se apreciaron algunos resultados positivos en la disminución del hacinamiento penitenciario.¹⁵ Al comenzar el año 2001, con 163 establecimientos carcelarios y penitenciarios en funcionamiento, el promedio de hacinamiento en las cárceles colombianas llegó al 37%, cifra que seguía siendo terriblemente alta, pero inferior a la de 1998. Ahora bien, para diciembre de ese mismo año, la capacidad de alojamiento de esos centros se amplió a 42.575 cupos, y se contaba con una población reclusa de 49.302 personas, con lo que el índice de hacinamiento descendió al 16%.¹⁶

Para el año 2002, el hacinamiento continuó bajando hasta un 12% en el mes de mayo. Sin embargo, para el mes de octubre del mismo año los índices de sobrepoblación se dispararon, tras el ingreso de 2.430 nuevos reclusos, tendencia ascendente continúa hasta el día de hoy. En virtud de la misma, se ha pasado de una sobrepoblación de 14.000 internos en el año 2003, a una de más de 36.000 en 2017.¹⁷

Ese aumento exponencial del número de personas privadas de libertad y, por tanto, del índice de hacinamiento, se debe principalmente a que desde el año 2000 se han aprobado varias reformas legales que han aumentado de modo generalizado las penas privativas de libertad, se han tipificado nuevos delitos con pena privativa de libertad y se han recortado los casos en los cuales es procedente la prisión domiciliaria o la excarcelación.¹⁸

Esto permite concluir que las órdenes de las sentencias del año 1998, si bien se habían cumplido, en verdad no habían conseguido el fin que perseguían, pues el hacinamiento carcelario persistía, con tendencia a aumentar. Por lo demás, tal como lo reconoció la propia Corte en los años 2008 y 2011 (autos 303 de 2008 y 041 de 2011), a esa altura ya no era procedente reabrir los casos fallados en 1998, respecto de los cuales no se había establecido ningún procedimiento de verificación de cumplimiento.

Ahora bien, en 2013 llegaron a la Corte Constitucional más de una decena de casos sobre hacinamiento penitenciario y violación de derechos fundamentales en las cárceles colombianas, lo que la llevó, en la Sentencia T-388 de ese año, a

15 Defensoría del Pueblo, *Análisis sobre el actual hacinamiento carcelario y penitenciario en Colombia*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2003.

16 *Idem*.

17 *Idem*.

18 Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), *Impacto de la legislación penal en la población penitenciaria y carcelaria a cargo del Inpec 1998-2015*, Bogotá, Inpec, 2015, pp. 6 y ss.

decidir de modo acumulado nueve casos en los que era patente la situación de hacinamiento. En esa sentencia, la Corte dejó de lado órdenes unidireccionales y se decantó principalmente por órdenes dialógicas, dentro de las cuales, a manera de ejemplo, es pertinente mencionar las siguientes:

- El Consejo Superior de Política Criminal, órgano integrado por varias autoridades gubernamentales y judiciales, que tiene a su cargo el diseño de la política criminal, recibió la orden de trazar una política pública que permitiera superar la situación de hacinamiento detectada, con obligación de remitir informes sobre el cumplimiento de la misma.
- Se ordenó a las autoridades municipales de salud visitar las cárceles para evaluar y mejorar las condiciones de salud de las mismas.
- Se ordenó la creación y garantía de instancias adecuadas y suficientes para que los internos puedan tener participación y deliberación en el proceso de cumplimiento de la sentencia.
- Se determinó que, aunque la supervisión del cumplimiento de la sentencia le concierne, en primer término, a los jueces que conocieron en primera instancia de cada uno de los procesos acumulados, la Corte Constitucional puede reasumir el seguimiento de la sentencia si lo considera necesario, tal como efectivamente ha ocurrido.

En diciembre del año 2015, la Corte Constitucional se vio en la necesidad de pronunciarse nuevamente sobre la gravedad del hacinamiento carcelario, tras recibir casi una veintena de expedientes en los que se reclamaba la tutela de derechos de personas privadas de la libertad en cárceles de todo el país. En esta oportunidad (Sentencia T-762 de 2015), se reconoció que el *estado de cosas inconstitucional* que había sido declarado desde 1998 aún no se había superado, razón por la cual resultaban procedentes órdenes como las siguientes:

- Creación, aplicación y difusión de un “estándar constitucional mínimo” de respeto de los derechos humanos de las personas privadas de libertad. Esta orden concierne al Congreso de la República, al Gobierno nacional y a la Fiscalía General de la Nación.
- Necesidad de un concepto previo del Comité Técnico Científico del Consejo Superior de Política Criminal para iniciar el trámite de proyectos de ley o de reformas constitucionales que incidan en la política criminal.
- Creación e implementación de un sistema amplio de penas y medidas de aseguramiento alternativas a la privación de la libertad. Esta orden incluye exhortos al Congreso de la República para actuar en esa dirección.
- Estructuración e implementación, por parte del Gobierno nacional, de una política pública de concientización ciudadana sobre los fines del derecho penal.

Para asegurar el cumplimiento de estas órdenes, la Corte Constitucional estimó la creación de un grupo de seguimiento, encabezado por la Defensoría del Pueblo e integrado por la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación, la academia y las organizaciones nacionales e internacionales dedicadas a la defensa de los derechos de las personas privadas de la libertad, dentro de las que se incluyen la Universidad Nacional y el Comité Internacional de la Cruz Roja. No obstante, en cualquier momento, la propia Corte Constitucional puede reasumir la verificación del cumplimiento de las sentencias mencionadas.

Cabe señalar que estas instituciones han proferido hasta la fecha (diciembre de 2018) cuatro informes de cumplimiento sobre las sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015.¹⁹ El último de ellos señaló, en virtud de unas consideraciones de la Corte contenidas en el Auto 121 de 2018, que la gestión administrativa, la inversión de recursos y los esfuerzos de articulación interinstitucional no serán tenidos en cuenta como indicadores de cumplimiento, salvo que ellos representen una mejoría en el goce efectivo de los derechos de los internos.

En cuanto a la política de concienciación ciudadana sobre los fines del derecho penal y de la pena privativa de la libertad, el Ministerio de Justicia y del Derecho ha desarrollado esa estrategia pedagógica junto con las autoridades penitenciarias y la Universidad Javeriana. A la fecha, la campaña aún no ha sido difundida. En todo caso, la estrategia tiene un sistema de seguimiento y evaluación que se realizará una vez se inicien las actividades de difusión y se propone aplicar una encuesta virtual sobre las diferentes temáticas, con periodicidad trimestral. En esa misma línea y para efectos de socializar y promover la educación en cuanto al estándar constitucional mínimo, se diseñó y se repartió una cartilla de política criminal con enfoque de derechos humanos, la cual, además, está acompañada por una nueva estrategia de difusión en redes de la Consejería Presidencial y las demás entidades competentes para ello.

De igual manera, en virtud del acuerdo interinstitucional celebrado entre el Consejo Superior de Política Criminal, el Observatorio de Política Criminal y

19 AA.VV., *Primer informe semestral de seguimiento a la Sentencia T-762 del 2015*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo y Presidencia de la República, 2015; AA.VV., *Segundo informe semestral de seguimiento a la Sentencia T-762 del 2015*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo y Presidencia de la República, 2016; AA.VV., *Tercer informe semestral de seguimiento a la Sentencia T-762 del 2015*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo y Presidencia de la República, 2017; AA.VV., *Informe semestral del Gobierno Nacional al estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo y Presidencia de la República, 2018.

el Comité de Información de Política Criminal con el que se regula el desarrollo y la implementación del sistema de información requerido por la sentencia, se ha empezado a dar cumplimiento a las órdenes de la Corte sobre la aplicación de un estándar mínimo constitucional de una política respetuosa de los derechos humanos y sobre la consolidación del sistema de información. En ese mismo sentido, en virtud de la obligación de fortalecimiento de la política criminal reconocida por la Corte, se ha intentado adecuar la política criminal nacional a través de la elaboración de un nuevo plan nacional, el Proyecto de Ley 148 de 2016 (Senado), un nuevo documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes) (documentos que formalizan una política pública de origen gubernamental) sobre política criminal y la Directiva Presidencial 4 de 2016 sobre la materia.

En conclusión, no cabe duda de que las sentencias dialógicas contienen órdenes complejas, que solo a largo plazo pueden cumplirse, y respecto de las cuales cabe hablar de cumplimientos parciales, avances, logros, retrocesos y puntos deficitarios. Todo ello resulta un tanto extraño al mundo judicial, pero parece la única forma posible de remediar esas graves violaciones de derechos humanos que los jueces detectan y frente a las cuales han decidido actuar mediante la estrategia de las sentencias estructurales.

Las sentencias con órdenes unidireccionales son de más fácil cumplimiento, pero no siempre garantizan que el problema detectado se solucione, como quiera que se agotan en un solo momento, sin tener en cuenta que las sentencias estructurales generan una dinámica de actuación estatal cuyos alcances no siempre son previsible con antelación.

Algunas sentencias estructurales en Colombia han tenido resultados que por lo general se consideran exitosos (sistema pensional, estabilidad laboral de los notarios). Otras, como la de desplazamiento forzado y la de salud, han generado una importante actuación gubernamental para el diseño de políticas públicas que intenten paliar los déficits de derechos detectados, y se siguen ejecutando pese a que se profririeron hace ya 15 y 11 años, respectivamente. En cuanto al problema carcelario, es menester admitir que la solución no parece estar aún a la vista.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Análisis de la situación carcelaria en Colombia: un enfoque cualitativo*, Bogotá, Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Universidad de los Andes, 2000.
- , *Análisis sobre el actual hacinamiento carcelario y penitenciario en Colombia*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2003.

- , “Gasto del Sector Justicia 1995-2007”, en *Boletín Dirección de Justicia y Seguridad*, Bogotá, Departamento Nacional de Planeación, 2008.
- , *Impacto de la legislación penal en la población penitenciaria y carcelaria a cargo del INPEC 1998-2015*, Bogotá, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), 2015.
- , *Primer informe semestral de seguimiento a la Sentencia T-762 del 2015*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo y Presidencia de la República, 2016.
- , *Segundo informe semestral de seguimiento a la Sentencia T-762 del 2015*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo y Presidencia de la República, 2017.
- , *Tercer informe semestral de seguimiento a la Sentencia T-762 del 2015*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo y Presidencia de la República, 2017.
- , *Informe semestral del Gobierno Nacional al estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo y Presidencia de la República, 2018.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *El hacinamiento carcelario en Colombia: un problema estructural sin solución a la vista*, *Boletín Macro Fiscal*, año 1, núm. 8, 2015.
- GARGARELLA, Roberto (ed.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.
- GUTIÉRREZ BELTRÁN, Andrés Mauricio, *El amparo estructural de los derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.
- OSUNA PATIÑO, Néstor, “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, en Víctor BAZÁN y Christian STEINER (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales (núm. 5): La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2015.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César, “Más allá de la jurisprudencia: el impacto de los fallos sobre derechos sociales”, en Malcolm LANGFORD (ed.), *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y el derecho comparado*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2013.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César, y Diana RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2010.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN GUATEMALA

Aylín Ordóñez Reyna*

SITUACIÓN EN GUATEMALA. CONTEXTO

A inicios de 2019, Guatemala continuaba presentando una difícil situación en cuanto al desarrollo humano. Al respecto, puede señalarse que en 2018 se ubicaba en el puesto 127 en el índice de desarrollo humano, dos puestos más bajo que el año anterior,¹ cuando se situaba en el puesto 125, lo cual evidenciaba las grandes carencias que afrontaba su población. Sus habitantes se vieron inmersos en un complejo año electoral,^{**} en el cual los tres poderes estatales serían electos. En junio de 2019 se realizaron las elecciones generales para presidente y vicepresidente de la República, diputados al Congreso de la República, alcaldes y corporaciones municipales. En octubre de 2019 debían asumir los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y magistrados de las salas de la Corte de Apelaciones de toda la República, quienes son designados por el Congreso, seleccionados de nóminas elaboradas por comisiones de postulación.²

* Doctora en Derecho; magíster en Derecho Pluralista Público y Privado, Universidad Autónoma de Barcelona. Coordinadora de la Maestría de Derecho Constitucional, Universidad Rafael Landívar y de Magistratura de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

1 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe sobre las actividades de la Oficina del Alto Comisionado en Guatemala. Informe anual 2018*, Guatemala, 2019, p. 7.

** N. del Ed. Realizadas en 2019 las elecciones presidenciales, el presidente electo Alejandro Giammattei asumió la más alta magistratura del país el 14 de enero de 2020, acompañado por César Guillermo Castillo como vicepresidente, en representación del partido político Vamos por una Guatemala Diferente (VAMOS).

2 Los trece magistrados de la Corte Suprema de Justicia, según lo establecido en el artículo 215 de la Constitución, son elegidos por el Pleno del Congreso de la República de una nómina de 26 candidatos propuestos por una Comisión de Postulación integrada por un rector de las universidades del país, quien la presidirá, los decanos de las facultades de Derecho

Los periodos por los que se prolongan los mandatos de la Corte Suprema de Justicia –5 años–, presidente, vicepresidente y Congreso de la República –4 años– no son idénticos en duración, por lo que no siempre coincide el momento de la elección de los tres poderes. Sin embargo, cada 20 años se produce la situación, y 2019 fue una de estas ocasiones.

En el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) sobre las actividades de la Oficina del Alto Comisionado en Guatemala se señala: “Guatemala continúa enfrentando pobreza sistémica, desigualdad, discriminación, exclusión y altos niveles de impunidad”³

Uno de los factores relevantes en la protección de derechos humanos es principalmente el acceso a la justicia, el cual debe ser efectivo, pronto e imparcial. La situación de Guatemala en cuanto al acceso a la justicia, según lo refleja la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su informe de 2017⁴ es preocupante, ante la problemática de la impunidad derivada de la falta de capacidad del Estado guatemalteco para promover un sistema de administración de justicia adecuado y eficiente, y una justicia independiente e imparcial, lo que refleja en el referido informe un 98,4% de impunidad por el delito de homicidio en los últimos años, aunado a que la mayor parte de los hechos ocurridos durante el conflicto armado permanecen impunes. En tal informe se hace alusión a una “impunidad estructural”⁵

Dentro de los aspectos que fueron destacados en el citado documento se encuentran los avances en los últimos años en el combate a la impunidad, en el que resaltaba el trabajo de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (Cicig), junto con el Ministerio Público, que jugaron un papel clave en la lucha contra la corrupción e impunidad en el país. En dicho trabajo sobresalen investigaciones y procesos como “La Línea”, que tuvo como resultado la renuncia del expresidente Otto Pérez Molina y la exvicepresidenta Roxana Baldetti, quienes enfrentan procesos penales; la “Cooptación del Estado”, “Periodistas

o Ciencias Jurídicas y Sociales de las universidades del país, un número equivalente de representantes electos por la Asamblea General del Colegio de Abogados y Notarios, y un número igual de representantes electos por los magistrados titulares de la Corte de Apelaciones.

3 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, cit., p. 7.

4 Elaborado por la CIDH con posterioridad a su visita *in loco* realizada del 31 de julio al 4 de agosto de 2017 y aprobado por la Comisión el 31 de diciembre de 2017.

5 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Situación de derechos humanos en Guatemala*, 2017, p. 40. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Guatemala2017-es.pdf>

de Mazatenango”, entre otros, incluidos operadores de justicia presuntamente miembros de redes de corrupción.⁶

Puede señalarse que, como parte de las acciones en la lucha contra la corrupción e impunidad por parte del Ministerio Público y la Cicig, se realizaron investigaciones respecto de familiares del entonces presidente de la República, Jimmy Morales, y acerca del supuesto financiamiento electoral ilícito al partido político que lo postuló y que derivaron en la promoción de diligencias de antejuicio en su contra para poder vincularlo a un proceso penal, petición a la que el Congreso de la República no accedió.

Un hecho relevante ha sido el relacionado con las tensiones entre el Gobierno de Guatemala y la Cicig, dentro de las que pueden mencionarse la declaratoria de *non grato* del comisionado de la Cicig, Iván Velásquez Gómez, con la finalidad de expulsarlo del país, lo que produjo diferentes acciones judiciales, incluidas acciones de amparo que fueran conocidas por la Corte de Constitucionalidad.⁷ Posteriormente, el anuncio por parte del presidente de la República sobre la no renovación del acuerdo entre la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y el Gobierno de Guatemala relativo al establecimiento de la Cicig,⁸ información que presentó incluso acompañado de integrantes del Ejército. Asimismo, afirmó que no permitiría el ingreso a Guatemala del referido comisionado, no obstante la existencia de un amparo provisional que lo posibilitaba. En ese contexto, diferentes autoridades de gobierno señalaron que no debía darse cumplimiento a esa orden –amparo provisional– emanada por la Corte de Constitucionalidad, porque había sido dictada excediéndose en las facultades de los magistrados constitucionales.

El 20 de septiembre de 2018, el Relator Especial de la ONU para la Independencia de Magistrados y Abogados, Diego García-Sayán, expresó su preocupación por las diversas formas de ataques contra las magistradas y los magistrados de la Corte de Constitucionalidad por los casos que les compete conocer y, particularmente, por la coyuntura social que derivó de las decisiones del Poder Ejecutivo.⁹

6 *Ibid.*, pp. 40 y 41.

7 Corte de Constitucionalidad, Auto de Amparo provisional, expediente 4179-2017, de 27 de agosto de 2017.

8 *Prensa Libre*, “La CICIG terminará su mandato en 2019”, 31 de agosto de 2018. Disponible en: <https://www.prensalibre.com/guatemala/politica/cicig-terminara-su-mandato-en-2019/>. De hecho, y como se consigna en el texto principal, tal Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) fue disuelta el 3 de septiembre de 2019.

9 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala, Relator Especial de la ONU para la Independencia de Magistrados y Abogados

Este manifestó su postura en cuanto a que el acuerdo con la Cicig concluiría el 3 de septiembre de 2019, pero solicitó al Secretario General de la ONU nombrar a otro comisionado, a lo que se dio respuesta con la confirmación de Iván Velásquez en la dirección de la Cicig.¹⁰ Se produjeron varias situaciones posteriores, entre acciones de gobierno y resoluciones judiciales que las suspendían, relacionadas con la prohibición de ingreso del comisionado al país, la revocatoria de visas a investigadores de esa institución y la suspensión anticipada del acuerdo entre la ONU y el Gobierno de Guatemala relativo al establecimiento de la Cicig. Esta última decisión dio lugar al planteamiento de diversas acciones ante la Corte de Constitucionalidad, tribunal que las dejó en suspenso al otorgar un amparo provisional.¹¹

Se inició un antejuicio contra tres magistrados de la Corte de Constitucionalidad cuestionándoles la emisión de resoluciones judiciales con el argumento de que excedían sus facultades. La Corte de Constitucionalidad otorgó un amparo provisional promovido por el procurador de los Derechos Humanos, relacionado con la protección a los tres magistrados cuestionados. La protección se otorgó con fundamento en el artículo 167 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que prevé que los magistrados no podrán ser perseguidos por opiniones expresadas en el ejercicio de su cargo y la doctrina legal que con respecto a tal disposición ha sido asentada por la propia Corte.¹²

Todos estos sucesos marcan un panorama claro de la situación tensa y controversial que se vivía en el Estado de Guatemala, y las fricciones entre el organismo ejecutivo y la Corte de Constitucionalidad; situación en la que en ocasiones se mostraba resistencia a cumplir las decisiones emanadas de esta última y cuestionamientos de los compromisos internacionalmente adquiridos.

Para proseguir con la contextualización, es necesario mencionar la labor del Congreso de la República, el cual aún tenía pendiente la emisión de leyes para proteger derechos fundamentales, tales como los relacionados con derechos de los pueblos indígenas: derecho de consulta, propiedad colectiva, ley de aguas, entre otras.

Por otra parte, se presentaron iniciativas muy cuestionables, tales como la iniciativa de Ley 5-377, para reformar la Ley de Reconciliación Nacional, lo que

Diego García-Sayán. Disponible en: <http://www.oacnudh.org.gt/>

10 *El Periódico*, “El pronunciamiento de la ONU respecto a Iván Velásquez”, 31 de marzo de 2019. Disponible en: <https://elperiodico.com.gt/nacion/2018/09/19/el-pronunciamiento-de-onu-respecto-a-ivan-velasquez/>

11 Corte de Constitucionalidad, Auto de Amparo Provisional, expedientes acumulados 96-2019, 97-2019, 99-2019, 106-2019 y 107-2019.

12 Corte de Constitucionalidad, Auto de Amparo Provisional, expedientes acumulados 162-2019 y 176-2019 de 23 de enero de 2019.

posibilitaría una amnistía general por delitos cometidos durante el conflicto armado.¹³ Con relación a esta situación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el 12 de marzo de 2019, emitió una decisión otorgando medidas provisionales y supervisión de cumplimiento de sentencia en los casos de miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal, Caso Molina Theissen y otros 12 casos contra Guatemala, en los que requirió al Estado que se interrumpiera el trámite legislativo de la citada iniciativa de ley que pretendía reformar esa normativa concediendo amnistía para todas las graves violaciones cometidas durante el conflicto armado interno, y que la archivara.¹⁴

La situación descrita demuestra la importancia del análisis del cumplimiento de fallos judiciales, lo que evidencia los retos y desafíos que afrontan los tribunales en el cumplimiento de sus decisiones.

Seguidamente, se hará referencia a los mecanismos de ejecución de sentencias, tanto los previstos en las sentencias nacionales de tribunales constitucionales como los provenientes del sistema interamericano de protección de derechos humanos (SIDH).

El nivel de cumplimiento de los fallos a los que se ha hecho alusión guarda relación con diversos aspectos, tales como la existencia de normativa adecuada e instituciones que en el marco de sus competencias den cumplimiento a lo que corresponde a cada una, con autoridades que realicen las acciones correspondientes para cumplirlas. A continuación se analizará el cumplimiento de los fallos provenientes del ámbito interno, así como los provenientes del SIDH.

MARCO NORMATIVO PARA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Sentencias nacionales

En Guatemala, la garantía constitucional más utilizada es el amparo, el cual en ocasiones se utiliza de manera excesiva o con ánimo retardatorio.¹⁵ Este y el resto

13 Oficina del Alto Comisionado en Guatemala, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, cit., p. 10.

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal, Caso Molina Theissen y otros 12 casos contra Guatemala, Resolución de 12 de marzo de 2019, Medidas provisionales y supervisión de cumplimiento de sentencia. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/medidas/chichupac_se_01.pdf

15 Durante la visita a Guatemala, la CIDH conoció el uso abusivo del amparo como estrategia dilatoria en algunos procesos penales (véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Situación de los derechos humanos en Guatemala, cit., p. 12).

de garantías constitucionales se encuentran reguladas en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, sancionada por medio del Decreto 1-86 de 1986, norma de rango constitucional, así como en el Acuerdo 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad, que contiene disposiciones reglamentarias y complementarias a la ley de la materia. Ambos cuerpos normativos establecen los principios y procedimientos aplicables a la tramitación de distintas garantías constitucionales reconocidas en la Constitución Política de la República de Guatemala (amparo, exhibición personal e inconstitucionalidad, en su modalidad de carácter general o en caso concreto), además de una serie de disposiciones orgánicas concernientes a la Corte de Constitucionalidad.¹⁶

Dentro de las garantías constitucionales que la Ley fundamental preceptúa se encuentra el amparo, instituido con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones de sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido.¹⁷ Ahora bien, los derechos de libertad e integridad personal se encuentran tutelados por medio de la exhibición personal, que en la norma constitucional establece que quien se encuentre ilegalmente preso, detenido o cohibido de cualquier otro modo del goce de su libertad individual, amenazado de la pérdida de ella o sufiere vejámenes, aun cuando su prisión o detención fuere fundada en ley, tiene derecho a pedir su inmediata exhibición ante los tribunales de justicia, con el fin de que se le restituya o garantice su libertad, se hagan cesar los vejámenes o termine la coacción a que estuviera sujeto.¹⁸ Por su parte, la conformidad de las leyes con la Constitución puede ser revisada mediante la garantía de inconstitucionalidad, que puede plantearse en casos concretos o en abstracto, denunciando vicio parcial o total.¹⁹

La Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad establece diferentes mecanismos para verificar el cumplimiento de los fallos constitucionales. Al respecto puede señalarse, para el caso del amparo:

- a) Decretada la procedencia del amparo, se conminará al obligado para que dé exacto cumplimiento a lo resuelto dentro de 24 horas, salvo mayor tiempo que podrá fijarse por el Tribunal de Amparo.²⁰
- b) Se apercibirá al obligado a que en caso de incumplimiento incurrirá en una multa de cien a cuatro mil quetzales.

16 Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 268.

17 *Ibid.*, artículo 265.

18 *Ibid.*, artículo 263.

19 *Ibid.*, artículos 266 y 267.

20 Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, artículo 52.

- c) Se le apercibe además que la multa es sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales en las que pudiera incurrir.
- d) Si no da cumplimiento se ordenará su encausamiento certificándose lo conducente, sin perjuicio de que el Tribunal de Amparo podrá dictar todas aquellas medidas que conduzcan a la inmediata ejecución de la resolución de amparo.²¹

Se establece de manera general que, para la debida ejecución de lo resuelto en esa garantía, el tribunal deberá tomar todas las medidas que conduzcan al cumplimiento de la sentencia. La adopción de estas medidas puede ser requerida por las partes; sin embargo, la normativa también prevé que puedan ser dispuestas de oficio. En la tarea de ejecución de las decisiones, el tribunal podrá librar órdenes y mandamientos a autoridades, funcionarios o empleados de la administración pública o personas obligadas.²²

Para los casos en que la orden emitida en amparo se trate de la emisión de cierta resolución, también se dispone que si la autoridad no la emitiera dentro del plazo fijado, el interesado podrá recurrir a la autoridad inmediata superior o al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para que profiera el pronunciamiento; si no hubiere superior jerárquico o no fuere posible la vía contencioso administrativa, el funcionario quedará separado *ipso facto* del cargo, salvo que hubiera sido nombrado por elección popular, en cuyo caso debe responder por los daños y perjuicios causados.²³

Las disposiciones reglamentarias de la citada ley precisan que es el tribunal de primer grado el competente para ejecutar lo resuelto, cuando se otorgue amparo provisional o definitivo; de la misma manera, deberá informar a la Corte de Constitucionalidad de la ejecución del fallo, si así se le requiere. Mientras tanto, este último tribunal es competente para ejecutar lo resuelto en forma provisional o definitiva en amparos en única instancia, o lo resuelto en amparo provisional, cuando el expediente se encuentre en esa sede judicial por apelación de sentencia. Además, posee competencia para ejecutar los fallos de inconstitucionalidad abstracta que contengan efectos positivos.²⁴ Asimismo, el alto tribunal conoce los recursos de queja²⁵ en los que se denuncie que en la ejecución

21 *Ibid.*, artículo 54.

22 *Ibid.*, artículo 55.

23 *Ibid.*, artículo 50.

24 Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, artículo 44 del Acuerdo 1-2013, Disposiciones reglamentarias y complementarias.

25 Dentro de estos mecanismos de corrección que prevé la ley constitucional de la materia se encuentra el recurso de queja, establecido en el artículo 72 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. El citado artículo preceptúa: "Si alguna de las

del amparo no se ha cumplido con lo resuelto en la sentencia, pudiendo adoptar todas las medidas disciplinarias que estime pertinentes.²⁶ Finalmente, se preceptúa que no podrá archivarse ningún expediente de amparo sin que conste que se ha ejecutado lo resuelto.²⁷

Sobre el tema debe señalarse que no obstante que la normativa faculta al tribunal de amparo a verificar de oficio la ejecución de la sentencia, resulta común que sea la parte interesada, ante la falta de cumplimiento por parte del obligado, la que impulse una petición para verificar la debida ejecución de lo resuelto.

Aunque menos comunes, existen casos en los que la Corte de Constitucionalidad, en los procesos biinstanciales, por vía del recurso en queja, examina la actuación del Tribunal de Amparo con relación a la adopción de medidas para la debida ejecución. Cabe indicar que la facultad de promoción de los distintos mecanismos a cargo del interesado –solicitud de asistencia para la debida ejecución u recurso de queja– es ilimitada y no se encuentra sujeta a ningún presupuesto de temporalidad, por lo que puede ser empleada en tanto no se logre el adecuado cumplimiento de lo resuelto por parte del obligado.

Sentencias emitidas por la Corte IDH

En lo que al SIDH respecta, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece el carácter definitivo e inapelable de las sentencias emitidas por la Corte IDH,²⁸ así como el compromiso de los Estados de cumplir la decisión en los casos en los que sean partes.²⁹ Los referidos fallos incluyen las medidas de reparación que el Estado deberá adoptar para garantizar el goce del derecho o libertad conculcados, la reparación de las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de los derechos y la indemnización por los daños ocasionados a la parte lesionada.³⁰

partes afectadas estima que en el trámite y ejecución del amparo el tribunal no cumple lo previsto en la ley o lo resuelto en la sentencia, podrá ocurrir en queja ante la Corte de Constitucionalidad, para que, previa audiencia por veinticuatro horas al ocurso, resuelva lo procedente. Si hubiere mérito para abrir procedimiento, se certificará lo conducente y se enviará inmediatamente al tribunal que corresponda. Podrán tomarse todas las medidas disciplinarias que se estimen pertinentes”.

26 Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, artículo 72.

27 *Ibid.*, artículo 76.

28 CADH, artículo 67.

29 *Ibid.*, artículo 68.1.

30 *Ibid.*, artículo 63.1.

Al respecto, es importante mencionar que las reparaciones dictadas por la Corte en sus sentencias se caracterizan por su amplitud. Por ello, los mecanismos de supervisión de sentencias que ha implementado el tribunal son complejos pues abarcan una variedad de asuntos y obligaciones. Por lo general, para que los Estados cumplan plenamente con sus obligaciones de reparar las violaciones de los derechos humanos deben realizar actos de diverso tipo, en los que muchas veces se requiere la participación de diferentes instituciones estatales.

Conviene resaltar que las sentencias emitidas por la Corte IDH son de cumplimiento obligatorio para el Estado responsable, aun ante la ausencia de legislación local o procedimientos claramente establecidos para viabilizar su cumplimiento, ello de conformidad con los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que impiden a un Estado alegar reglas de derecho interno para eximirse del cumplimiento de los tratados. A los tribunales nacionales también les corresponde realizar una interpretación que observe las obligaciones internacionales; un proceder contrario a lo señalado provocaría la disminución de la eficacia de los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos que los Estados se han obligado a cumplir.

Finalmente, se ha señalado que la ejecución de las sentencias (nacionales o internacionales) constituye, además, un parámetro para medir el nivel de eficiencia de los sistemas normativos y de las instituciones creadas a fin de lograr la convivencia social, libre y pacífica.³¹

La Corte IDH ha reafirmado, por vía jurisprudencial, su competencia en la supervisión del cumplimiento de sentencias.³² Es por medio del análisis de los informes de cumplimiento presentados por el Estado, las observaciones que sobre estos realizan las víctimas o sus representantes, y las que sobre ellos presenta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como la Corte determina el estado de cumplimiento de lo resuelto y emite las resoluciones que estima pertinentes. El tribunal regional también puede requerir información de otras fuentes y, de estimarlo pertinente, puede convocar a las partes a una

31 Cinthya Rebeca Sánchez Pérez, “El derecho de acceso a la justicia y la ejecución de las sentencias de amparo”, *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, núm. 29, 2017, pp. 53 y 54.

32 La facultad de supervisión del cumplimiento de sus sentencias fue ejercida por la Corte IDH desde su primer caso (*Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 1988). Sin embargo, fue tema de abordaje expreso en el Caso Baena, Ricardo y otros vs. Panamá, Sentencia de 28 de noviembre de 2003, competencia, párrafos 58 y ss., cuando un Estado parte por primera vez cuestionó su competencia de supervisión.

audiencia para supervisar el cumplimiento de las decisiones.³³ Por lo anterior, las resoluciones de supervisión de cumplimiento constituyen el medio por el que la Corte fiscaliza la adecuada implementación de sus fallos.

Respecto a los mecanismos previstos para dar cumplimiento a las medidas destinadas a la reparación, a cargo de los Estados, la CADH establece, sobre la indemnización compensatoria, que esta podrá ser ejecutada en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.³⁴ La CIDH no establece los mecanismos de cumplimiento de reparaciones distintas de las de índole pecuniaria, por lo que ello también deberá depender del procedimiento que, para el efecto, fije cada Estado.

En lo que respecta a la ejecución de sentencias de la Corte IDH en el caso guatemalteco, pese a que la Procuraduría General de la Nación posee la representación legal del Estado, así como el deber de promover la ejecución de las sentencias en los procesos en los que este fuere parte, no existe un marco legal que fije procedimientos específicos para efectuar la labor de cumplimiento de los fallos emitidos por la citada Corte. Es decir, como primer aspecto puede señalarse que no hay una normativa interna que describa un procedimiento de ejecución de los fallos proferidos por la Corte IDH. Ante tal situación han sido implementados diferentes mecanismos que serán descritos a continuación.

En el ámbito administrativo, la Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos (Copredeh),³⁵ creada por el Acuerdo Gubernativo 486-91, ha sido la institución a la que se ha delegado el ejercicio de la representación estatal ante los órganos del SIDH; además, ostenta funciones de monitoreo del cumplimiento de las decisiones adoptadas por estos últimos.

La referida Copredeh tiene por objeto coordinar las acciones de los ministerios y las instituciones del organismo ejecutivo para hacer efectiva la vigencia y protección de los derechos humanos y garantizar la comunicación y cooperación del presidente de la República con el organismo judicial y la institución del procurador de los derechos humanos, en lo que corresponde a tales

33 El artículo 69 del Reglamento de la Corte IDH establece lo relativo a la supervisión de cumplimiento de sentencias y otras decisiones del tribunal.

34 CADH, artículo 68.2.

35 Conforme el artículo 2 del Acuerdo Legislativo 486-91 del presidente de la República, la referida Comisión se encuentra conformada por su presidente –designado por el presidente de la República– y los ministros de Relaciones Exteriores, Gobernación, Defensa Nacional, el jefe del Ministerio Público, el procurador general de la nación y el coordinador de la Comisión de la Paz.

derechos.³⁶ Dentro de sus atribuciones, se encuentra la de establecer, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, los vínculos de cooperación, información y asistencia con los organismos internacionales que se ocupan de la protección de los derechos humanos.³⁷ Asimismo, dentro de sus objetivos estratégicos figura el de representar al Estado de Guatemala ante el sistema interamericano y el sistema universal de protección de derechos humanos, así como ante otras instituciones multilaterales que velan por la protección de los mismos.³⁸

En el marco de tales atribuciones, la Procuraduría General de la Nación ha otorgado mandatos judiciales a favor de los abogados de la Copredeh, para que sea esta institución la que represente al Estado ante la Corte IDH y la CIDH.³⁹ La Comisión Presidencial, en sus reportes, ha señalado ser la encargada de coordinar la presentación de informes del Estado de Guatemala, en respuesta a los requerimientos de los diversos mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos.⁴⁰ Asimismo, al presupuesto de la referida dependencia administrativa se han incorporado partidas destinadas a pagar los importes de las sentencias condenatorias y de los acuerdos de solución amistosa alcanzados por las partes ante la CIDH.⁴¹ Aunado a lo anterior, la Copredeh ha dado seguimiento al cumplimiento de los compromisos que corresponden al Estado de Guatemala, mediante los reportes que periódicamente elabora.

Acerca del cumplimiento de las acciones de reparación que se refieren al ámbito judicial, en aquellos casos en los que se ordenó al Estado investigar efectivamente los hechos que generaron dichas violaciones, así como identificar, juzgar y sancionar a los responsables, la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, a

36 Artículo 1 del Acuerdo Gubernativo 486-91 del presidente de la República. Según se describe en su página oficial, surge a raíz de la recomendación del experto independiente de Naciones Unidas para Guatemala, Christian Tomuschat, quien expresó: “A fin de fortalecer la atención prestada a las cuestiones de derechos humanos en todos los sectores de la política oficial, el Gobierno debería considerar la conveniencia de crear una oficina de derechos humanos dentro del marco de la Presidencia e investida de la especial autoridad del Presidente encargarse de las tareas de coordinación, sin inmiscuirse en las funciones específicas de los tribunales ni del Procurador de los Derechos Humanos”. Disponible en: www.copredeh.gob.gt

37 Artículo 4, numeral 7 del Acuerdo Gubernativo 486-91 del presidente de la República.

38 Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos (Coprodeh). Disponible en: <http://copredeh.gob.gt/quienes-somos/>

39 *elPeriódico* [sin fecha]. “¿Qué hace la Copredeh?”. Disponible en: <https://elperiodico.com.gt/opinion/2016/09/09/que-hace-la-copredeh/>

40 Copredeh, “Memoria de labores 2017-2018”. Disponible en: <http://copredeh.gob.gt/wp-content/uploads/memoria-de-labores-2017-2.pdf>

41 *elPeriódico*, “¿Qué hace la Copredeh?”, cit.

requerimiento del Ministerio Público, declaró la autoejecutabilidad de las sentencias emitidas por el tribunal regional.

Tal declaratoria provocó la anulación de actuaciones emitidas en procesos penales seguidos hasta ese entonces y la orden de realizar nuevas investigaciones para la determinación de las personas responsables de las violaciones de derechos humanos. Este mecanismo fue empleado para dar cumplimiento a las sentencias emitidas por la Corte IDH en los casos Paniagua Morales y otros (Panel Blanca), Villagrán Morales y otros (Niños de la Calle), Carpio Nicolle y otros, Bámaca Velásquez y Masacre de las Dos Erres.

A ese respecto, la CIDH expresó su satisfacción ante la decisión de la Cámara Penal, calificándola como un paso importante en el cumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte IDH y una muestra concreta para combatir la impunidad.⁴²

A pesar del mecanismo empleado por la Cámara Penal, en dos de los casos mencionados: Bámaca Velásquez (en el que en la decisión de autoejecutividad se anularon actuaciones en el proceso penal, incluido el sobreseimiento dictado a favor de los sindicatos) y Masacre de las Dos Erres (en el que se dejaron sin validez las impugnaciones presentadas por los procesados contra las órdenes de aprehensión y admisión de pruebas anticipadas decretadas en la causa penal), la Corte de Constitucionalidad, por motivo de acciones de amparo presentadas en las que se denunció extralimitación de las facultades legales por parte de la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, determinó: 1) autoejecutar la anulación de un sobreseimiento, sin mediar orden expresa por parte del tribunal internacional y sin contener una debida fundamentación, vulnera el derecho de defensa de la parte acusada, y 2) anular medios de impugnación, además de ser confrontativo del derecho de defensa, devenía innecesario, puesto que algunas de esas incidencias ya se encontraban firmes. En consecuencia, otorgó las tutelas requeridas y ordenó, en el primero de los casos, emitir nueva decisión debidamente fundada, y en el segundo, aclarar y ampliar lo considerado en cuanto a dejar sin efecto los medios impugnativos.⁴³

Sobre el punto, la Corte IDH se pronunció, indicando:

42 Centro de Políticas Públicas, “Guatemala: Corte declara autoejecutabilidad de sentencias de la Corte Interamericana”, 3 de febrero de 2010. Disponible en: <http://www.politicaspubblicas.net/panel/siddhh/cidh/460-cidh-guatemala.html>

43 Sentencias de 25 de agosto de 2010, emitidas dentro de los expedientes 548-2010, Amparo en única instancia, *Gaceta* 97, y de 18 de enero de 2011, emitida dentro de los expedientes 655/2010 y 656/2010, Amparo en única instancia, *Gaceta* 99.

... estas decisiones [las adoptadas por el Ministerio Público y la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal] dirigidas a reabrir la investigación sobreesida son una aplicación del principio *pacta sunt servanda*, el cual requiere que se asegure a las disposiciones de un tratado el efecto útil correspondiente en el plano del derecho interno de los Estados Partes.

Adicionalmente, con relación al argumento toral esgrimido por el tribunal constitucional para declarar la procedencia de la garantía, se consideró:

... no era necesario que la Corte Interamericana se refiriera expresamente al deber estatal de adoptar una medida específica respecto a dejar sin efecto un sobreseimiento, ya que lo resuelto en la sentencia del Tribunal supone la remoción de todo obstáculo que impida la investigación de los hechos y, en su caso, la sanción de los responsables de las violaciones declaradas.⁴⁴

Es evidente que ante la falta de un procedimiento específico en la legislación interna, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia eran muy valederas y estaban dirigidas a lograr el cumplimiento de los fallos de la Corte IDH. Sin embargo, derivado de la procedencia de los amparos dirigidos a cuestionarlas, se tornó más compleja su ejecución. No obstante, las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia que declaran la “autoejecutabilidad” de las decisiones de la Corte IDH en el ámbito jurisdiccional, constituyen valiosos precedentes para viabilizar el cumplimiento de los fallos del referido tribunal.

NIVEL DE CUMPLIMIENTO DE LOS FALLOS EMITIDOS POR LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y LA CORTE IDH

Cumplimiento de sentencias constitucionales

Sobre el cumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte de Constitucionalidad y los distintos órganos de la jurisdicción ordinaria que fungen como tribunales constitucionales, la primera cuestión por resaltar es la carencia de datos oficiales que permitan determinar los índices de cumplimiento de las sentencias estimatorias proferidas. A pesar de que el máximo tribunal constitucional cuenta con informes mensuales que incluyen datos sobre la gestión de los casos sometidos a su conocimiento, no existen documentos que revelen la existencia

⁴⁴ Corte IDH, Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Resolución de 18 de noviembre de 2010, Supervisión de cumplimiento de sentencia, párrafos 32 y 36.

Solicitudes de asistencia para la debida ejecución en amparos presentados ante la Corte de Constitucionalidad

Lapso	Total de autos	Solicitudes de ejecución	Ocursos
14 de abril a 14 mayo de 2018 ¹	281	0	32
15 de mayo a 14 de junio 2018 ²	334	1	30
15 de junio al 14 de julio de 2018 ³	345	2	36
15 de julio al 14 de agosto de 2018 ⁴	456	2	52
15 de agosto al 14 de septiembre de 2018 ⁵	247	0	28
15 de septiembre al 14 de octubre de 2018 ⁶	368	5	25
15 de octubre al 14 de noviembre de 2018 ⁷	306	4	24
15 de noviembre al 14 de diciembre de 2018 ⁸	255	0	20
15 de diciembre de 2018 al 14 de enero de 2019 ⁹	11	0	0
15 de enero al 14 de febrero de 2019 ¹⁰	477	1	38

Fuente: Corte de Constitucionalidad, Primero a décimo informe mensual, magistrada presidenta Dina Josefina Ochoa Escribá, 2019. Disponible en: www.cc.gob.gt

- 1 Corte de Constitucionalidad, *Primer informe mensual*. Disponible en: <http://www.cc.gob.gt/2018/05/18/primer-informe-mensual-magistrada-presidenta-dina-josefina-ochoa-escriba/>
- 2 Corte de Constitucionalidad, *Segundo informe mensual*. Disponible en: <http://www.cc.gob.gt/2018/06/25/segundo-informe-mensual-magistrada-presidenta-dina-josefina-ochoa-escriba/>
- 3 Corte de Constitucionalidad, *Tercer informe mensual*. Disponible en: <http://www.cc.gob.gt/2018/07/25/tercer-informe-mensual-magistrada-presidenta-dina-josefina-ochoa-escriba/>
- 4 Corte de Constitucionalidad, *Cuarto informe mensual*. Disponible en: <https://cc.gob.gt/2018/08/24/cuarto-informe-mensual-magistrada-presidenta-dina-josefina-ochoa-escriba/>
- 5 Corte de Constitucionalidad, *Quinto informe mensual*. Disponible en: <https://cc.gob.gt/2018/09/27/quinto-informe-mensual-magistrada-presidenta-dina-josefina-ochoa-escriba/>
- 6 Corte de Constitucionalidad, *Sexto informe mensual*. Disponible en: <https://cc.gob.gt/2018/11/27/sexta-informe-mensual-magistrada-presidenta-dina-josefina-ochoa-escriba/>
- 7 Corte de Constitucionalidad, *Séptimo informe mensual*. Disponible en: <https://cc.gob.gt/2018/12/10/septimo-informe-mensual-magistrada-presidenta-dina-josefina-ochoa-escriba/>
- 8 Corte de Constitucionalidad, *Octavo informe mensual*. Disponible en: <https://cc.gob.gt/2019/01/23/octavo-informe-mensual-magistrada-presidenta-dina-josefina-ochoa-escriba/>
- 9 Corte de Constitucionalidad, *Noveno informe mensual*. Disponible en: <https://cc.gob.gt/2019/02/26/noveno-informe-mensual-magistrada-presidenta-dina-josefina-ochoa-escriba/>
- 10 Corte de Constitucionalidad, *Décimo informe mensual*. Disponible en: <https://cc.gob.gt/2019/03/18/decimo-informe-mensual-magistrada-presidenta-dina-josefina-ochoa-escriba/>

de un monitoreo sobre el cumplimiento de los fallos emitidos por el referido tribunal, como tampoco existe una oficina para dar seguimiento a los fallos estimatorios y determinar su cumplimiento.⁴⁵

Los únicos datos con los que se cuenta son los referentes a la cantidad de solicitudes de asistencia para la debida ejecución, conocidas por el referido tribunal en amparos presentados directamente ante la Corte de Constitucionalidad (ver tabla de la página anterior).

No existen referencias con relación al sentido del pronunciamiento emitido, es decir, si se declaró con lugar y, derivado de ello, se profirieron decisiones que posibilitaron nuevas órdenes hacia autoridades que no han ejecutado lo ordenado en amparo o bien aquellas fueron desestimadas. Sobre los recursos en queja resueltos en esos mismos periodos se debe mencionar que estos pueden ser promovidos por dos motivos: cuando se denuncian infracciones en el trámite del amparo y cuando no se ejecuta debidamente el fallo dictado en este. En los datos obtenidos se evidencia que tampoco se hace distinción entre aquellos promovidos para cuestionar vicios en el trámite del amparo y los dictados por denuncia de incumplimiento de las decisiones emitidas por el tribunal constitucional.

Aunque la información sobre las ejecuciones conocidas por el alto tribunal es prácticamente inexistente, los escasos datos mencionados posibilitan determinar que de las 3.080 decisiones adoptadas mediante auto en un periodo de diez meses, solamente 15 versaron sobre peticiones de ejecución de garantías, con lo que se aprecia un bajo índice de decisiones emitidas por la Corte de Constitucionalidad en ejercicio de la facultad de ejecución de los fallos que emite. Sin embargo, al no existir un sistema de monitoreo del cumplimiento de los fallos, ello tampoco podría ser un indicativo del nivel de cumplimiento de las resoluciones dictadas por ese tribunal.

Respecto de las garantías constitucionales que son promovidas con alcances *inter partes*, cuyos efectos van dirigidos al caso concreto, en la mayoría de situaciones en las que no se presenta solicitud de ejecución, podría estimarse que es porque se cumplen.

Ahora bien, en aquellos casos en los que sus efectos van dirigidos más allá del caso concreto en el que fueron promovidos, resulta interesante mencionar lo referente al nivel de cumplimiento de las resoluciones dictadas por el tribunal constitucional y las resistencias o demoras en su ejecución.

45 En la actividad preparatoria realizada en Guatemala, una de las panelistas llamó la atención al respecto, puntualizando que al preparar su participación para el evento y requerir las estadísticas relacionadas con el nivel de cumplimiento de resoluciones en materia constitucional evidenció la falta de estas.

Un ejemplo del empleo de las facultades de ejecución, por parte de la Corte de Constitucionalidad, aconteció en el expediente 225-93,⁴⁶ en el que el tribunal declaró, de oficio, la inconstitucionalidad de las denominadas “Normas temporales de gobierno” emitidas por el entonces presidente de la República, Jorge Serrano Elías, a través de las cuales se intentó dejar sin efecto disposiciones contenidas en la Constitución Política de la República de Guatemala, disolver el Congreso de la República, destituir a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y asumir poderes legislativos. Tras la emisión de la sentencia, por considerar que el presidente había continuado actuando en evidente inobservancia de lo decidido, e incluso, en las oficinas del *Diario Oficial* se habían negado a recibir el fallo para su publicación, nuevamente de oficio, se procedió a requerir a los ministros de Gobernación y de la Defensa el auxilio necesario para que la sentencia antes mencionada fuera publicada de inmediato y se hiciera cumplir por dichos funcionarios. El tribunal fundamentó su decisión en el artículo 78 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que dispone que la desobediencia, el retardo u oposición a una resolución dictada en un proceso de amparo por parte de un funcionario o empleado del Estado y sus instituciones descentralizadas y autónomas es causa legal de destitución, además de las otras sanciones establecidas en las leyes, normativa que la Corte consideró aplicable también a los casos de inconstitucionalidad. Finalmente, con el fin de restablecer el orden constitucional que había sido alterado, la Corte fijó los parámetros que de conformidad con la ley fundamental debían seguirse para el normal funcionamiento del Estado. La sentencia dictada el 25 de mayo de 1993 y las siguientes órdenes dadas el 31 de mayo de ese año fueron cumplidas.

Otro ejemplo en que la Corte de Constitucionalidad ha empleado los mecanismos que la ley constitucional prevé para procurar el cumplimiento de sus sentencias puede observarse en el expediente 4255-2009, en el que el tribunal declaró la desobediencia de la orden dictada dentro de la acción de amparo, a raíz de la cual el ministro de Educación debía proporcionar el listado completo de los beneficiarios de un programa social denominado “Mi familia progresa”; consecuentemente, dispuso la destitución del citado funcionario, en aplicación del artículo 50, literal c) de la ley de la materia; al mismo tiempo, ordenó certificar lo conducente al Ministerio Público, a efecto de que en las instancias judiciales correspondientes se determinara si la conducta omisiva generaba responsabilidad penal. Para asegurar el cumplimiento del efecto de la tutela otorgada, se ordenó

46 Corte de Constitucionalidad, Inconstitucionalidad de carácter general, expediente 225-93, Sentencia de 25 de mayo y autos de 31 de mayo y 4 de junio, todos de 1993, *Gaceta* 28.

al próximo ministro y al director ejecutivo del referido programa proporcionar a la solicitante del amparo la información requerida.⁴⁷

Para ejemplificar la utilización del recurso en queja como mecanismo para denunciar el incumplimiento de los tribunales de amparo de primer grado con respecto a su deber de ejecutar las decisiones, puede citarse el expediente 2810-2010,⁴⁸ en el que la Corte de Constitucionalidad, al conocer en apelación, otorgó la protección requerida por diversas personas que denunciaban la suspensión del suministro de agua potable en perjuicio de diversas comunidades, provocada por la asociación civil local a cargo del servicio; como efecto positivo, se ordenó su reconexión inmediata. Alegando actitud pasiva del tribunal de primer grado ante el incumplimiento de la entidad cuestionada, los postulantes formularon en numerosas oportunidades recurso en queja señalando que, aunque habían sido adoptadas ciertas medidas, aún no eran abastecidos del vital líquido de forma satisfactoria. La Corte, para determinar la correcta ejecución del fallo, delineó ciertas directrices como parámetros para garantizar el acceso al recurso y, finalmente, tras la presentación de informes sobre extremos extraídos en verificación *in situ*, tuvo por bien ejecutado lo resuelto en el fallo.⁴⁹

Otras decisiones que merecen especial mención son aquellas en las que se determina la violación de derechos económicos, sociales y culturales. Debido a que las órdenes emitidas en tales decisiones deberían tener incidencia en el presupuesto, suponen la creación de políticas públicas y tocan las esferas de competencia de numerosas instituciones estatales, su cumplimiento suele constituir un gran desafío. A pesar de la existencia de casos en los que se ha otorgado protección constitucional al ser denunciada, por ejemplo, la omisión de políticas contra el cáncer cervicouterino,⁵⁰ la falta de medicamentos e insumos para los pacientes con VIH/sida⁵¹ y la falta de insumos y de personal en los hospitales públicos⁵² –oportunidades en las que se ha exhortado a las autoridades

47 *La Hora*, “Ordenan la destitución de Bienvenido Argueta”, 25 de febrero de 2010. Disponible en: <http://lahora.gt/hemeroteca-lh/ordenan-la-destitucion-de-bienvenido-argueta-2/>

48 Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia de amparo, expediente 2810-2010, Sentencia de 1 de febrero de 2011, *Gaceta* 99.

49 Corte de Constitucionalidad, recurso en queja, expediente 1087-2015, Auto de 12 de junio de 2015.

50 Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia de amparo, expediente 4048-2012, Sentencia de 23 de mayo de 2013, *Gaceta* 108.

51 Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia de amparo, expediente 2846-2012, Sentencia de 18 de septiembre de 2012, *Gaceta* 105.

52 Corte de Constitucionalidad, amparo en única instancia, expediente 3501-2011, Sentencia de 24 de julio de 2012, *Gaceta* 105; Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia de

denunciadas a adoptar progresivamente, por medio de los órganos competentes, las medidas administrativas efectivas que permitían garantizar a la población el derecho violentado–, no existen registros de seguimiento al cumplimiento de las medidas de reparación fijadas por el tribunal.

Pese a lo señalado, la promoción de mecanismos de ejecución con relación a la sentencia dictada dentro del expediente 3501-2011,⁵³ en la acción que promovió el procurador de los derechos humanos contra el presidente de la República de Guatemala y el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, denunciando primordialmente la falta de recursos en todo el sector salud, permite advertir el bajo grado de cumplimiento de este tipo de sentencias. En el expediente precitado, la Corte de Constitucionalidad otorgó el amparo requerido, y ordenó a los funcionarios increpados la adopción de medidas administrativas efectivas que permitieran al Estado de Guatemala garantizar a la población el derecho a la salud; consecuentemente, debían velar debidamente, en cumplimiento de sus funciones, para que se observaran en los hospitales públicos los estándares apropiados para atender a las personas que así lo requirieran. Tras la promoción de las medidas pertinentes por parte del postulante, para procurar el debido cumplimiento de la sentencia –estas, presentadas cinco años después del referido fallo–, la Corte, teniendo a la vista los informes pertinentes, dictó auto por el que declaró ha lugar la gestión formulada.⁵⁴ Ello, con fundamento en que se evidenciaba que persistían las circunstancias que habían originado la promoción del amparo, puesto que si bien se habían realizado algunas acciones cuya eficacia en todo caso se vería reflejada a la postre, no se habían indicado las medidas por aplicar a efecto de cumplir plenamente con lo ordenado, por lo que debían incluirse planes o programas a corto, mediano y largo plazo por los que se observara con plenitud lo decidido en tal pronunciamiento. En síntesis, de los casos en los que se observan efectos hacia la generalidad, relacionados con temas de salud, se evidencia escaso cumplimiento, al presentarse denuncias y peticiones que reiteran las carencias denunciadas o el incumplimiento. Sin embargo, no existe un sistema de monitoreo de lo resuelto.

Una de las acciones más conocidas en materia de derechos sociales y cuyo cumplimiento fue efectivo en algunos aspectos es la acción de amparo interpuesta por diversas asociaciones de personas con discapacidad contra la corporación municipal de Ciudad de Guatemala, dentro de la cual denunciaban la

amparo, expediente 2643-2008, Sentencia de 17 de agosto de 2010, *Gaceta* 97.

53 Corte de Constitucionalidad, amparo en única instancia, expediente 3501-2011, cit.

54 Corte de Constitucionalidad, solicitud de asistencia para la debida ejecución, expediente 3501-2011, Auto de 25 de febrero de 2016.

inexistencia de infraestructura en las paradas de autobús que permitieran a las personas con discapacidad abordar las unidades que prestan el servicio urbano, la falta de normas reglamentarias que regularan el servicio público de transporte urbano, así como la amenaza de que las instalaciones del proyecto Transmetro restringieran los derechos de las personas con discapacidad. La Corte de Constitucionalidad otorgó la protección constitucional dentro del expediente 2863-2006,⁵⁵ conminando a la autoridad a tomar las medidas para el acceso a las personas con discapacidad en las nuevas construcciones, remodelaciones, ampliaciones de las aceras y paradas de autobuses, así como en la nueva adquisición de unidades de transporte colectivo, señalándose además espacios reservados para aquellas personas, incluidas las de la tercera edad y las mujeres embarazadas, aludiendo a que debían tomarse todas aquellas medidas necesarias para alcanzar tales objetivos. Adicionalmente, ordenó revisar el Reglamento para la Prestación del Servicio Público de Transporte Colectivo Urbano, con el fin de regular especificaciones técnicas con las que deberá cumplir toda infraestructura relacionada con el transporte público, incluyendo además los requisitos con los cuales deberán cumplir las unidades de transporte colectivo que presten dicho servicio, con el objeto de garantizar un acceso adecuado a las personas con discapacidad. Tales medidas debían adoptarse en un término de seis meses y debían revisarse las obras concluidas para el cumplimiento de las medidas necesarias.

Dentro del cumplimiento de tal fallo debe acotarse que, en la actualidad, todas las paradas y unidades de Transmetro cumplen con tales requerimientos; sin embargo, aún existen unidades de transporte colectivo que no responden a las necesidades y medidas requeridas para garantizar el acceso y resguardar la integridad física de las personas con discapacidad, personas de la tercera edad y mujeres embarazadas. Con respecto al ámbito reglamentario, se ha previsto que las unidades deben contar con asientos para personas con discapacidad, mujeres embarazadas y personas de la tercera edad, los que deben estar debidamente señalizados,⁵⁶ sin que se prevea en dicho reglamento lo relacionado con infraestructura y las especificaciones en las unidades que prestan el servicio.

Otras sentencias en las que se advierte gran dificultad de cumplimiento son aquellas cuyos efectos conllevan la aprobación de leyes por parte del órgano parlamentario, derivado de las exhortativas emitidas por el alto tribunal

55 Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia en amparo, expediente 2863-2006, Sentencia de 25 de abril de 2007.

56 Concejo Municipal de la Ciudad de Guatemala, Acuerdo 49-2019, Reglamento para la Operación y Prestación de Servicios en el Sistema Integrado de Transporte Público Colectivo Urbano del Municipio de Guatemala y sus Áreas de Influencia, vigente desde el 18 de diciembre de 2009.

constitucional, ante la determinación de remisiones constitucionales o convencionales pendientes de cumplir.

Como prueba de tal aseveración, puede referirse lo concerniente al pronunciamiento emitido dentro del expediente 1822-2011,⁵⁷ en el que la Corte de Constitucionalidad declaró ha lugar la inconstitucionalidad por omisión presentada, que reprochaba la omisión legislativa de adecuar el delito de tortura previsto en el Código Penal a lo establecido en las normas del derecho internacional de los derechos humanos. El fallo proferido exhortó a los órganos del Estado dotados de iniciativa legislativa a asumir la responsabilidad institucional que corresponde para suplir la omisión detectada; recibidas y admitidas las iniciativas de reforma, conforme los trámites previstos en las normas aplicables, el Congreso debía proceder a su discusión y aprobación correspondientes. No se previó plazo para el cumplimiento de lo señalado, ni consecuencia ante la eventual inobservancia de lo dispuesto. Al tiempo de escribir este artículo, el delito de tortura aún no había sido reformado.

Adicionalmente, debe hacerse mención de las numerosas ocasiones en las que la Corte de Constitucionalidad ha exhortado al Congreso de la República de Guatemala a que subsane la omisión de una plataforma legal o reglamentaria que regule apropiada y suficientemente la consulta a los pueblos indígenas prevista en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. En la sentencia emitida dentro de los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017,⁵⁸ el tribunal efectuó un recuento de todas aquellas decisiones emitidas previamente en tal sentido,⁵⁹ concluyendo que desde que fue realizada la primera exhortación habían transcurrido casi diez años, lo que a juicio de ese tribunal constituía un tiempo suficiente y razonable en el cual pudo haberse superado la omisión legislativa. Ante esa situación, la Corte optó por compeler a los diputados del

57 Corte de Constitucionalidad, inconstitucionalidad general parcial por omisión, expediente 1822-2011, Sentencia de 17 de julio de 2012, *Gaceta* 105.

58 Corte de Constitucionalidad, apelación de auto en amparo, expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, Sentencia de 26 de mayo de 2017, *Gaceta* 124.

59 Quedó plasmado en el citado fallo: “sentencias de ocho de mayo de dos mil siete; nueve de abril de dos mil ocho; veintiuno de diciembre de dos mil nueve; diecinueve de enero y cinco de diciembre, ambas de dos mil doce; cinco y veintiocho de febrero, y cuatro de diciembre, todas de dos mil trece; dos (2) de veinticinco de marzo de dos mil quince, diez y catorce de septiembre, todas de dos mil quince; dos (2) de doce de enero, y treinta y uno de marzo, todas de dos mil dieciséis, proferidas en los expedientes 1179-2005, 2376-2007, 3878-2007, acumulados 2433/2480-2011, 2432/2481-2011, 4419-2011, 1008-2012, acumulados 4639/4646-2012, acumulados 5237/5238-2012, acumulados 156/159-2013, 1149-2012, acumulados 4957/4958-2012, 411-2014, 3753-2014 y 2567-2015, respectivamente”.

Congreso a que, en un año, se produjera el proceso legislativo, a efecto de asegurar la aprobación de la normativa legal atinente al derecho de consulta. No quedaron plasmadas las consecuencias ante un eventual incumplimiento, el que, a la fecha, ya se encuentra materializado, dada la persistencia en la actitud omisa del órgano parlamentario.

Aunado a ello, se realizó una reiteración en la sentencia dentro del expediente 4785-2017⁶⁰ y se requirió a los diputados al Congreso de la República de Guatemala que rindieran informe a la Corte de Constitucionalidad sobre los avances para el cumplimiento de la orden girada dentro de los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, informe que sería incorporado a dichos expedientes y remitido al tribunal de primer grado a efecto de fiscalizar la debida ejecución de la orden emitida, relacionada con regular el proceso de consulta en el término de un año. A la presente fecha, persiste el incumplimiento por parte del Congreso de la República, pues no ha sido emitida la regulación pertinente.

Finalmente, en un caso reciente, el tribunal constitucional emitió sentencia de 12 de febrero de 2018 dentro del expediente 2951-2017,⁶¹ en la que, pese a denegar la acción de inconstitucionalidad promovida, exhortó al organismo legislativo y a sus diputados para que se produjera el proceso legislativo que conllevara la reforma del segundo párrafo del artículo 407 N del Código Penal –que contiene el delito de financiamiento electoral ilícito–, tomando en cuenta los principios de proporcionalidad, racionalidad y justicia; además, para que se establecieran los elementos diferenciadores de la conducta administrativa contenida en la Ley Electoral y de Partidos Políticos y el tipo penal contenido en el segmento señalado. Esta decisión fue objeto de gran polémica debido a que varios políticos afrontan, hasta la fecha, procesos penales en los que se les atribuye la comisión de ese delito, por lo que analistas consideraron que el Congreso buscaría manipular el artículo a fin de reducir las penas o favorecer la impunidad.⁶² Efectivamente, el artículo relacionado fue reformado mediante Decreto 23-2018,⁶³ adicionando el artículo 407 O, que regula el delito de financiamiento electoral no registrado, en el cual se prevé una pena de uno a cinco años de prisión por no

60 Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia en amparo, expediente 4785-2017, Sentencia de 3 de septiembre de 2018, *Gaceta* 129.

61 Corte de Constitucionalidad, inconstitucionalidad general, expediente 2951-2017, Sentencia de 12 de febrero de 2018, *Gaceta* 127.

62 Oswaldo Samayoa, “La reforma al delito de financiamiento electoral ilícito”, 9 de abril de 2018. Disponible en: <https://www.plazapublica.com.gt/content/la-reforma-al-delito-de-financiamiento-electoral-ilicito>

63 Congreso de la República de Guatemala, Decreto 23-2018 de 6 de noviembre de 2018, publicado en el *Diario Oficial* el 5 de noviembre de 2018.

registrar dentro de su contabilidad las aportaciones y para quienes realicen aportaciones de forma anónima; dentro de tal norma no se prevé la inhabilitación para optar a cargo público. Cabe acotar que de conformidad con el artículo 50 numeral 1º, las penas que no excedan de cinco años son conmutables y, al no prevverse lo contrario dentro del texto del tipo penal, tal disposición resultaría aplicable. Este fallo constituye a la fecha el único precedente de exhortación acatado por el Congreso de la República, lo que deja en evidencia que el incumplimiento es una falta de interés político y legislativo.

Cumplimiento de sentencias de la Corte IDH

El único caso que en la página oficial del tribunal regional aparece como archivado por cumplimiento es el Caso Maldonado Ordóñez,⁶⁴ hasta ahora el único de los procesos contenciosos seguidos contra el Estado de Guatemala que figura con este estatus. Las sentencias condenatorias emitidas contra el Estado de Guatemala son 28, en 24 casos se ha requerido la supervisión de cumplimiento de la sentencia y en 23 existen aspectos pendientes de cumplir.

En lo referente a las sentencias, varias de ellas se relacionan con graves violaciones de los derechos humanos cometidas durante el conflicto armado interno. Dentro de esa situación constituye medida fundamental la investigación, el juzgamiento y la sanción a los responsables de los hechos cometidos. Además, dentro de las medidas de reparación se incluyen, entre otras, pago de indemnizaciones, actos públicos de desagravio y reconocimiento de responsabilidad, ejecución de medidas de rehabilitación, conmemoración y homenaje a las víctimas. Adicionalmente, la Corte IDH ha establecido medidas de reparación consistentes en la adopción de disposiciones administrativas, legislativas o reglamentarias tendientes a remover los obstáculos que enfrenta la justicia guatemalteca.

Para 2014, en un recuento de los casos guatemaltecos conocidos por la Corte IDH hasta ese entonces (19), todos los fallos del órgano regional (con excepción de los casos Raxcacó Reyes y Fermín Ramírez, relacionados con la aplicación de la pena de muerte) habían ordenado investigar de forma diligente y efectiva, y respetando las debidas garantías, los hechos que generaron las violaciones de los derechos humanos, a fin de identificar y sancionar a sus responsables.⁶⁵

64 Corte IDH, Casos en etapa de supervisión archivados por cumplimiento. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/casos_en_etapa_de_supervision_archivados_cumplimiento.cfm?lang=es

65 María Marín Quintana, *Cumplimiento de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos: desafíos en materia de justicia*, Costa Rica, Cejil, 2016, p. 31.

Aunque el Estado, en los diferentes casos, ha cumplido con medidas de reparación económica ordenadas por la Corte IDH,⁶⁶ así como de satisfacción de las víctimas y de reconocimiento de responsabilidad estatal,⁶⁷ en el ámbito judicial, el cumplimiento de las ordenanzas ha afrontado grandes obstáculos. En el contexto de lo que organizaciones internacionales han denominado una “situación de impunidad estructural”⁶⁸ y una “persistente cultura de impunidad instalada”,⁶⁹ Guatemala reporta altos índices de incumplimiento en aquellas medidas en lo que concierne a investigar, juzgar y, en su caso, sancionar.

Ilustrativo de lo anterior es el reporte emitido por la Copredek⁷⁰ (2017) en el que se indicó sobre avances en las medidas de reparación consistentes en el pago de resarcimiento económico a las víctimas por daño inmaterial, pago de costas y gastos de representantes y peticionarios, pago de fondo de asistencia para la víctima, publicación de resumen oficial de fallo proferido por la referida Corte, traducción de sentencia emitida por la Corte IDH en idioma maya y entrega de becas a estudiantes de la Facultad de Antropología, con relación a los casos Gutiérrez Hernández y otros, Masacre de Río Negro, Gudiel Álvarez y otros, Miembros de Chichupac, Chinchilla Sandoval y Myrna Mack Chang. No se hizo ninguna mención respecto al cumplimiento de medidas de reparación que conciernen a la obligación de investigar, juzgar y sancionar.

Otro indicativo del grave problema que afronta Guatemala para el cumplimiento de estas últimas medidas es la resolución de 12 de noviembre de 2015 emitida por la Corte IDH, respecto a la supervisión de doce casos guatemaltecos: Blake, Paniagua Morales y otros (Panel Blanca), Villagrán Morales y otros (Niños de la Calle), Bámaca Velásquez, Myrna Mack Chang, Maritza Urrutia, Molina Theissen, Masacre Plan de Sánchez, Carpio Nicolle y otros, Tiu Tojín, Masacre de las Dos Erres, Chitay Nech y otros, en los que el tribunal se pronunció de

66 Programa de Apoyo a la Seguridad y Justicia en Guatemala (Sejust), *Análisis de sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado de Guatemala*, Guatemala, Sejust, 2016, p. 64.

67 Marín Quintana, *op. cit.*, p. 28.

68 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala*, Washington, D.C., 2003, párrafo 21.

69 Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, 2006, párrafo 23.

70 Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos (Coprodek), “Memoria de labores 2017-2018”. Disponible en: <http://copredek.gob.gt/wp-content/uploads/memoria-de-labores-2017-2.pdf>

manera conjunta sobre el grado de cumplimiento de la mencionada reparación.⁷¹ En su decisión, la Corte IDH, tras analizar cada una de las acciones adoptadas en cada caso particular, concluyó que las medidas de reparación relativas a la obligación de investigar los hechos de los 12 casos se encontraban pendientes de cumplimiento.⁷²

Refirió además que, a excepción de uno de los casos (Myrna Mack Chang), los procesos penales continuaban en etapa de investigación penal; únicamente en 5 de los 12 casos se habían adoptado decisiones judiciales que se pronunciaran sobre la determinación de responsabilidades penales; sin embargo, dentro de los 5 referidos estaba pendiente la investigación y el juzgamiento de otros posibles responsables o la captura de condenados. Particularmente, en 7 de los casos evaluados determinó que prevalece la impunidad por la falta de efectividad de las

71 En las sentencias emitidas en los casos referidos, la Corte IDH desarrolló ciertos criterios relacionados con la obligación de investigar grandes violaciones de los derechos humanos, determinando que el Estado debía remover todos los obstáculos y mecanismos de hecho y derecho que mantienen la impunidad, abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como a medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir efectos de la sentencia condenatoria, en casos de violaciones graves de los derechos humanos; el Estado no podría invocar como eximente de su obligación de investigar y sancionar, las sentencias emanadas en procesos que no cumplieron los estándares de la CADH; además, debía adoptar medidas concretas dirigidas a fortalecer su capacidad investigativa. Por otro lado, las autoridades estatales no podían ampararse en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de las investigaciones o los procesos pendientes. En los casos relacionados con desapariciones forzadas, si el delito se tipificase con posterioridad al momento en que inició la desaparición, y la conducta delictiva se mantuviera, la nueva tipificación resultaría aplicable; las investigaciones debían tomar en cuenta el patrón sistemático de violaciones de los derechos humanos existente en la época [en la que acontecieron los sucesos], con el objeto de que la investigación fuera conducida en consideración de la complejidad de estos hechos y el contexto en que ocurrieron; los jueces debían encauzar el proceso de manera que los recursos judiciales no tuvieran efectos dilatorios y entorpecedores en el proceso, y el Estado debía facilitar todos los medios necesarios para proteger a las víctimas de hostigamientos y amenazas que buscaran entorpecer el proceso, otorgar garantías de seguridad suficientes a las autoridades judiciales, fiscales, testigos, operadores de justicia y a los familiares de las víctimas; asimismo, garantizar que las víctimas tuvieran pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas de la investigación y juicio, y los resultados de las investigaciones debían ser divulgados públicamente.

72 Corte IDH, 12 casos guatemaltecos, Resolución de 24 de noviembre de 2015, Supervisión de cumplimiento de sentencias respecto de la obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos, párrafo 175.

investigaciones y los procesos penales y la demora injustificada en las mismas.⁷³ Asimismo, se advirtió que las investigaciones de los 12 casos corresponden a hechos que ocurrieron o iniciaron su ejecución entre los años 1981 y 1999, habiendo transcurrido entre 18 y 34 años desde que las graves violaciones de los derechos humanos ocurridas en esos casos fueron cometidas y se encuentran en la impunidad.⁷⁴

Adicionalmente, en su decisión el tribunal regional identificó obstáculos estructurales y comunes en los 12 casos analizados, que han favorecido la demora injustificada de las investigaciones y los enjuiciamientos referidos. Estos hacían referencia a: 1) reiteradas negativas del Ministerio de Defensa y el Instituto de Previsión Militar a suministrar información relevante para las investigaciones ante las solicitudes del Ministerio Público, lo que incide negativamente en la obligación de investigar;⁷⁵ 2) uso excesivo de los recursos, que provoca un efecto dilatorio en detrimento del acceso a la justicia y favorece la impunidad,⁷⁶ aunado a la falta de claridad respecto de la interpretación de la Ley de Reconciliación Nacional, lo que favorece la interposición de recursos judiciales en el marco de la investigación de los casos;⁷⁷ 3) omisión de presentar información sobre las diligencias que realiza el Estado mediante sus distintas instituciones para la ejecución efectiva de las órdenes de aprehensión, tanto dentro de su territorio como las que requieren cooperación interestatal, lo que evidenciaba un obstáculo adicional al cumplimiento de la obligación de investigar;⁷⁸ 4) falta de evidencia de la existencia de las líneas de investigación que seguirá el Estado en la continuación de las investigaciones y los enjuiciamientos correspondientes.⁷⁹ Adicionalmente, la Corte IDH hizo mención de otros obstáculos alegados: el hostigamiento contra operadores de justicia y la falta de recursos suficientes para el desempeño de labores por las unidades especializadas del Ministerio Público.⁸⁰

En la aludida decisión, la Corte IDH manifestó:

Los funcionarios que participan en las labores de investigación, juzgamiento penal y ejecución de condenas no deben afrontar estos obstáculos de forma aislada.

La superación de los mismos debe comprender un análisis mayor, que permita

73 *Ibid.*, párrafo 126.

74 *Ibid.*, párrafo 170.

75 *Ibid.*, párrafo 130.

76 *Ibid.*, párrafo 136.

77 *Ibid.*, párrafo 147.

78 *Ibid.*, párrafo 155.

79 *Ibid.*, párrafo 163.

80 *Ibid.*, párrafos 166 y 168.

determinar la necesidad de reformas, cambios o fortalecimientos a nivel legal, institucional o de políticas públicas. Para eliminar la impunidad que se ha mantenido por décadas es necesario que el Estado evalúe y defina, a la mayor brevedad, las medidas que debe adoptar para combatir las causas y problemas comunes a todos estos casos de graves violaciones a derechos humanos, la mayoría de ellos relativos a hechos en relación con el conflicto armado interno.⁸¹

Aunado a lo anterior, la Corte IDH ha dispuesto que el Estado debe adoptar medidas administrativas, legislativas o reglamentarias para garantizar la efectividad de derechos y libertades reconocidos en la CADH; en ese marco, la referida Corte ha señalado las necesidades concretas de 1) adecuar normas ya existentes, por ejemplo, en el Caso Masacre de las Dos Erres, en el que se ordenó a Guatemala adoptar medidas necesarias para regular la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de acuerdo con el verdadero objeto de esta acción, y 2) crear nuevas normas, situación que puede apreciarse en el Caso Molina Theissen, en el que ordenó la creación de un procedimiento expedito que permitiera obtener la declaración de ausencia y presunción de muerte por desaparición forzada con fines de filiación, sucesión, reparación y demás efectos civiles relacionados con ella.⁸²

A pesar de que el Estado ha informado la existencia de diversas propuestas legislativas, el único avance reportado es la Ley del Régimen Penitenciario, a través de la cual Guatemala reacciona a la exigencia del tribunal, en el Caso Panigua Morales y otros (Panel Blanca), a efecto de generar un registro de personas detenidas; no obstante, la Corte IDH consideró un cumplimiento parcial, pues era necesario que el registro se extendiera a centros de prisión preventiva, adolescentes en conflicto con la ley penal, centros de detención militar y policial, lo que no fue previsto en la referida normativa.⁸³

En lo relativo a las reformas a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, aunque existen propuestas, estas no han sido aprobadas por el Congreso de la República de Guatemala.⁸⁴ Sobre la obligación de crear un procedimiento expedito que permitiera obtener la declaración de ausencia y presunción de muerte por desaparición forzada (Caso Molina Theissen), la Corte, en el último informe en el que conoció sobre el avance de tal medida, indicó que

81 *Ibid.*, párrafo 174.

82 Programa de Apoyo a la Seguridad y Justicia en Guatemala (Sejust), *Análisis de sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado de Guatemala*, Guatemala, 2016, pp. 58-61.

83 *Ibid.*, pp. 105 y 106.

84 *Ibid.*, p. 106.

el anteproyecto de ley para reformar los artículos 42 y 64 del Código Civil aún no había sido sometido al poder legislativo para su discusión y aprobación.⁸⁵

Pendientes de cumplimiento se encuentran, entre otros, la búsqueda de restos humanos o exhumaciones (4), la ubicación de desaparecidos (4), la realización de actos públicos (5), las disculpas públicas (4), el otorgamiento de becas, crear o reparar escuelas, placas conmemorativas, nombres de calles (6), establecer centros de salud (1) y ampliar y asfaltar una carretera (1).

Dentro de las normas pendientes de emitir o reformar se encuentran:

- a) Reformas a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.
- b) Reformas al Código Penal en sus artículos 132 que tipifica el delito de asesinato, y 201 que tipifica el secuestro.
- c) Mientras siga vigente la pena de muerte debía establecerse un procedimiento para el indulto o la conmuta.
- d) Medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias con el objeto de garantizar la certeza y la publicidad del registro de detenidos.
- e) Medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para crear un sistema de información genética.
- f) Ley para la creación de la Comisión Nacional de búsqueda de personas desaparecidas.

Con relación a la legislación o los procedimientos administrativos para lograr la búsqueda inmediata de mujeres desaparecidas, en 2016 se profirió el Decreto 9-2016 del Congreso de la República, Ley de Búsqueda Inmediata de Mujeres Desaparecidas, la cual, a pesar de que cobró vigencia desde el 2 de marzo de 2016, solo se impulsó hasta agosto de 2018 mediante el establecimiento de la Alerta Isabel-Claudina, un sistema de búsqueda a cargo de la Procuraduría General de la Nación.

Adicionalmente, cabe resaltar que con respecto a la supervisión de cumplimiento de los 12 casos, dentro del informe referido recordó “la incompatibilidad con la Convención de aplicar leyes de amnistía como eximentes de responsabilidad penal en casos de graves violaciones de derechos humanos”,⁸⁶ asimismo, señaló que los 12 casos analizados en el procedimiento de debido cumplimiento versaban sobre graves violaciones de los derechos humanos, de ahí que era

85 Corte IDH, Caso Molina Theissen vs. Guatemala, resolución de 16 de noviembre de 2009, Supervisión de cumplimiento de sentencia, párrafo 42.

86 Corte IDH, 12 casos guatemaltecos, cit., párrafo 154.

inadmisible la aplicación de normas de amnistía, pues esto constituía un evidente incumplimiento.

No obstante tales recomendaciones y acotaciones respecto a la incompatibilidad de las normas de amnistía, en 2019 el Congreso de la República de Guatemala inició la discusión de la iniciativa 5.377 que contiene reformas a la Ley de Reconciliación Nacional,⁸⁷ con lo cual se otorgaría amnistía por delitos cometidos durante el conflicto armado interno. La discusión del proyecto inició aceleradamente en el Congreso de la República, donde se aprobó en primer y segundo debates.⁸⁸ En ese momento se produjo la resolución de la Corte IDH, en la que se dictan medidas provisionales y de supervisión de cumplimiento del Caso de los miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal y del Caso Molina Theissen y otros doce casos contra Guatemala.⁸⁹ Dentro de tal resolución, se resaltó que las medidas provisionales fueron solicitadas por las representantes de la víctimas del Caso de los miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal, derivado de amenazas graves a la vida e integridad personal ocurridos con posterioridad a que el Ministerio Público reabriera la investigación por las violaciones sexuales y que se produjera la captura y prisión preventiva de siete personas en mayo de 2018, así como la alegada situación de vulnerabilidad en la que se les pondría con la materialización de la aprobación de la referida iniciativa de Ley 5.377.⁹⁰

Al analizar la situación de las denuncias presentadas por las víctimas, la Corte IDH resaltó:

... de aprobarse la referida iniciativa de Ley 5.377 el Estado incurriría en una afectación de la cosa juzgada internacional respecto de las sentencias dictadas por esta Corte en los casos Bámaca Velásquez, Myrna Mack Chang, Maritza Urrutia, Masacre Plan de Sánchez, Molina Theissen, Carpio Nicolle y otros, Tiu Tojín, Masacre de Las Dos Erres, Chitay Nech y otros, Masacres de Río Negro, Guidiel Álvarez y otros (“Diario Militar”), García y familiares, Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal y Coc Max y otros

87 Congreso de la República de Guatemala, Iniciativa 5.377. Disponible en: https://www.congreso.gob.gt/wp-content/plugins/paso-estado-incidencias/includes/uploads/docs/1529101124_Dictamen%205377.pdf

88 *Prensa Libre*, “Congreso va por las controversiales reformas a la Ley de Reconciliación y de oenegés”. Disponible en: <https://www.prensalibre.com/guatemala/politica/congreso-va-por-las-reformas-a-la-ley-de-reconciliacion-nacional-y-de-oeneges/>

89 Corte IDH, Caso de los miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal, Caso Molina Theissen y otros 12 casos contra Guatemala, cit.

90 *Ibid.*, párrafo 2.

(Masacre de Xamán), en los que se ordenó la investigación, juzgamiento y eventual sanción de graves violaciones a los derechos humanos cometidas o alegadamente ocurridas durante el conflicto armado interno.⁹¹

Por tanto, requirió al Estado de Guatemala que interrumpiera el trámite legislativo y archivara la iniciativa de Ley 5.377 que pretende reformar la Ley de Reconciliación Nacional y otorgar amnistía a las graves violaciones de derechos humanos cometidas durante el conflicto armado interno.⁹²

Dentro de las medidas se resolvió⁹³ requerir al Estado de Guatemala que, para garantizar el derecho al acceso a la justicia de las víctimas de los 14 casos indicados en el considerando 50, interrumpiera el trámite legislativo de la mencionada Ley 5.377 y la archivara. Además, se ordenó al Estado de Guatemala que el 12 de abril de 2019, a más tardar, rindiera un informe completo y detallado de lo resuelto en esa decisión, comunicando cada tres meses sobre las medidas provisionales adoptadas.

No obstante lo resuelto por la Corte IDH, no se conoce el informe por parte del Congreso de la República con respecto a la suspensión del proceso legislativo de tales reformas; sin embargo, no se convocó la continuación en tercer y último debate del proyecto relacionado.

La descripción anterior evidencia que respecto de los fallos de la Corte IDH dictados con relación a Guatemala, si bien se han dispuesto medidas para iniciar su cumplimiento, los temas de juzgamiento y sanción de responsables de graves violaciones de derechos humanos son los que presentan mayor dificultad de cumplimiento. Si bien se aprecian avances, aún falta su prosecución y finalización en la mayoría de casos. La emisión de disposiciones legislativas también evidencia un elevado grado de incumplimiento. Se ha viabilizado mayormente el cumplimiento de otro tipo de cuestiones como reparaciones económicas, publicación de sentencias, entrega de becas. Lo anterior muestra que sería altamente favorable contar con normativa interna que señale el procedimiento para hacer efectivas las sentencias de la Corte IDH, ya que en ocasiones los distintos procedimientos han sido cuestionados y con ello se provoca demora e incumplimiento de lo resuelto.

91 *Ibid.*, párrafo 50.

92 *Ibid.*, párrafo 54.

93 *Ibid.*, párrafo 54.

REFLEXIONES FINALES

Es sabido que no basta con la existencia de decisiones que protejan derechos fundamentales de los habitantes de un Estado, ya sea provenientes del sistema interamericano o de la jurisdicción nacional; es preciso que existan mecanismos eficaces que permitan dar vigencia a tales pronunciamientos, por medio de su cumplimiento. Es esta última faceta la que permitirá acortar distancias entre la justicia formal y la material. Debe recordarse que el retraso en la ejecución de una sentencia no puede ser de tal magnitud que provoque un deterioro de la esencia del derecho y su declaración. De tornarse en inejecutable un fallo, la decisión se habrá convertido en inexistente; esto produciría la inexistencia de justicia y lesionaría la seguridad jurídica y el Estado de derecho al no poseer este un sistema de justicia efectivo.

En lo que respecta a los fallos constitucionales, se destaca la ausencia de información cualitativa que permita advertir el nivel de cumplimiento de las decisiones emitidas por los tribunales constitucionales; adicionalmente, pese a que la ley de la materia contiene diversas herramientas para procurar su ejecución, no existen datos que permitan advertir el grado de utilización de esos mecanismos por las partes interesadas, o bien, por los mismos tribunales; asimismo, si estos resultan eficaces, podría existir un sistema de monitoreo del tribunal, una oficina de seguimiento al cumplimiento de fallos que supervisara su efectividad e informara al tribunal para que se adoptaran las medidas necesarias si se determinara la falta de cumplimiento.

Se estima que, ante la falta de cumplimiento en los casos concretos, los sujetos procesales involucrados acuden al sistema a presentar peticiones para supervisar la ejecución. Se observa que en casos que poseen efectos dirigidos a la generalidad existen algunos relevantes en los que se evidencia dificultad en su cumplimiento, como en los relacionados con la protección de derechos sociales, como se evidenció con la protección del derecho de salud, mediante la mejora del sistema, y lo relacionado con el derecho de consulta, entre otros. Se evidencia que en el sistema nacional, al dictarse fallos que trascienden el caso concreto, es necesario que ellos establezcan claramente las medidas de cumplimiento, como los plazos y las consecuencias del incumplimiento, conforme lo regulado en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Además, en aquellos casos en que el cumplimiento de la decisión implique la formulación de políticas públicas a largo plazo, resultaría conveniente la conformación de comisiones de verificación que informen oportunamente al tribunal sobre las medidas adoptadas y los avances alcanzados. Los casos donde se observa mayor número de cuestiones pendientes son los dirigidos a una colectividad, en cuyas

sentencias no se han previsto expresamente los efectos de la omisión de cumplir o el procedimiento de ejecución.

Sin embargo, debe puntualizarse que para el cumplimiento de fallos es fundamental que las diferentes autoridades provenientes de los distintos poderes del Estado, actuando en el marco de sus facultades, cumplan y respeten la normativa interna e internacional, a efecto de lograr el cumplimiento de las decisiones.

Las sentencias dictadas por la Corte IDH han enfrentado una serie de obstáculos en el Estado de Guatemala para lograr su plena efectividad, en especial las órdenes relativas a la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables.

En el contexto guatemalteco se percibe un elevado número de casos en los que las diversas instituciones del Estado se muestran ineficaces en su deber de acatar las sentencias proferidas por la Corte IDH. Ante lo anterior, debe señalarse la existencia de factores jurídicos y extrajurídicos que se constituyen como obstáculos para el cumplimiento de los mandatos judiciales. Dentro de estos figura la inexistencia de legislación adecuada que regule el procedimiento que se debe seguir para el cumplimiento de los fallos. Ahora bien, en cuanto a este punto debe aclararse que aunque la definición de competencias y procedimientos específicos para la ejecución de sentencias supranacionales resulta conveniente, la actual inexistencia de normas puede ser superada mediante integraciones e interpretaciones a cargo de los órganos correspondientes que favorezcan el cumplimiento de los fallos. Un ejemplo de ello fueron las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, que en un momento dado decidieron la “autoejecutabilidad” de las decisiones de la Corte IDH.

Si bien se presentan avances y resultados respecto de temas de juzgamiento y sanción de responsables, esto aún no es suficiente, y se hace necesario que se prosiga con la supervisión del cumplimiento de las decisiones adoptadas dentro del sistema, sin que sean únicamente las económicas y administrativas aquellas que logran ser satisfechas. En lo relacionado con la emisión de disposiciones normativas o reformas a leyes existentes también se evidencia demora, por lo que debe darse seguimiento a ello, a efectos de proseguir la supervisión y lograr avances en el tema.

REFERENCIAS

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre las actividades de la Oficina del Alto Comisionado en Guatemala. Informe anual 2018*, Guatemala, 2019.

- CENTRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, “Guatemala: Corte declara autoejecutabilidad de sentencias de la Corte Interamericana”, 3 de febrero de 2010. Disponible en: <http://www.politicaspublicas.net/panel/siddhh/cidh/460-cidh-guatemala.html>
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Situación de derechos humanos en Guatemala*, 2017. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Guatemala2017-es.pdf>
- , *Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala*, Washington, D.C., 2003.
- COMISIÓN PRESIDENCIAL COORDINADORA DE LA POLÍTICA DEL EJECUTIVO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS (COPREDEH), “Memoria de labores 2017-2018”. Disponible en: <http://copredeh.gob.gt/wp-content/uploads/memoria-de-labores-2017-2.pdf>
- MARÍN QUINTANA, María, *Cumplimiento de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: desafíos en materia de justicia*, Costa Rica, Cejil, 2016.
- NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, 2006.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA, Informe del Relator Especial de la ONU para la Independencia de Magistrados y Abogados, Diego García-Sayán. Disponible en: <http://www.oacnudh.org.gt/>
- PROGRAMA DE APOYO A LA SEGURIDAD Y JUSTICIA EN GUATEMALA (SEJUST), *Análisis de sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado de Guatemala*, Guatemala, Sejust, 2016.
- SAMAYOA, Oswaldo, *La reforma al delito de financiamiento electoral ilícito*, 2018. Disponible en: <https://www.plazapublica.com.gt/content/la-reforma-al-delito-de-financiamiento-electoral-ilicito>
- SÁNCHEZ PÉREZ, Cinthya Rebeca, “El derecho de acceso a la justicia y la ejecución de las sentencias de amparo”, *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, núm. 29, 2017.

Normativas

- Constitución Política de la República de Guatemala.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.
- Decreto 23-2018 del Congreso de la República, reforma al Código Penal, artículo 407 N. Disposiciones Reglamentarias y Complementarias de la Corte de Constitucionalidad, Acuerdo 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad.

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Acuerdo Gubernativo 486-91 del presidente de la República.

Reglamento para la Operación y Prestación de Servicios en el Sistema Integrado de Transporte Público Colectivo Urbano del Municipio de Guatemala y sus Áreas de Influencia, vigente desde el 18 de diciembre de 2009.

Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA, Apelación de sentencia de amparo, expediente 4048-2012, Sentencia de 23 de mayo de 2013, *Gaceta* 108.

———, Apelación de Sentencia en Amparo, expediente 4785-2017, Sentencia de 3 de septiembre de 2018, *Gaceta* 129.

———, Apelación de Sentencia en Amparo, expediente 2863-2006, Sentencia de 25 de abril de 2007.

———, Auto de Amparo provisional, expediente 4179-2017 de 27 de agosto de 2017.

———, Auto de Amparo Provisional, expedientes acumulados 96-2019, 97-2019, 99-2019, 106-2019 y 107-2019.

———, Auto de Amparo Provisional, expedientes acumulados 162-2019 y 176-2019 de 23 de enero de 2019.

———, Sentencia de 25 de agosto de 2010, emitida dentro del expediente 548-2010, Amparo en única instancia, *Gaceta* 97.

———, Sentencia de 18/01/2011, emitida dentro de los expedientes 655-2010 y 656-2010, Amparo en única instancia, *Gaceta* 99.

———, Amparo en única instancia, expediente 3501-2011, Sentencia de 24 de julio de 2012, *Gaceta* 105.

———, Apelación de sentencia de amparo, expediente 2643-2008, Sentencia de 17 de agosto de 2010, *Gaceta* 97.

———, Apelación de auto en amparo, expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, Sentencia de 26 de mayo de 2017, *Gaceta* 124.

———, Apelación de sentencia de amparo, expediente 2810-2010, Sentencia de 1 de febrero de 2011, *Gaceta* 99.

———, Apelación de sentencia de amparo, expediente 2846-2012, Sentencia de 18 de septiembre de 2012, *Gaceta* 105.

———, Inconstitucionalidad de carácter general, expediente 225-93, Sentencia de 25 de mayo y autos de 31 de mayo y 4 de junio, todos de 1993, *Gaceta* 28.

———, Inconstitucionalidad general parcial por omisión, expediente 1822-2011, Sentencia de 17 de julio de 2012, *Gaceta* 105.

- , Inconstitucionalidad general, expediente 2951-2017, Sentencia de 12 de febrero de 2018, *Gaceta* 127.
- , Ocurso en queja, expediente 1087-2015, Auto de 12 de junio de 2015.
- , Solicitud de asistencia para la debida ejecución, expediente 3501-2011, Auto de 25 de febrero de 2016.

Resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, competencia, Sentencia de 28 de noviembre de 2003.

- , 12 casos guatemaltecos, Resolución de 24 de noviembre de 2015, Supervisión de cumplimiento de sentencias respecto de la obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos.
- , Caso Blake, Sentencia de 24 de enero de 1998, Fondo.
- , Caso Panel Blanca, Sentencia de 8 de marzo de 1998, Fondo, y Sentencia de 27 de noviembre de 2007, Supervisión de cumplimiento.
- , Caso niños de la calle, Villagrán Morales y otros, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Fondo, y última Resolución de supervisión de 27 de enero de 2009.
- , Caso Bámaca Velásquez, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Fondo, y Sentencia de supervisión de 21 de agosto de 2014.
- , Caso Myrna Mack Chang, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Fondo, y Resolución de supervisión de 21 de agosto de 2014.
- , Caso Maritza Urrutia, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Fondo.
- , Caso Masacre Plan de Sánchez, Sentencia de 29 de abril de 2004, Fondo, y Resolución de cumplimiento de 21 de agosto de 2014.
- , Caso Molina Theissen, Sentencia de 4 de mayo de 2004, Fondo, y Resolución de cumplimiento de 21 de agosto de 2014.
- , Caso Carpio Nicolle y otros, Sentencia de 22 de noviembre de 2004, Fondo, y Resolución de cumplimiento de 21 de agosto de 2014.
- , Caso Fermín Ramírez, Sentencia de 20 de junio de 2005, Fondo, y Resolución de supervisión de cumplimiento de 9 de mayo de 2008.
- , Caso Raxcacó Reyes, Sentencia de 15 de septiembre de 2005 y Sentencia de supervisión.
- , Caso Tiu Tojín, Sentencia de 26 de noviembre 2008, Fondo, Reparaciones y Costas, y Sentencia de supervisión de 16 de mayo de 2011.
- , Caso de la Masacre de las Dos Erres, Sentencia de 24 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, y Sentencia de supervisión de 4 de septiembre de 2012.

- , Caso Chitay Nech y otros, Sentencia de 25 de mayo de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, y Sentencia de supervisión de 1 de diciembre de 2011.
- , Caso Masacres de Río Negro, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.
- , Caso Gudiel Álvarez y otros ('Diario Militar'), Sentencia de 20 noviembre de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas.
- , Caso García y Familiares, Sentencia de 29 de noviembre de 2012, Fondo.
- , Caso Véliz Franco y otros, Sentencia de 19 de mayo de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- , Caso Defensor de Derechos Humanos y otros, Sentencia de 28 de agosto de 2014.
- , Caso Velásquez Paiz y otros, Sentencia de 19 de noviembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- , Caso Maldonado Ordóñez, Sentencia de 3 de mayo de 2016, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.
- , Caso Chinchilla Sandoval y otros, Sentencia de 29 de febrero de 2016, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.
- , Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal, Excepciones Preliminares, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Fondo, Reparaciones y Costas.
- , Caso Gutiérrez Hernández y otros, Sentencia de 24 de agosto de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- , Caso Ramírez Escobar y otros, Sentencia de 9 de marzo de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas.
- , Caso Coc Max y otros (Masacre de Xamán), Sentencia de 22 de agosto de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas.
- , Caso Cuscul Pivaral y otros, Sentencia de 23 de agosto de 2018, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.
- , Caso Villaseñor Velarde y otros, Sentencia de 5 de febrero de 2019, Fondo, Reparaciones y Costas.
- , Caso de los miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal, Caso Molina Theissen y otros 12 casos contra Guatemala, Resolución de 12 de marzo de 2019, Medidas provisionales y supervisión de cumplimiento de la sentencia.

SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN CONTRA DEL ESTADO MEXICANO. EL PAPEL DE LA SUPREMA CORTE EN LA BÚSQUEDA DE SU CUMPLIMIENTO

Alfonso Herrera García*

INTRODUCCIÓN

El presente texto tiene como objetivo aproximarse al modo en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha contribuido a recibir e implementar las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en contra del Estado mexicano. Para ese efecto, se hace un recorrido por las resoluciones que resultan imprescindibles para comprender ese proceso. Si bien varias de esas decisiones son conocidas y de diverso alcance, aquí se destacará su importancia desde esa exclusiva perspectiva.

Además, se hará referencia a un par de tópicos aledaños. Por un lado, el impacto más o menos explícito que han tenido ciertas sentencias interamericanas en la reforma de la Constitución mexicana. Por otro lado, el incierto y dudoso rol del juicio de amparo en un doble escenario: en la ejecución de las sentencias interamericanas y como vía autónoma para el cumplimiento y la reparación de los derechos humanos en casos concretos en los que ha sido necesario ejercer un control de convencionalidad en sede interna.

MÉXICO ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En 2018, México cumplió dos décadas desde que reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH. El instrumento de aceptación fue firmado por el

* Integrante, en representación de México, del Grupo de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. Profesor de la Maestría en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Panamericana y de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana. Investigador nacional nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt). Jefe de la Unidad Académica de la Escuela Judicial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México).

entonces presidente Ernesto Zedillo el 9 de diciembre de 1998 y fue depositado ante el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) el 16 de diciembre, de acuerdo con el artículo 61.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

El 6 de agosto de 2008, la Corte IDH condenó por primera vez al Estado mexicano en el Caso Castañeda Gutman; fue una condena parcial. Mientras tanto, por ese mismo decenio (1998-2008) tuvieron lugar profundas reformas de la Constitución mexicana.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que casi tres años antes, en 1994-1995, se verificaba la más importante reforma judicial en muchos años, y que en 2011 iban a tener lugar las más trascendentes reformas del juicio de amparo y del régimen de los derechos humanos en el orden constitucional.

La tesis que atraviesa las líneas que siguen es que las principales modificaciones a la Constitución mexicana de por lo menos los últimos 25 años han estado precedidas o acompañadas por acontecimientos directamente asociados a la evaluación de actuaciones del Estado mexicano en el sistema interamericano.

Hasta el día de hoy, México ha sido condenado en diez ocasiones por la Corte IDH.¹ En el mes de noviembre de 2018 se notificaron las dos más recientes condenas. Se trata del Caso Selvas Gómez y otras, donde se acreditaron abusos policiales con tortura y violencia sexual en contra de varias mujeres durante una movilización social en los municipios de Texcoco y San Salvador Atenco, los días 3 y 4 de mayo de 2006. El otro es el Caso Nitza Paola Alvarado y otras, por la desaparición forzada de tres personas a manos de agentes militares en el ejido Benito Juárez, Estado de Chihuahua, en un contexto de lucha contra el narcotráfico y la delincuencia organizada.

De las diez sentencias condenatorias que ha recibido el Estado mexicano, solamente una ha podido concluir en cumplimiento total y en el consecuente archivo del asunto: el Caso Castañeda.²

Como en otros países de América Latina, ha habido cierta discusión en la doctrina doméstica –aunque, en mi opinión, no con el ahínco que se esperaría

1 1) Caso Castañeda Gutman (6 de agosto de 2008); 2) Caso González y otras (“Campo algodonero”) (16 de noviembre de 2009); 3) Caso Radilla Pacheco (23 de noviembre de 2009); 4) Caso Fernández Ortega y otra (30 de agosto de 2010); 5) Caso Rosendo Cantú y otra (31 de agosto de 2010); 6) Caso Cabrera García y Montiel Flores (26 de noviembre de 2010); 7) Caso García Cruz y Sánchez Silvestre (26 de noviembre de 2013); 8) Caso Trueba Arciniega y otros (27 de noviembre de 2018); 9) Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco (28 de noviembre de 2018); y 10) Caso Alvarado Espinoza y otros (28 de noviembre de 2018).

2 La resolución que declaró la conclusión y el archivo de este único caso es de 28 de agosto de 2013. Véase Corte IDH, *Informe Anual*, San José, 2018, pp. 86, 92-93 y 101.

para un tema de este calado— acerca de las mejores formas de cumplir estas condenas. México se cuenta entre los países que no tienen una legislación dedicada al cumplimiento de sentencias internacionales.

En este marco, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha cumplido un papel protagónico en la recepción de sentencias interamericanas. Dicha “recepción” ha tenido como característica una intervención o involucramiento *ex officio* e interpretaciones integradoras de sus normas procesales con bases mínimas de competencia. Puede afirmarse que estos dos (oficiosidad e integración normativa) han sido los signos característicos de esa recepción.

Antes de hacer referencia a esos casos, es preciso partir de un doble valor entendido. En primer lugar, la recepción por la Suprema Corte ha sido el método jurídico más sobresaliente para cumplir las sentencias interamericanas. En segundo lugar, pese a que existen otros tribunales que mediante el ejercicio de su jurisdicción pueden dar contenido y alcance a esas sentencias, estos no tienen capacidad para conseguir un impacto estructural en el ordenamiento jurídico mexicano. Así, la Suprema Corte ha tenido, y todo apunta a que mantendrá, una posición institucional clave en esta labor.

RECEPCIÓN COLABORACIONISTA DE SENTENCIAS INTERAMERICANAS: EL CASO RADILLA COMO ENTUSIASTA APERTURA AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La resolución del conocido expediente “Varios” 912/2010 —en propiedad, la “recepción del Caso Radilla”— ha sido una de las más trascendentes para el orden jurídico mexicano en más de 100 años de constitucionalismo. A partir de ella emergió una convicción en la Suprema Corte para interrumpir un modelo judicial previo (inmovilizado durante décadas) en torno al control de los actos del poder público y la tutela de los derechos humanos ante los tribunales.³

En esa resolución, la Corte alcanzó dos destacadas votaciones unánimes e inéditas: el reconocimiento de la obligatoriedad de las sentencias condenatorias de la Corte IDH y la restricción del fuero militar que se desprendía de la sentencia

3 La resolución fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de octubre de 2011. Esta difusión fue simbólicamente significativa, no solo porque en esa fecha la Corte determinó la apertura de la “décima época” del *Semanario Judicial de la Federación*, sino porque ese mismo día entraron en vigor las más recientes reformas constitucionales en materia de juicio de amparo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo primero transitorio del decreto de reforma constitucional de 6 de junio de 2011.

del “Caso Radilla”. Por primera vez en su historia la Corte generó estándares en el ámbito interno a partir de una fuente jurisdiccional externa.

Cabe también destacar que las construcciones interpretativas de la Corte mexicana fueron realizadas *ex officio*, esto es, sin que la Corte IDH la haya llamado explícitamente a cumplir rol alguno en las medidas de reparación. Tampoco se le mencionó en las consideraciones jurídicas de la sentencia. Si bien, genéricamente, la Corte IDH sí aludió al “Poder Judicial de la Federación” en el párrafo 347 de la sentencia “Radilla”, sin duda un poder liderado por la Corte, este se encuentra conformado por más de 800 órganos jurisdiccionales.⁴

En todo caso, la intervención de la Suprema Corte en la recepción de la sentencia interamericana no era obligatoria, ni de evidente cumplimiento. No lo era porque la Corte IDH no analizó en su sentencia actuación alguna de la Corte mexicana y, por supuesto, menos determinó, ni pudo haber determinado, alguna obligación que le fuera atribuible. Sin embargo, el máximo tribunal mexicano concluyó que su ordenamiento procesal contenía bases suficientes para justificar su competencia e involucrarse en la implementación de esa condena.

Ante la falta de un ordenamiento legal en torno a algún procedimiento para la recepción de sentencias interamericanas, la Corte mexicana realizó una interpretación amplia e integradora de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Fundó su competencia en la atribución genérica e indefinida establecida en el artículo 10, fracción XI, de la Ley Orgánica, que dispone: “La Suprema Corte de Justicia conocerá funcionando en pleno: [...] De cualquier otro asunto de la competencia de la Suprema Corte de Justicia cuyo conocimiento no corresponda a las Salas”.

Agregó que se consideraba competente para resolver porque:

... el propio pleno determinó, el 7 de septiembre de 2010 (en el diverso expediente varios 489/2010), que debe hacer una declaración acerca de la posible participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla [...], ante la duda que genera la inexistencia de normas legales expresas que regulen su

4 A 2019, el Poder Judicial federal estaba integrado por 249 tribunales colegiados, 97 tribunales unitarios, 417 juzgados de distrito y 41 centros de justicia penal federal en 32 circuitos jurisdiccionales. Véase el anexo estadístico del *Informe Anual de Labores 2019 del Presidente de la Suprema Corte y del Consejo de la Judicatura Federal*, elaborado por la Dirección General de Estadística Judicial del propio Consejo, p. 1. Disponible en: <https://www.dgepj.cjf.gob.mx/paginas/informacionRelevante.htm?pageName=informacion%2FAnexoEstadisticoWeb.htm>

ejecución, y a la importancia que dicho caso reviste para el orden jurídico nacional (párr. 10, consid. primero).⁵

Este no es el lugar para ahondar en la transformación de los criterios que, a partir de este caso, afectaron profundamente el diseño sistémico –que no inmediatamente la práctica, desde luego– del modelo nacional de control de constitucionalidad o el orden jurídico mexicano.⁶ Sí cabe mencionar, no obstante, que la Suprema Corte aprobó el Acuerdo general 5/2013, en el que reglamenta su órbita de competencias.⁷ En el punto segundo, fracción XV, de este acuerdo estableció que el Tribunal Pleno se estimará competente para conocer de “XV. Los asuntos en los que se recepcionen las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos en los que el Estado Mexicano sea parte”.

En el momento en que se escriben estas líneas, se había presentado un solo caso bajo la modalidad de la vía denominada “Expediente sobre recepción de sentencias internacionales 1/2017”. Este asunto se integró con motivo del seguimiento al Caso García Ruiz y Sánchez Silvestre contra México, por sentencia condenatoria de la Corte IDH de 26 de noviembre de 2013. Sin embargo, en la sesión de 15 de octubre de 2019 se determinó reencauzar ese asunto a otro “Expediente

5 En efecto, el expediente varios 489/2010 había sido el caso previo en el que la Corte mexicana se enfrentó a la –en ese momento– incógnita que significaba una condena internacional en contra del Estado mexicano. El propósito de ese primer expediente había sido someter a consulta al tribunal pleno, por parte del presidente de la Corte, sobre “la forma de cumplimiento de la sentencia de 20 de noviembre de 2009, emitida por la Corte Interamericana [...] al ser vinculado directamente el Poder Judicial de la Federación en el cumplimiento (sic) de dicha sentencia”. La votación a favor de que la Corte mexicana sí contaba con facultades para analizar si derivaban obligaciones de la sentencia interamericana fue de 8 contra 3 (de 11 ministros que integran el pleno). Este pronunciamiento también se consideró fundado en la citada fracción XI del artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sobre este importante episodio, véase José Ramón Cossío Díaz, Raúl M. Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio, *El Caso Radilla. Estudio y documentos*, México, Porrúa, 2012, pp. 435-622.

6 Cfr. Cossío Díaz *et al.*, *El Caso Radilla*, *ibid.*; Juan Carlos Gutiérrez Contreras y Silvano Cantú Martínez (coords.), *El Caso Rosendo Radilla Pacheco. Impacto e implicaciones en el nuevo modelo constitucional en derechos humanos*, México, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C./Ubijus, 2012; Alfonso Herrera García, *La interpretación de los derechos humanos y sus garantías por la Suprema Corte de Justicia. Una aproximación jurisprudencial*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, pp. 34-51.

7 “Acuerdo general número 5/2013, de trece de mayo de dos mil trece, del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a la determinación de los asuntos que el Pleno conservará para su resolución, y el envío de los de su competencia originaria a las Salas y a los Tribunales Colegiados de Circuito”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de mayo de 2013.

varios” (1107/2019), bajo la consideración de que la participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de esa sentencia se debía circunscribir a los términos precisados en esa resolución.⁸

El origen de este caso fue una solicitud de la directora general adjunta de políticas públicas del Programa Nacional de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación, por conducto del juez sexto de Distrito de Procesos Penales Federales en la Ciudad de México. En este asunto, aún en curso, se solicita la colaboración de la Suprema Corte con el objeto de que se giren instrucciones que permitan la cancelación de los antecedentes judiciales, administrativos, penales o policiales, que pudiesen existir en contra de las víctimas (señores García Cruz y Sánchez Silvestre), tal como fue razonado en los párrafos 72 y 73, y ordenado en el resolutivo 6, inciso b), de la sentencia interamericana.

EL CASO RADILLA Y LA IRRUPCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA VINCULATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS INTERAMERICANAS

La resolución al Expediente 912/2010 significó, entonces, el primer reconocimiento histórico de vinculatoriedad de las sentencias emitidas por un tribunal internacional. Desde entonces se estableció que las sentencias de la Corte IDH son vinculantes, no solo en lo que respecta a sus puntos resolutivos, sino en la fundamentación jurídica en que se apoyan: “en sus términos”. Esa vinculatoriedad tiene efectos tanto para la Suprema Corte como para todos los jueces y demás autoridades del país, siempre que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio resuelto por la sentencia.⁹

8 Este expediente se encuentra actualmente bajo la ponencia del ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá en la Suprema Corte de Justicia.

9 Más tarde, con tónica generalizante, la Primera Sala de la propia Corte reiteró ese criterio en la tesis 1ª. CXLIV/2014, de rubro: “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Todas las autoridades del Estado mexicano, incluyendo el Poder Judicial de la Federación, deben acatar lo ordenado en aquellas”, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, abril de 2014, t. I, p. 823. Cabe mencionar que, dado que el sistema de jurisprudencia del amparo mexicano admite la reiteración como método para generar obligatoriedad, la Suprema Corte se sintió en la necesidad de precisar que esto no sucede con la jurisprudencia interamericana; véase la tesis P. III/2013, de rubro: “Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en asuntos donde el Estado mexicano fue parte. Para que sus criterios tengan carácter vinculante no requieren ser reiterados”, Décima Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XVIII, marzo de 2013, t. 1, p. 368.

Las razones torales en las que se funda esa decisión consideraron que si el Estado mexicano aceptó la jurisdicción de la Corte IDH, cuando este ha sido parte en una controversia ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede constituye cosa juzgada. Corresponde exclusivamente a ese órgano internacional, en el caso sometido a su jurisdicción, evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte como si lo están con las reservas y salvedades formuladas por el Estado.

Por ese motivo, la Suprema Corte mexicana consideró que debía declararse incompetente para analizar, revisar, calificar o decidir acerca de la corrección, o supuesta incorrección, de una sentencia dictada por la Corte IDH, o si esta presuntamente excede las normas que rigen su materia y proceso. Esto significa que la Corte mexicana es un tribunal al que solo corresponde “acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos”,¹⁰ con todo lo que ello significa para la redefinición de su propio *status* institucional.

Ahora bien, tampoco el análisis de si se ha alcanzado el cumplimiento, o no, de una sentencia interamericana corresponde a algún tribunal federal en vía de juicio de amparo. La respuesta a esa cuestión atañe, desde luego, a la propia Corte IDH. La Suprema Corte de México (de nuevo su Primera Sala) robusteció esa determinación. Estableció que esa temática se encuentra dentro del “núcleo duro” de una cuestión “no justiciable” en la jurisdicción interna, al resolver el amparo en revisión 375/2013, el 27 de noviembre de ese año. Con este criterio, se evita una “inapropiada interferencia del Poder Judicial de la Federación en un diseño supranacional”.¹¹

10 Tesis aislada P. LXV/2011 (9ª), de rubro: “Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Son vinculantes en sus términos cuando el Estado mexicano fue parte en el litigio”, Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro III, diciembre de 2011, t. 1, p. 556.

11 En este juicio de amparo, promovido el 9 de enero de 2012, Jorge Castañeda Gutman reclamaba la omisión en el cumplimiento de la sentencia parcialmente condenatoria que había emitido la Corte IDH el 6 de agosto de 2008. Como se sabe, la Corte IDH declaró totalmente cumplida su sentencia en la resolución de supervisión de cumplimiento decretada el 13 de agosto de 2013. En el amparo en revisión, la Corte mexicana estimó actualizada la causal de improcedencia establecida en la fracción XVI del artículo 73 de la Ley de Amparo (abrogada, pero vigente en el momento de los hechos), que se refiere a que el juicio es improcedente: “cuando hayan cesado los efectos del acto reclamado”. Véase la tesis 1ª. CXLII/2014, de rubro: “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La determinación de si están cumplidas es una facultad exclusiva de ese órgano, por lo que no es cuestión justiciable en el juicio de amparo (interpretación de la fracción XVIII del artículo 73 de la

Otra es la conclusión respecto al acto de autoridad que no se refiere al estricto cumplimiento de la sentencia, sino a alguna cuestión incidental o indirecta. Si dicho acto implica juzgar sobre la satisfacción de un derecho de las personas (por ejemplo, cuestiones relativas a reparaciones en su condición de víctimas declaradas o beneficiarias), la Corte mexicana advierte una excepcional puerta de entrada al análisis de una demanda de amparo nacional. La posibilidad de ese análisis se determinará necesariamente de modo casuístico.¹²

Volviendo al Expediente 912/2010, también se analizó qué ocurría con los efectos de las sentencias interamericanas en los casos en los que el Estado mexicano no ha intervenido como parte en el litigio. En este supuesto, los criterios de la Corte IDH son orientadores para los jueces mexicanos “siempre que sean más favorables a la persona en términos del artículo 1º de la Constitución federal”.

Se precisó que los jueces, al resolver los casos concretos que se presenten a su consideración, deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos, y acudir luego a los criterios interpretativos de la Corte IDH para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure un beneficio más amplio del derecho “que se pretende proteger”.

Esto no prejuzga la posibilidad –se dijo– de que los criterios internos cumplan de mejor manera lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1º (cláusula *pro persona*). Esta posibilidad tendrá que valorarse caso a caso “a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos”.¹³

El Caso Radilla fue un feliz punto de partida que, sin embargo, fue matizándose, o incluso problematizándose, con sucesivos criterios, como veremos.

Ley de Amparo abrogada)”, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, abril de 2014, t. I, p. 821.

12 Tesis 1ª. CXLIII/2014, de rubro: “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Obligaciones derivadas de aquellas cuyo cumplimiento puede analizarse en el juicio de amparo”, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, abril de 2014, t. I, p. 822.

13 Esta decisión fue la más dividida entre los integrantes del Pleno en este caso: alcanzó el consenso de 6 ministros contra 5. Cfr. Tesis aislada P. LXVI/2011 (9ª.), de rubro: “Criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando el Estado mexicano no fue parte. Son orientadores para los jueces mexicanos siempre que sean más favorables a la persona en términos del artículo 1º de la Constitución Federal”, Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro III, diciembre de 2011, t. 1, p. 550.

CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011: ¿PREPARACIÓN DE RECEPCIONES CONDICIONADAS DE LAS SENTENCIAS INTERAMERICANAS?

Tuvieron que pasar más de dos años –hasta el 3 de septiembre de 2013, precisamente– para que la Suprema Corte construyera el siguiente peldaño relevante en la implementación de las sentencias interamericanas. Lo haría de manera indirecta, a través de la resolución de la contradicción de tesis 293/2011.

En este caso, las decisiones adoptadas no fueron consecuencia de una sentencia interamericana. Pero la definición de la relación jerárquica de los tratados de derechos humanos frente a la Constitución, de la que esa sentencia se hizo cargo, trajo consecuencias inmediatas para la comprensión de esta temática. Además, se revisó el grado de vinculatoriedad de las sentencias de la Corte IDH en las que el Estado mexicano no figuró como parte, en el interior del orden jurídico nacional.

Se llegó a la conclusión de que los derechos humanos de fuente internacional gozan de rango constitucional. Los derechos contenidos en la Constitución y en los tratados constituyen un “parámetro de control de regularidad constitucional” en el enjuiciamiento de validez de las normas y los actos jurídicos. Esto significa que los derechos de una y otra fuente no se relacionan entre sí en términos jerárquicos.

Ahora bien, en caso de que en la Constitución exista una restricción expresa al ejercicio de alguno de esos derechos, debe estarse a lo que indique dicha restricción. Ello se explica en virtud del “encumbramiento” normativo de la carta, que exige que el resto de las normas en el ordenamiento jurídico sean acordes con ella, como se desprende del primer párrafo del artículo 1º, en relación con el 133, de la propia Constitución federal.¹⁴

Además, se avanzó en el sentido de que todos los criterios de la Corte IDH (incluidos aquellos emanados de casos en los cuales el Estado mexicano *no* fue parte) son vinculantes para los jueces mexicanos, siempre que resulten más favorables para las personas. Esos criterios constituyen una extensión de la CADH, al determinarse en ellos el contenido de los derechos establecidos en el tratado. Esa fuerza vinculante se desprende del propio artículo primero constitucional, que establece el principio *pro persona* en la aplicación de normas de derechos humanos.

14 Jurisprudencia P./J. 20/2014, de rubro: “Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional”, Décima Época, Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, abril de 2014, tomo I, p. 202.

Así, los operadores jurídicos deben proceder de la siguiente manera: a) cuando el criterio interamericano emane de un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente se determinará con base en la verificación de que existen las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; b) en todos los casos que sea posible debe armonizarse el criterio interamericano con el nacional; y c) de resultar imposible la armonización, se aplicará el criterio que más favorezca a la protección de los derechos humanos.¹⁵

Si con el Caso Radilla se verificó una apreciable apertura a la recepción de las sentencias interamericanas, la contradicción de tesis 293 preparaba un esquema de condicionamiento, por tanto, negativo, centrado en la existencia de restricciones constitucionales expresas. Era un esquema que se vislumbraba como de verdadera excepción, pero una excepción de trascendencia inusitada y de consecuencias poco calculables.

EXPEDIENTE VARIOS 1396/2011: UN PUNTUAL RETROCESO INTERPRETATIVO

El Expediente 1396/2011, resuelto por la Suprema Corte el 11 de mayo de 2015, significó un puntual retroceso interpretativo para el marco jurisprudencial dedicado a la recepción de las sentencias interamericanas. La Corte estableció “directrices” para concretar las obligaciones que debe cumplir el Poder Judicial de la Federación cuando estas sean decretadas por dichas sentencias con motivo de los casos interamericanos condenatorios de Fernández Ortega y otros vs. México y Rosendo Cantú y otra vs. México.

La Corte diseñó dos niveles de análisis. El primero reitera que el incumplimiento de obligaciones contraídas por el Estado mexicano es una competencia

15 Tesis: P./J. 21/2014, de rubro: “Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona”, Décima Época, Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, abril de 2014, t. I, p. 204. Para análisis doctrinales sobre los criterios emanados de este trascendente caso pueden verse José Ramón Cossío, Raúl M. Mejía Garza y Laura P. Rojas Zamudio, *La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos. Estudio y documentos a partir de las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011*, México, Porrúa, 2015; Alejandra Medina Mora F., Pedro Salazar Ugarte y Daniel Vázquez, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa - UNAM, 2015; Rubén Sánchez Gil, “El principio *pro persona* y la contradicción de tesis 293/2011”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 24, México, Porrúa - IIDPC, julio-diciembre 2015, pp. 243-250; Fernando Silva GARCÍA, “Derechos humanos y restricciones constitucionales: ¿reforma constitucional del futuro vs. interpretación constitucional del pasado? (comentario a la C.T. 293/2011 del Pleno de la SCJN)”, en *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 30, enero-junio 2014, pp. 251-272.

exclusiva de la Corte IDH. Insistió en que no corresponde a la Suprema Corte mexicana analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia de esa Corte supranacional es “correcta o no”. En realidad, como puede advertirse, este criterio confirma el que había establecido en el Expediente 912/2010.

Sin embargo, el polémico segundo nivel de análisis resultó novedoso: consiste en la concreción de las obligaciones que debe cumplir el Poder Judicial de la Federación con una fundamentación que se hace descansar en el principio de “supremacía de la Constitución”, en términos de su artículo 133.

En este punto –sostiene la resolución– deben analizarse los siguientes elementos: a) los “débitos” que expresamente se desprenden de las sentencias interamericanas para el Poder Judicial federal, como parte del Estado mexicano; y b) la “correspondencia que debe existir entre los derechos humanos que estimó vulnerados la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con los reconocidos por la Constitución General de la República o los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano y que, por tanto, se comprometió a respetar”. En ese análisis de “correspondencia” debe tomarse en cuenta que “si alguno de los deberes del fallo implica desconocer una restricción constitucional, esta deberá prevalecer, en términos de la jurisprudencia P./J. 20/2014”.¹⁶

No hace falta una argumentación robusta para concluir que este criterio constituye una notoria regresión en la recepción de condenas interamericanas, dado que en el asunto concreto de fondo la aplicación de esas “directrices” no arrojó la falta de correspondencia a la que alude esta tesis. La recepción de las sentencias condenatorias por los casos Fernández Ortega y otros vs. México y Rosendo Cantú y otra vs. México dio lugar a una resolución que reúne criterios relevantes sobre violencia sexual como tortura, acceso a la tutela judicial de personas indígenas y perspectiva de género. Como consecuencia de la sentencia interamericana se ordenó un conjunto de medidas administrativas de obligatorio cumplimiento para el Poder Judicial de la Federación.

Resulta destacable que el criterio bajo análisis crítico fue adoptado por una votación de 6 votos contra 5. Por tanto, no generó obligatoriedad en el orden jurídico mexicano. Sin embargo, es un criterio que tampoco ha sido expresamente superado y que, por tanto, pervive en la jurisprudencia vigente de la Suprema Corte.

16 Jurisprudencia P./J. 20/2014, cit. El razonamiento descrito fue incorporado a la tesis de pleno P. XVI/2015 (10ª.), de rubro: “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Directrices para establecer y concretar las obligaciones que debe cumplir el Poder Judicial de la Federación tratándose de restricciones constitucionales”, Décima Época, Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 22, septiembre de 2015, t. I, p. 237. La resolución del expediente varios 1396/2011, del que emanó esta tesis, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de agosto de 2015.

EL JUICIO DE AMPARO: ¿VÍA COADYUVANTE PARA EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES O VÍA AUTÓNOMA DE REPARACIÓN DE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS?

Si bien con el recuento hasta aquí realizado puede considerarse establecido un panorama general sobre los avances y dificultades actualmente imperante en el sistema jurídico mexicano en torno a las sentencias interamericanas, hay un doble tópico aún relevante en esta temática: ¿es el juicio de amparo una vía para hacer valer obligaciones establecidas en las sentencias interamericanas? y, en otro aspecto, ¿es posible considerar al juicio de amparo como una vía para generar efectos reparadores por violaciones de los derechos humanos, análogos a los que se presentan con sentencias condenatorias del sistema interamericano?

Respecto a la primera cuestión, se trata de observar el posible rol del juicio de amparo como medio para hacer valer obligaciones derivadas de sentencias interamericanas. En este aspecto, resultan destacables los razonamientos del amparo en revisión 375/2013, resuelto por la Primera Sala, citado con anterioridad.

Como se vio, la Primera Sala estableció en este caso que el análisis acerca de si se ha cumplido, o no, una sentencia interamericana se encuentra dentro del “núcleo duro” de una cuestión “no justiciable” en sede interna; el Poder Judicial mexicano incurriría en una “inapropiada interferencia en el diseño supranacional”. Pero otra fue su conclusión respecto al acto de autoridad que no se refiere al estricto cumplimiento de la sentencia, sino a alguna cuestión incidental o indirecta. Si dicho acto implica juzgar sobre la satisfacción de un derecho de las personas (por ejemplo, cuestiones relativas a reparaciones en su condición de víctima declarada o beneficiaria), la Corte mexicana advierte una excepcional puerta de entrada al análisis de una demanda de amparo nacional. La posibilidad de ese análisis se determinará casuísticamente.¹⁷

Desde mi punto de vista, cualquier análisis relacionado con una sentencia internacional –incluso por supuesto las identificadas por la Corte mexicana como cuestiones “incidentales o indirectas”– se encuentra necesariamente fuera de la órbita competencial de un tribunal nacional, incluida la Suprema Corte. Esto es así porque se trata de un litigio regido por una normativa convencional y reglamentaria ajena a la jurisdicción interna, y que de ningún modo puede considerarse aplicable, en sentido procesal, por una autoridad judicial nacional.

Por otro lado, en una coadyuvancia en la interpretación de cualquier aspecto de una sentencia internacional, incluso las denominadas accesorias o indirectas, además de la incompetencia que genera, cabría siempre la posibilidad de

17 Tesis 1ª CXLIII/2014, cit.

interpretaciones que contradigan las posiciones interpretativas de los órganos oficiales del sistema interamericano.

Respecto al segundo interrogante, el asunto de principal interés es el amparo en revisión 706/2015, también resuelto por la Primera Sala. En este caso, se elaboraron un conjunto de criterios relacionados con la posibilidad de construir un régimen de reparación por violaciones de los derechos humanos en el contexto del juicio de amparo.

Debe partirse de la idea de que la restitución del derecho vulnerado ordenada en un juicio de amparo constituye la principal medida de reparación en este proceso y conlleva una serie de obligaciones negativas y positivas a cargo de las autoridades señaladas como responsables. Estas obligaciones consisten en la anulación del acto de autoridad y en que esta realice la conducta ordenada por la norma que recoge el derecho en cuestión. Los jueces de amparo cuentan con amplios poderes para dictar las medidas necesarias a fin de lograr la restitución del derecho.¹⁸

Pero ¿hasta dónde llega la posibilidad de establecer medidas de satisfacción en el marco de la Ley de Amparo? La Sala consideró que algunas de ellas pueden reinterpretarse, a efecto de dar cabida a medidas “no pecuniarias” de reparación. Las sentencias estimatorias de amparo constituyen, en sí mismas, una medida de satisfacción al significar una declaratoria oficial de la existencia de una violación de los derechos humanos.

Los jueces de amparo pueden dar vista o poner en conocimiento de las autoridades competentes en caso de que esas violaciones pudieran constituir algún delito, a efecto de que se investiguen los hechos y se sancione a los responsables. Finalmente, un incidente de cumplimiento sustituto y un convenio entre las partes en el que se pacten reparaciones que no sean compensaciones económicas constituyen igualmente medidas de satisfacción que pueden autorizar los jueces de amparo. Estas actuaciones también se podrían asumir como medidas de satisfacción.¹⁹

18 Tesis 1ª LI/2017, de rubro: “Reparación integral ante violaciones a derechos humanos. La restitución del derecho vulnerado que se ordene en el juicio de amparo constituye la medida de reparación principal y conlleva obligaciones tanto negativas como positivas a cargo de las autoridades responsables”, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 42, mayo de 2017, t. I, p. 471.

19 Tesis 1ª LIV/2017, de rubro: “Reparación integral ante violaciones a derechos humanos. Posibilidad de establecer medidas de satisfacción en el marco de la Ley de Amparo”, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 42, mayo de 2017, t. I, p. 474.

En tercer lugar, la Sala reinterpretó las instituciones de la Ley de Amparo en el sentido internacionalista de “garantías de no repetición”. Primero aclara que la Ley de Amparo no autoriza establecer medidas de reparación similares a las que dicta la Corte IDH. Sin embargo, sí establece un régimen de responsabilidades administrativas y penales en casos de incumplimiento de sentencias (arts. 192 a 198) y también en el supuesto de repetición del acto reclamado (arts. 199 y 200), que incluso pueden traer como consecuencia la destitución de un funcionario y la imposición de una pena de prisión.

Estas medidas se asemejan a las conocidas en sede interamericana como de “no repetición” porque la eventual imposición de esas sanciones genera un incentivo de cierta intensidad para que las autoridades no transgredan nuevamente los derechos de una persona a quien se concedió el amparo.

Cuando se trata del amparo contra una ley en el que se decreta la inconstitucionalidad de esta, el remedio consiste en la inaplicación de la norma al caso concreto. Este supuesto también actualiza una garantía de no repetición pues la inaplicación alcanza el objetivo de que el acto legislativo irregular no vuelva a aplicarse en el futuro a quien obtuvo el amparo. Algo similar ocurre cuando se analiza una resolución judicial que inaplica la ley al caso, pues se genera con ella un precedente que cumple la función de “garantía de no repetición”, incluso con un sentido objetivo (no solo subjetivo), al ser aplicable a otras personas que se ubican en una análoga situación jurídica.²⁰

En cuarto lugar, la Primera Sala determinó que, más allá del orden de consideraciones anteriores, por regla general, en una sentencia de amparo no es posible decretar medidas no pecuniarias de satisfacción o garantías de no repetición en ese sentido (a diferencia de las que impone la Corte IDH). Señaló dos argumentos para negar esa posibilidad: el tipo de violaciones de los derechos humanos a partir del cual la Corte IDH ha decretado dichas medidas (generalmente, graves, sistemáticas y –añado–, con frecuencia, de carácter estructural), a diferencia de los juicios de amparo constitucional. Además de que tampoco existe fundamento legal para decretarlas.

La Ley de Amparo dispone que la sentencia de amparo tiene por finalidad restituir al quejoso en el pleno goce del derecho violado, con la posibilidad de

20 Tesis 1ª LV/2017, de rubro: “Reparación integral ante violaciones a derechos humanos. Interpretación de las instituciones previstas en la Ley de Amparo como ‘garantías de no repetición’”, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 42, mayo de 2017, t. I, p. 470.

emitir alguna medida compensatoria llegado el caso de admitir un incidente de “cumplimiento sustituto” en términos de la propia ley (art. 77).²¹

En quinto y último lugar, también se determinó que los jueces de amparo no pueden ordenar compensaciones económicas como medida de reparación por violaciones de los derechos humanos, salvo que se abra la hipótesis del cumplimiento sustituto. Este tipo de determinaciones debe resolverse en procesos ordinarios que tengan esa finalidad: las vías de responsabilidad civil, administrativa de la autoridad o patrimonial del Estado, lo cual no está previsto en la Ley de Amparo, ni puede considerarse como un propósito de este juicio constitucional.²²

IMPACTO DE SENTENCIAS INTERAMERICANAS EN REFORMAS DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA: TRES MANIFESTACIONES

En la temática relativa a la ejecución de sentencias interamericanas cabe referirse a la circunstancia del impacto colateral que estas han significado para los ordenamientos jurídicos internos. Esto es, los efectos genéricos a la transformación del sistema jurídico sin que ello necesariamente haya formado parte de las medidas de reparación establecidas por la sentencia internacional. Una de las más importantes maneras en que se manifiesta ese impacto es la reforma de la Constitución.

En el Caso Castañeda, la Corte IDH consideró la existencia de un derecho a cuestionar la constitucionalidad y convencionalidad de las leyes en materia de derechos políticos. En este caso, condenó al Estado mexicano por no contar con vías de impugnación judicial adecuadas para posibilitar ese control. Dado que dicha función debe satisfacer el derecho de acceso a la jurisdicción, ese razonamiento fue parte central de la respuesta al alegato formulado por Jorge Castañeda cuando la Corte emitió su sentencia condenatoria el 6 de agosto de 2008.

El derecho de acceder a la justicia constitucional, esto es, de contar con órganos judiciales que se encarguen de la supervisión de derechos constitucionales

21 Tesis 1ª LIII/2017, de rubro: “Medidas de reparación integral ante violaciones a derechos humanos. Por regla general no es posible decretar en las sentencias de amparo medidas no pecuniarias de satisfacción o garantías de no repetición para reparar aquellas”, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 42, mayo de 2017, t. I, p. 469.

22 Tesis 1ª LII/2017, de rubro: “Reparación integral ante violaciones a derechos humanos. Los jueces de amparo no pueden decretar compensaciones económicas para repararlas, salvo que proceda el cumplimiento sustituto”, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 42, mayo de 2017, t. I, p. 472.

que guarden equivalencia con los derechos protegidos por la CADH, resulta así irreductible.²³ Puede hablarse de una suerte de derecho al control de constitucionalidad y convencionalidad difuso *ex officio*, con independencia de si en el sistema procesal interno existe un órgano concentrado de control de constitucionalidad de las leyes. Esta posibilidad sería solo una legítima opción legislativa al alcance de los Estados parte.

Pues bien, la completitud del sistema mexicano de control en esta materia, al menos en lo que concierne al orden federal y a su configuración vigente a 2013, fue materialmente valorada por la Corte IDH, justamente a propósito de este caso. En la sentencia de fondo se configuraron medidas de reparación relacionadas con la necesaria instrumentación de condiciones para impugnar la constitucionalidad de la regulación legal del derecho fundamental a ser elegido. Esto llevó implícita la necesidad de que, en fase de cumplimiento, la Corte se pronunciara sobre el grado de apego del modelo mexicano de control al sistema interamericano de derechos humanos en relación con ese derecho.

El esquema de control de constitucionalidad y convencionalidad en materia electoral, incluidas las reformas al ordenamiento mexicano en esta materia, y al contexto general del control, fue prácticamente validado por la Corte al emitir la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 28 de agosto de 2013.²⁴

A este respecto, es de especial interés la conclusión de la Corte en esa resolución, en cuyo párrafo 27 se lee:

Por tanto, teniendo en cuenta: (i) la aplicación de la reforma constitucional de 2007; (ii) la reforma de la Ley de Impugnación Electoral y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, por la cual se estableció a nivel legislativo la competencia de los tribunales electorales para examinar la constitucionalidad de las normas electorales en los casos concretos; (iii) los precedentes judiciales aportados que evidencian una práctica judicial consecuente con lo ordenado en la sentencia, en cuanto a la necesidad de garantizar la accesibilidad y efectividad del juicio para la protección de los derechos político-electorales de candidatos independientes; (iv) la reforma constitucional de 2011, que estableció la obligación de interpretar las disposiciones relativas a derechos humanos conforme al

23 Cfr. Felipe de la Mata Pizaña y Alfonso Herrera García, “Carácter irreformable del derecho de acceso a la jurisdicción en el sistema interamericano de derechos humanos”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXV, Bogotá, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Konrad Adenauer Stiftung, 2019, pp. 587-606.

24 Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. México, Resolución de 28 de agosto de 2013, Supervisión de cumplimiento de sentencia.

principio *pro persona*, unida a (v) la interpretación al respecto de la Suprema Corte, por la cual los tribunales nacionales tienen la obligación de realizar un control de convencionalidad de oficio y de considerar obligatoria la jurisprudencia de este Tribunal en los casos respecto de México, así como (vi) el principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales [...], esta Corte considera que México ha dado cumplimiento a la medida de reparación relativa a la adecuación de su derecho interno para garantizar a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido.

Esta resolución podría verse como un ejercicio de evaluación material de convencionalidad del ordenamiento jurídico mexicano reformado, tras la sentencia de fondo en ese caso. Ello, porque la condena internacional en contra de nuestro país ordenó ajustes normativos internos como medida de reparación, y el Estado mexicano realizó las acciones legislativas y jurisprudenciales necesarias a través de los poderes y órganos competentes, que acreditó en tal sede supranacional para que se tuviera cumplida esa condena.

Así, puede considerarse que el actual modelo mexicano de control difuso y *ex officio* de constitucionalidad y convencionalidad en materia electoral, en los términos y para los derechos referidos, goza de positiva valoración desde la perspectiva interamericana.

Cabe considerar, además, el impacto de dos sentencias interamericanas en sendas reformas constitucionales, posteriores a las fechas de la condena. Este dato cronológico podría revelar, por sí solo, una incidencia indirecta.

Respecto a la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011, la incidencia interamericana puede calificarse de implícita, tras la primera condena total de la Corte IDH al Estado mexicano en el citado Caso Radilla.

En la sentencia del Caso Radilla, la Corte IDH estableció que el Estado mexicano debía adoptar las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con la CADH. La misma obligación surgió sobre el artículo 215 A del Código Penal Federal frente a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Ninguna determinación mereció el caso frente al texto de la Constitución federal.

No obstante, en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 14 de mayo de 2013, la Corte IDH valora la resolución de recepción del Caso Radilla emitida por la Corte mexicana, donde, a su vez, esta interpretó de modo estructural la reforma constitucional de derechos humanos de 2011. La Corte IDH, en los párrafos 5 y 6 de esa resolución, sostuvo:

5. De manera preliminar, la Corte observa que el 14 de julio de 2011 la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México [...] emitió un “Acuerdo del Tribunal Pleno” dentro del expediente “Varios 912/2010”, mediante el cual expuso las obligaciones concretas del Estado mexicano, y en particular, del Poder Judicial de la Federación, a raíz de la sentencia emitida en el caso Radilla Pacheco (supra visto 1). Mediante dicho fallo, la SCJN manifestó que el poder judicial está obligado a ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, y que para ello, debe tener en cuenta el marco del artículo 1 de la Constitución mexicana, el cual, a partir de la reforma de 10 de junio de 2011, establece que “[l]as normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con [la] Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. Además, en el mencionado Acuerdo se indicó que las decisiones de la Corte Interamericana con respecto a México, y en particular la sentencia emitida en el caso Radilla Pacheco (supra visto 1), “son obligatorias para todos los órganos [del Estado...] en sus respectivas competencias [...]”. Por tanto, para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio. Por otro lado, el resto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que deriva de las sentencias en donde el Estado mexicano no figura como parte, tendrá el carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos, pero siempre en aquello que sea más favorecedor a la persona [...]”. Asimismo, mediante dicho Acuerdo, la SCJN también estableció que “el fuero militar no podrá operar bajo ninguna circunstancia frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles”, ya que estos tienen el derecho a “someterse a la jurisdicción de un juez o tribunal ordinario”.
6. La Corte Interamericana resalta que este Acuerdo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México constituye un avance importante en materia de protección de los derechos humanos, no sólo dentro del marco del presente caso, sino en todas las esferas internas del Estado mexicano. Por lo anterior, este Tribunal valora positivamente las consideraciones hechas por el máximo órgano judicial del Estado, las cuales son de gran trascendencia para la consolidación de los derechos humanos en la región.

Por otro lado, el tercer caso por destacar es la incorporación a la Constitución de la denominada Guardia Nacional, bajo el Gobierno federal actualmente en funciones, encabezado por Andrés Manuel López Obrador. La Constitución mexicana fue reformada para establecer las bases normativas de la Guardia

Nacional. El propósito inicial de esta novedosa organización era que asumiera el combate a la aguda inseguridad pública que padece el país.²⁵

Como se sabe, en México la seguridad pública se mantiene en el centro de una profunda problemática social, y también jurídica, desde hace más de una década. El 28 de noviembre de 2018 (trece días después de haber dictado la sentencia), la Corte IDH notificó la nueva condena al Estado mexicano en el Caso Alvarado Espinoza y otros. En ese caso, entre otras cosas, reiteró estándares relacionados con la participación de las fuerzas armadas en tareas de seguridad pública y sus condiciones de excepción.²⁶

Sin embargo, pese a su configuración constitucional como institución policial de carácter civil, el artículo 5º transitorio del decreto de esta reforma dejó establecido:

Durante los cinco años siguientes a la entrada en vigor del presente decreto, en tanto la Guardia Nacional desarrolla su estructura, capacidades e implantación territorial, el Presidente de la República podrá disponer de la fuerza armada permanente en tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria.

Es muy significativo que, en su sentencia al Caso Alvarado, la Corte IDH haya establecido en su párrafo 182, el muy relevante texto siguiente:

182. [...] como regla general, la Corte reafirma que el mantenimiento del orden público interno y la seguridad ciudadana deben estar primariamente reservados a los cuerpos policiales civiles. No obstante, cuando excepcionalmente intervengan en tareas de seguridad, la participación de las fuerzas armadas debe ser:

- a) Extraordinaria, de manera que toda intervención se encuentre justificada y resulte excepcional, temporal y restringida a lo estrictamente necesario en las circunstancias del caso;*
- b) Subordinada y complementaria, a las labores de las corporaciones civiles, sin que sus labores puedan extenderse a las facultades propias de las instituciones de procuración de justicia o policía judicial o ministerial;*

25 Esta reforma a la Constitución fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de marzo de 2019. Está por analizarse, por supuesto, el muy reciente desempeño que ha tenido hasta el momento.

26 La sentencia fue notificada al Estado mexicano el 20 de diciembre de 2018 (véase Corte IDH, Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 370).

- c) Regulada, *mediante mecanismos legales y protocolos sobre el uso de la fuerza, bajo los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y absoluta necesidad y de acuerdo con la respectiva capacitación en la materia, y*
- d) Fiscalizada, *por órganos civiles competentes, independientes y técnicamente capaces.* (Énfasis agregado)

Como puede verse, el impacto de la sentencia interamericana en esta reforma de la Constitución mexicana fue diáfano, por textual, e inmediato. Lo fue además en un tema de gran controversia interna y de la primera línea de importancia tanto en los días que corren como para el futuro inmediato de la vida social y democrática del país.

CONSIDERACIÓN FINAL

El esquema de recepción de las sentencias condenatorias de la Corte IDH dista de un estado de maduración suficiente que permita certidumbre en el procedimiento que se debe seguir. Como se ha puesto de relieve en este texto, la Suprema Corte de Justicia se ha mostrado como un órgano del Estado mexicano coadyuvante con el cumplimiento.

En específico, su participación se ha verificado en los casos en los que la Corte IDH ha aludido a la tarea del Poder Judicial de la Federación en las consideraciones jurídicas de sus sentencias (por ejemplo, en sus llamados a la realización del control difuso de convencionalidad en sede interna), sin que incluso necesariamente haya establecido una medida de reparación concreta en los puntos resolutivos de esas decisiones.

En todos esos casos, la intervención de la Suprema Corte mexicana ha sido protagónica en un doble sentido: la inserción del criterio interamericano en el ordenamiento jurídico interno, o la réplica detallada de las obligaciones administrativas que, en su caso, la sentencia interamericana hubiere generado para órganos del Poder Judicial de la Federación. Esta línea de actuación ha sido posible porque la Suprema Corte encabeza este poder desde el punto de vista institucional y orgánico en el ordenamiento jurídico mexicano.

Es importante subrayar que la Suprema Corte nunca ha sido señalada expresamente por una sentencia interamericana como órgano obligado al cumplimiento. Pese a que muchos de los casos interamericanos en los que México ha recibido una condena habrían podido seguir una ruta de impugnación hacia la Corte, hasta ahora ninguna sentencia de fondo de esta ha formado parte de los actos del Estado que han provocado violaciones de los derechos humanos en el sistema interamericano.

Es cierto también que –como se ha destacado en este trabajo– hay criterios de la Suprema Corte que no se podrían considerar ajustados a la realización plenamente efectiva de las sentencias interamericanas. Por ejemplo, el incierto papel que de acuerdo con su jurisprudencia puede jugar el juicio de amparo como medio para establecer medidas de reparación análogas a las comúnmente fijadas por sentencias interamericanas. O todavía más preocupante, la puerta abierta por la propia Corte a realizar análisis comparativos de los alcances de las obligaciones interamericanas, establecidas en sentencia, con restricciones constitucionales que pudieran hacerle perder sus efectos.

Sin embargo, no podría negarse que la Suprema Corte ha jugado un papel clave en la interiorización de los criterios de la Corte IDH cuando ha encontrado viable, bajo interpretaciones integracionistas de sus normas procesales, la apertura de “expedientes varios” para esos efectos. Incluso recientemente ha creado, mediante acuerdo general, la vía del “Expediente de recepción de sentencias internacionales” que, pese a no mostrar todavía su potencialidad, puede ser un razonable mecanismo para regir un procedimiento de recepción de sentencias de la Corte IDH y otros tribunales u organismos internacionales cuya competencia ha reconocido el Estado mexicano.

En ese sentido, pese a que solamente uno de los diez casos de las condenas interamericanas existentes ha sido declarado como totalmente concluido en la satisfacción de las medidas de reparación decretadas (Caso Castañeda), todo indica que, para el caso mexicano, la intervención de la Suprema Corte –en asuntos que tengan las características descritas en este trabajo– seguirá siendo necesaria, e incluso potencializada, en el futuro.

En ese recorrido, muy probablemente sea recomendable generar las condiciones competenciales y procesales internas para que la Suprema Corte se pronuncie en todos los casos en los que México ha recibido una condena. Máxime que cuando ese escenario se presenta es potencialmente posible que el juicio de amparo –competencia por excelencia de los tribunales de la Federación– haya dejado de cumplir con su papel de protección.

Se trata de un escenario que debe ocupar los análisis en la búsqueda de enfrentar cada vez con mayor efectividad la ejecución de las sentencias interamericanas, pues la gran mayoría de ellas aún espera actuaciones contundentes del Estado que den cabal cumplimiento a las responsabilidades interamericanas que le han sido atribuidas.

BIBLIOGRAFÍA

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe Anual*, San José, 2018.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, Raúl M. MEJÍA GARZA y Laura P. ROJAS ZAMUDIO, *La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos. Estudio y documentos a partir de las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011*, México, Porrúa, 2015.
- , *El caso Radilla. Estudio y documentos*, México, Porrúa, 2012.
- DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y Alfonso HERRERA GARCÍA, “Carácter irreformable del derecho de acceso a la jurisdicción en el sistema interamericano de derechos humanos”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXV, Bogotá, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Konrad Adenauer Stiftung, 2019.
- GUTIÉRREZ CONTRERAS, Juan Carlos y Silvano CANTÚ MARTÍNEZ, (coords.), *El Caso Rosendo Radilla Pacheco. Impacto e implicaciones en el nuevo modelo constitucional en derechos humanos*, México, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C. - Ubijus, 2012.
- HERRERA GARCÍA, Alfonso, *La interpretación de los derechos humanos y sus garantías por la Suprema Corte de Justicia. Una aproximación jurisprudencial*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.
- MEDINA MORA F., Alejandra, Pedro SALAZAR UGARTE y Daniel VÁZQUEZ, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa - UNAM, 2015.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, “El principio *pro persona* y la contradicción de tesis 293/2011”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 24, julio-diciembre 2015, pp. 243-250.
- SILVA GARCÍA, Fernando, “Derechos humanos y restricciones constitucionales: ¿reforma constitucional del futuro vs. interpretación constitucional del pasado? (comentario a la C.T. 293/2011 del Pleno de la SCJN)”, *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 30, enero-junio 2014, pp. 251-272.

LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS INTERNACIONALES POR LAS JURISDICCIONES NACIONALES: EL CASO PERUANO

César Landa*

INTRODUCCIÓN

La ejecución de las sentencias internacionales, mediante el control de convencionalidad, ha alcanzado carta de ciudadanía en el ordenamiento peruano. Si bien se cuenta con una primigenia experiencia en la época de la dictadura fujimorista de los años noventa,¹ luego de recuperada la democracia y a partir de múltiples decisiones del Tribunal Constitucional, que aceptó la aplicación directa de los tratados de derechos humanos y la eficacia vinculante de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), este mecanismo de control del derecho interno ha ido penetrando también en el razonamiento de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Por ello, con la finalidad de realizar un balance sobre su aplicación en sede judicial nacional de las sentencias de la Corte IDH, se presenta una relación de casos resueltos por el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en los que, de modo expreso o no, se ha aplicado el control de convencionalidad. Luego de la presentación y a partir de sus particularidades, se harán algunas reflexiones finales a modo de conclusión.

* Expresidente del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1 En la última década del siglo pasado, a través del fallo de la jueza Antonia Saquicury, se declararon inaplicables las leyes de amnistía que favorecían e impedían la investigación y el procesamiento de los miembros del grupo Colina, responsables de los asesinatos de nueve estudiantes y un profesor de la Universidad Enrique Guzmán y Valle - La Cantuta, así como de los participantes en una reunión (“pollada”) en Barrios Altos. Cabe agregar que estos casos, luego, fueron conocidos por la Corte IDH y dieron lugar a las sentencias de los casos *Barrios Altos vs. Perú* (14 de marzo de 2001) y *La Cantuta vs. Perú* (29 de noviembre de 2006).

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD APLICADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional peruano, de modo decidido y desde sus primeras sentencias luego de recuperada la democracia a partir del año 2000 ha integrado el parámetro interamericano (Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH] y jurisprudencia de la Corte IDH) en el canon del control de constitucionalidad, como parte de su razonamiento para la resolución de causas y la protección de los derechos humanos.

Para ello se ha valido, por un lado, de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, según la cual las disposiciones constitucionales que reconocen derechos y libertades se interpretan de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado peruano,² y, de otro lado, aunque en menor medida, del artículo 3, conocido como la cláusula de derechos no enumerados o implícitos, para la incorporación de derechos que si bien no están reconocidos de manera expresa en el texto constitucional de 1993, sí han encontrado expresión en los instrumentos internacionales (como el derecho al *ne bis in ídem*) o en la jurisprudencia interamericana (como el derecho a la verdad).

Juzgamiento de civiles por militares y juez natural

Mediante la sentencia del Expediente 218-2002-HC, el Tribunal Constitucional resolvió un caso en el que Jorge Alberto Cartagena Vargas cuestionaba la sentencia que lo condenó por el delito de terrorismo emitido por el fuero militar.

En sus fundamentos, el Tribunal construyó el sustento del derecho a la jurisdicción predeterminada o juez natural a partir de lo establecido en el artículo 139.3 de la Constitución y el artículo 8.1 de la CADH. Por ello, al resolver el fondo de la controversia señaló:

2 Al respecto, el Tribunal Constitucional tempranamente señaló: “De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región” (Sentencia del Exp. 217-2002-PA/TC, fundamento 2).

Esta línea jurisprudencial ha sido constante según puede verse de los siguientes casos: Exp. 00218-2002-HC/TC, Exp. 00026-2004-AI/TC, Exp. 02798-2004-HC/TC, Exp. 01417-2005-PA/TC, Exp. 04677-2005-PA/TC, Exp. 04587-2004-AA/TC, Exp. 2730-2006-PA/TC, entre otros.

1. De acuerdo con el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, toda persona tiene derecho al juez natural, por lo cual “ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos”. Asimismo, dicho derecho es garantizado por el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que señala que toda persona tiene derecho “a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.
2. De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado peruano. Tal interpretación conforme con los tratados sobre derechos humanos contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región.
En casos similares al alegado mediante el presente hábeas corpus, dicha Corte Interamericana ha señalado que “toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado, deberá de contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial” (Caso Tribunal Constitucional, párrafo 77). El derecho a un juez competente garantiza, por lo que al caso de autos interesa, que ninguna persona pueda ser sometida a un proceso ante autoridad que carece de competencia para resolver una determinada controversia.

En ese sentido, incluso antes que la propia Corte IDH, el Tribunal Constitucional, a partir del parámetro convencional, determinó que las condenas por terrorismo impuestas a civiles por tribunales militares resultaban contrarias al derecho al juez natural reconocido en la CADH.

Investigación y sanción de violaciones de los derechos humanos

Como se ha mencionado, en el Perú algunos de los casos más emblemáticos vinculados a la violación de los derechos humanos han sido los casos Barrios Altos y La Cantuta, ambos resueltos por la Corte IDH y en los que la propia Corte aplicó,

aunque no de manera expresa, el control de convencionalidad, al considerar contrarias a la Convención las leyes de amnistía dictadas por el Congreso dominado por la mayoría fujimorista en la última década del siglo pasado.

Luego de estas sentencias, las investigaciones contra los miembros del grupo Colina fueron reabiertas en sede penal ordinaria.

En un primer momento, mediante un proceso de amparo, Santiago Martín Rivas cuestionó las decisiones de la justicia militar que declaró nulas las sentencias de dicho fuero que en aplicación de leyes de amnistía lo absolvía de responsabilidad por los hechos vinculados al Caso La Cantuta; en este caso, el demandante invocaba la lesión a un presunto derecho a la amnistía. El Tribunal Constitucional consideró que ese derecho no tiene sustento constitucional, que existe sí una prerrogativa del Congreso de emitir leyes de amnistía, pero que no era una facultad absolutamente discrecional y que, en todo caso, estaba sujeto a una serie de límites constitucionales, uno de los cuales es el respeto de los derechos humanos garantizados por la Constitución y los instrumentos internacionales. Al respecto, se dijo:

Las leyes de amnistía tampoco pueden expedirse en oposición a las obligaciones internacionales derivadas de los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado peruano. La capacidad de los tratados sobre derechos humanos para limitar materialmente las leyes de amnistía se funda en el artículo 55 y en la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución. De conformidad con el primero, una vez que estos son ratificados, forman parte del Derecho nacional y, por tanto, vinculan a los poderes públicos. De conformidad con el segundo, los tratados sirven en el proceso de delimitación del ámbito constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales (fundamento 28 de la sentencia del Exp. 679-2005-PA).

A partir de este parámetro, el Tribunal analizó si las leyes de amnistía invocadas por el demandante cumplían los límites constitucionales, concluyendo que a partir de lo expuesto en los casos Barrios Altos y La Cantuta se colige que

... la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que las leyes de amnistía aludidas carecen de efectos jurídicos y que lo resuelto, por tanto, tiene efectos generales. Siendo así, dicho pronunciamiento no solo es de aplicación a los hechos que suscitaron el “Caso Barrios Altos”, sino que comprende a los casos en los que su aplicación impidió que se juzgaran y sancionaran graves violaciones de derechos reconocidos en la Convención Americana, como el “Caso La Cantuta” (fundamento 43 de la sentencia del Exp. 679-2005-PA).

Por ello, esas leyes carecerían de efectos jurídicos y las decisiones del fuero militar dictadas a su amparo no constituirían cosa juzgada constitucional (fundamento 50 de la sentencia del Exp. 679-2005-PA).

En una segunda oportunidad, el mismo Santiago Martín Rivas cuestionó las investigaciones iniciadas en sede judicial ordinaria, bajo el argumento de que ya había sido juzgado por el fuero militar en el que había sido absuelto, por tanto, la pretensión de reabrir y volver a juzgar los casos constituía una lesión al derecho a la cosa juzgada que prohíbe revivir procesos que han terminado con sentencias judiciales firmes.

Dichas pretensiones fueron desestimadas por el Tribunal Constitucional por cuanto

... considera que la obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los responsables por la violación de los derechos humanos declarados en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no solo comprende la nulidad de aquellos procesos donde se hubiese aplicado las leyes de amnistía n.º 26479 y n.º 26492, tras haberse declarado que dichas leyes no tienen efectos jurídicos, sino también toda práctica destinada a impedir la investigación y sanción por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, entre las cuales se encuentran las resoluciones de sobreseimiento definitivo como las que se dictaron a favor del recurrente (fundamento 63 de la sentencia del Exp. 4587-2004-PA).

A partir de lo señalado se colige que en el caso, dentro del parámetro de juicio, se empleó la sentencia de la Corte IDH del Caso Barrios Altos vs. Perú, pero no para dejar sin efecto alguna norma o práctica estatal, sino para ratificar que los actos cuestionados en el amparo se habían dictado de conformidad con lo establecido por la Corte IDH.

Entonces, el control de convencionalidad serviría no solo para excluir normas o actos del Estado contrarios al parámetro convencional interamericano, sino también para ratificar aquellos que son conformes al mismo.

Control de resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones

La Constitución de 1993, en su tenor literal, a través de los artículos 142 y 181, establece la prohibición de revisión judicial de las resoluciones que emita el Jurado Nacional de Elecciones (JNE).³

3 Las disposiciones constitucionales citadas establecen: “Artículo 142. No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las

Sin embargo, tal posición constituyente ha sido objeto de interpretación por parte del Tribunal Constitucional de conformidad con el estándar interamericano establecido en el Caso *Yatama vs. Nicaragua*. En este caso, la Corte IDH determinó que era contraria al derecho al recurso reconocido en el artículo 25 de la CADH la disposición de la Constitución de Nicaragua que prohibía la revisión judicial de las decisiones de las autoridades electorales.

En esa dirección, el Tribunal Constitucional, en la sentencia del Expediente 5854-2005-PA (Caso Lizana Puelles), siguiendo el estándar interamericano citado, formuló una interpretación unitaria de los artículos 200, inciso 2, de la Constitución, que reconoce el amparo como mecanismo procesal para proteger los derechos fundamentales, y 142 y 181 ya citados que prohibían la revisión judicial de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones.

Al respecto, en la sentencia citada, el Tribunal Constitucional señaló:

... 30. [...] El artículo 173 de la Constitución nicaragüense es sustancialmente análogo a los artículos 142 y 181 de la Constitución peruana. Y el Consejo Supremo Electoral de Nicaragua tiene en el JNE peruano a su homólogo.

Insistir en una interpretación aislada de los artículos 142 y 181 de la Constitución, pretendiendo que las resoluciones del JNE en materia electoral están exceptuadas de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, supondría incurrir en una manifiesta irresponsabilidad, ya que situaría al Estado peruano ante la cierta e inminente condena por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al violar el artículo 25.1 de la Convención. No solo es facultad, sino deber de este Tribunal y del Poder Judicial impedir ello, mediante una adecuada interpretación de los referidos preceptos, de conformidad con la Constitución y los tratados y las decisiones de los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

31. Así las cosas, una interpretación aislada de los artículos constitucionales *sub examine*, resulta incompatible con el artículo 8º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y los artículos 8º.1 y 25º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces”. “Artículo 181. El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno”.

En función de lo señalado, el Tribunal propuso la siguiente interpretación unitaria de las disposiciones constitucionales aludidas en el párrafo precedente:

El Tribunal Constitucional se encuentra en condiciones de afirmar que toda interpretación de los artículos 142º y 181º de la Constitución que realice un poder público, en el sentido de considerar que una resolución del JNE que afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, toda vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente (sentencia del Exp. 5458-2005-PA, fundamento 35).

Cabe señalar que esta posición ha sido ratificada por el Tribunal en la sentencia del Expediente 2730-2006-PA, en el que el señor Arturo Castillo Chirinos, en ese momento alcalde de Chiclayo, fue cesado por la presunta comisión de un delito; dicha decisión fue ratificada por el JNE cuando aún se encontraba en trámite un recurso ante la Corte Suprema que finalmente, luego de la decisión del JNE, revocó la condena impuesta al señor Castillo Chirinos. Asimismo, en la sentencia del Expediente 0007-2007-PI, en la que se cuestionó la constitucionalidad de la Ley 28642 que modificó el Código Procesal Constitucional con la finalidad de impedir la revisión de las resoluciones del JNE.

En esta última sentencia, el Tribunal Constitucional aceptó su vinculación a las decisiones de la Corte IDH en dos vertientes:

... por un lado, *reparadora*, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, *preventiva*, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano (fundamento 26 de la sentencia del Exp. 0007-2007-PI).

En este caso, el Tribunal adoptó el parámetro interamericano para evitar, de manera preventiva, una eventual responsabilidad internacional del Estado frente al sistema interamericano.

Secreto de las comunicaciones privadas y lucha contra la corrupción

Como es de conocimiento público en Perú, a mediados del gobierno del ex-presidente Alan García (2006-2011), en un programa de televisión dominical se

difundió un audio que contenía una conversación telefónica seguida entre un funcionario de la empresa estatal de petróleos, Alberto Químpfer Herrera, y un cabildero vinculado al gobierno de turno y a empresas noruegas, Rómulo León Alegría.

En este audio se pusieron en evidencia las coordinaciones y los negociados para que una licitación sobre lotes petroleros seguida por la empresa estatal de petróleos favoreciera a la empresa noruega que estaba representada por Rómulo León.

Este caso, conocido como los “petroaudios”, además de constituir un escándalo político dio origen a una investigación en sede penal por delitos contra la administración pública. A efectos del presente trabajo, la decisión de iniciar el proceso penal por este asunto fue cuestionada por Alberto Químpfer, quien interpuso un *habeas corpus*, dado que el proceso penal solo se sustentaba, a su entender, en los audios difundidos por la televisión local que, al haber sido grabados y difundidos sin su consentimiento, constituirían una prueba prohibida.

Para resolver el caso, el Tribunal utilizó como parámetro de juicio la sentencia de la Corte IDH recaída en el Caso Escher vs. Brasil, en donde se establece que el derecho al secreto de las comunicaciones se derivaría del derecho a la vida privada, reconocido y protegido por la CADH. En dicho sentido, en el fundamento 18 de la sentencia del Expediente 655-2010-PHC, se puede leer:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso Escher y otros vs. Brasil, del 6 de julio de 2009, ha precisado que el derecho a la vida privada previsto en el artículo 11° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege “las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla.

[...]

la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que “la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación”.

Luego de señalar que el derecho en mención puede ser objeto de limitaciones legítimas, siempre que dicha limitación cumpla los estándares establecidos por la propia Corte IDH en el Caso Escher vs. Brasil, el Tribunal concluye que en el caso se habría lesionado el derecho, en tanto

... las conversaciones telefónicas del beneficiario que sirven de fundamento al auto de apertura que se cuestiona no fueron interceptadas por agentes del Estado, por lo que la injerencia arbitraria en su vida privada no le es imputable al juez demandado, ni al fiscal que interpuso la denuncia. En este sentido debe destacarse que las conversaciones telefónicas del beneficiario no constituían información pública, por lo que su divulgación a través de los medios de prensa sin la autorización del beneficiario se tornó inconstitucional.

Por esta razón este Tribunal considera que el Estado debe investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de la violación del derecho a la vida privada del beneficiario, consistente en la interceptación y divulgación de sus conversaciones telefónicas, así como la entrega de las conversaciones telefónicas a los medios de comunicación. Asimismo, debe precisarse que la divulgación de las grabaciones telefónicas requiere de la autorización de sus interlocutores para que sea legítima (fundamento 20 de la sentencia del Exp. 655-2010-PHC).

Como puede verse en este caso, el Tribunal no analiza adecuadamente los criterios establecidos por la Corte IDH y descarta de plano la posibilidad de que el derecho en cuestión haya sido legítimamente limitado, habida cuenta del alto interés público en el manejo de los recursos naturales que son patrimonio de la nación, según lo establecido en el artículo 66 de la Constitución.

Más aún, en la práctica, el criterio del Tribunal Constitucional impedía que los periodistas pudieran hacer uso de audios u otro tipo de instrumento (como los “vladivideos”, por ejemplo) para poder sustentar sus denuncias por manejos indebidos de los recursos del Estado. Si bien este extremo de la sentencia fue objeto de una aclaración a fin de salvaguardar el derecho de la prensa a informar sobre hechos de relevancia pública, no cabe duda de que el caso representó y representa un serio revés en la lucha contra la corrupción en el Estado peruano.

Deudas tributarias y control de convencionalidad

El ejercicio del control de convencionalidad por parte del Tribunal Constitucional tampoco ha estado exento de desaciertos y errores, cuando no traiciones a su finalidad y espíritu.

El control de convencionalidad surge como un mecanismo para proscribir aquellas prácticas estatales que vulneran los derechos que la CADH garantiza. A pesar de dicha finalidad, en la experiencia peruana se ha utilizado maniqueamente para favorecer a una empresa de televisión que mantenía millonarias deudas con la administración tributaria.

En dicho sentido, en el Caso Panamericana TV (sentencia del Exp. 4617-2012-PA), luego de una aproximación conceptual (fundamentos 4 a 14), se usó como

parámetro de convencionalidad la resolución de supervisión de sentencia del Caso Baruch Ivcher vs. Perú, de fecha 24 de noviembre de 2009.

En dicho caso, a través de la resolución de supervisión de sentencia, se estableció que el favorecido con la sentencia interamericana no debía asumir el pago de la deuda tributaria contraída por la administración anterior que lo había despojado del control del canal de televisión Frecuencia Latina con apoyo del entonces asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres. Ello, en tanto en la sentencia de fondo de la Corte IDH se había establecido que el Estado peruano debía restablecer al ciudadano Baruch Ivcher en el ejercicio de sus derechos como accionista del mencionado canal de televisión, y como parte de dichas condiciones, se encontraba el hecho de que cuando el señor Ivcher fue despojado de sus derechos como accionista, la empresa en cuestión no mantenía deudas tributarias con el Estado.

Estos criterios fueron maniqueamente aplicados en la sentencia del Caso Panamericana, habida cuenta de que la administración del canal cuestionaba la deuda tributaria generada por el no pago de los tributos por parte de la administración judicial impuesta por el propio Estado a través de una medida cautelar. En dicho sentido, en el fundamento 20 de la sentencia se puede leer:

Siguiendo lo expresado por la Corte IDH, en el presente caso se advierte que la demandante (Panamericana Televisión S.A.) tiene una deuda de carácter tributario exorbitante. Al respecto, no puede soslayarse que si la deuda se ha incrementado exponencialmente ello obedece a que, dolosamente, la gestión anterior dejó de honrarlas. No debemos olvidar que la gestión anterior estaba en manos de Genaro Delgado Parker que fue el administrador judicial designado por el Estado peruano, a través de su Poder Judicial, es decir, Genaro Delgado Parker fue designado por un juez de la república, a quien representaba, para administrar diligentemente Panamericana Televisión S.A., lo que no ha ocurrido. Entonces, el propio Estado también es responsable de dicho incremento, no solo porque la administración del canal le fue despojada mediante írritas resoluciones judiciales sino porque ha sido la propia desidia de la Administración Tributaria la que ha permitido que la deuda se haya incrementado; pues, pese a tener las herramientas necesarias para cobrar tales tributos, no las utilizó en su momento. Si la actora se ha visto inmersa en tal nivel de endeudamiento con el fisco, es precisamente por la actuación del propio Estado. De ahí que, pretender cobrar la totalidad de la deuda a la actual gestión sin considerar tal situación resulta arbitrario.

Como puede advertirse, las circunstancias del Caso Baruch Ivcher son diferentes a las del Caso Panamericana, pues este último se originó por una disputa entre sus propios accionistas en el marco de la democracia recuperada, en tanto

que el primer caso se dio en el contexto de la dictadura de Fujimori, en la cual se tomó el canal opositor de propiedad del señor Ivcher para que su línea editorial fuera afín al régimen de turno. Las diferencias entre los casos y la indebida aplicación del control de convencionalidad fueron apuntadas por el magistrado Urviola Hani a través de su voto singular.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD APLICADO POR EL PODER JUDICIAL

El Poder Judicial peruano, de manera progresiva, ha ido adoptando el control de convencionalidad como una herramienta para la efectiva protección de los derechos de la persona.

Protección de los derechos de las personas con discapacidad. Inconvencionalidad de las normas sobre capacidad civil

En la sentencia contenida en la Resolución 32, recaída en el Expediente 01305-2012-0-1001-JR-FC-03, emitida en Cusco el 15 de junio de 2015, se inaplican las disposiciones del Código Civil sobre interdicción civil aplicables a las personas con discapacidad. Esta decisión es emblemática por dos motivos: primero, porque ha sido emitida por Edwin Béjar Rojas, juez que tiene discapacidad visual y que luchó judicialmente para que el Consejo Nacional de la Magistratura, en el marco de un concurso de acceso a la carrera judicial, le tomara un examen adaptado a su discapacidad; en segundo lugar, porque de oficio se aplica el control de convencionalidad sobre las normas civiles indicadas al principio.

En relación con los hechos del caso tenemos que en el mismo se había solicitado la interdicción civil de dos adultos de aproximadamente 40 años de edad que sufrían de esquizofrenia paranoide. La demanda había sido interpuesta por su madre, quien también solicitaba se le nombrara como curadora de sus hijos.

En el trámite del proceso, de lo declarado por la demandante y lo informado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP), el juez establece que el verdadero motivo de la demanda estaba constituido, no tanto por la situación de discapacidad de los hijos de la demandante, sino por la necesidad de contar con una sentencia de interdicción civil, según lo requerido por la ONP para poder otorgarles una pensión de orfandad y el acceso al seguro de salud.

En la sentencia se hace un amplio análisis de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Para ello, se toma como parámetro normativo la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (CDPD), que en su artículo 12.2 establece que los Estados reconocen

que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”. A partir de lo señalado, de conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, se entiende que el tratamiento de las personas con discapacidad ha transitado de un modelo de sustitución, en el que no se reconoce autonomía ni capacidad para decidir a las personas con discapacidad, hacia un modelo de apoyo, en que se reconoce a la persona con discapacidad como un sujeto de derechos que puede adoptar decisiones concernientes a su propia vida, contando para ello con un sistema de apoyos que sean adecuados a su condición (discapacidad) (fundamento 6).

A partir de este techo ideológico, en aplicación del control difuso de convencionalidad, se declaran inaplicables los artículos 43, numeral 2, y 44, numerales 2 y 3 del Código Civil⁴ relativos a la incapacidad absoluta y relativa de las personas con discapacidad, y que facultan a su interdicción civil.

El iter argumentativo para justificar esta decisión se encuentra contenido en el fundamento 9.2 de la sentencia y que, en lo que interesa, se reproduce a continuación:

- a) Cuando la norma legal del numeral 2 art. 43 CC. señala “Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento” conforme a la doctrina se están refiriendo a personas con deficiencias intelectuales o mentales consideradas severas, como puede ser la Esquizofrenia Paranoide, cuyo “discernimiento” en condiciones de “normalidad” es normalmente puesto en cuestión.
- b) Cuando lo dispuesto por los numerales 2 y 3 art. 44 CC. señalan “Los retardados mentales” y “Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad” respectivamente, se están refiriendo a las personas con discapacidad intelectual dentro de las cuales están incluidas las personas con Síndrome de Down, así como a personas con discapacidad sicosocial moderada; donde se aprecia además la utilización de un lenguaje discriminatorio hacia las personas con discapacidad (PCD), de cuyo contenido se desprende que nuestro ordenamiento jurídico presupone la incapacidad de ejercicio de las PCD intelectual y sicosocial que no pueden tomar sus propias decisiones por contar únicamente con la discapacidad.

4 Código Civil de 1984.

“Artículo 43. Son absolutamente incapaces: [...] 2. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento”.

“Artículo 44. Son relativamente incapaces:

[...]

2. Los retardados mentales.

3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad”.

- c) De la lectura conjunta y sistemática de los artículos referidos precedentemente con las demás del Código Civil vigente, se desprende que la regla general es la incapacidad de las PCD y la excepción su capacidad, si se tiene en cuenta que el artículo 42 dispone que tienen plena capacidad de ejercicio en sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años; sin embargo, en forma contradictoria se impone como límite el contenido de los artículos 43 y 44.
- d) Cabe indicar que, en teoría, el modelo de sustitución asumido por nuestro Código Civil tuvo como finalidad proteger a las personas con discapacidad intelectual y sicosocial de posibles abusos. Las situaciones de sustitución en la toma de decisiones suelen tener en el derecho una justificación proteccionista (paternalismo jurídico). En la práctica, sin embargo, el modelo de sustitución abre la puerta a la vulneración de sus derechos: facilita la institucionalización, la esterilización forzada, el internamiento involuntario, entre otras violaciones de derechos humanos.
- e) Si efectuamos una interpretación de los referidos artículos en el sentido que únicamente las personas que no pueden valerse por sí mismas cuentan con incapacidad absoluta o relativa susceptibles de interdicción, en el fondo la prohibición sigue siendo la misma en el sentido de limitar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y sicosocial basadas en un sistema de sustitución contraria a la CDPD que establece, como ya se dijo, que los Estados Parte adopten un sistema de apoyo para el reconocimiento de la capacidad jurídica que antes que restringir su ejercicio lo promueva y proteja. [...]
- h) Considerando lo expuesto precedentemente, la forma en la que se encuentra[n] redactad[os] los artículos tantas veces referidos del Código Civil, y especialmente su concepción, es atentatoria al derecho a la igualdad en el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad sicosocial e intelectual, no pudiendo interpretarse de alguna forma que sea compatible con los derechos fundamentales ya señalados por ser claramente contradictorios, por lo que declarar una interdicción parcial o solo para determinados aspectos de la vida, afecta al derecho intrínseco y de la PCD y el espíritu del artículo 12 de la CDPD al no tomar en cuenta la decisión y autonomía de las PCD. [...]
- [...] En este orden de ideas, los artículos 43 y 44 del Código Civil ya referidos son incompatibles con lo dispuesto por el artículo 12 de la CDPD que, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución Política, constituye un parámetro de interpretación vinculante en relación al igual reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad (capacidad de goce y de ejercicio).

En razón de los argumentos transcritos en el fundamento 9.4 *in fine* de la sentencia se señala:

... es necesario aplicar el control difuso de convencionalidad al presente caso, a fin de resguardar el cumplimiento de la CDPD y el respeto de los derechos humanos de las personas con discapacidad, debiendo inaplicarse lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 43 y los numerales 2 y 3 del artículo 44 del Código Civil por ser incompatibles con el artículo 12 y demás de la CDPD.

Cabe añadir que, aunque no se expresa en los mismos términos, el juez también aplicó una suerte de control de convencionalidad sobre la práctica administrativa de la ONP de exigir para el otorgamiento de una pensión de orfandad una sentencia de interdicción civil por motivo de discapacidad. En el proceso, esta práctica quedó acreditada con la declaración de la demandante y lo informado por la ONP⁵ en el sentido de que para acceder a la pensión solicitada se requería la resolución judicial de interdicción y el nombramiento de curador. En dicho sentido, el juez señaló que a la luz del CDPD:

... establecer como requisito para el acceso a la pensión la interdicción de la persona beneficiaria constituye una vulneración del derecho de igualdad en el reconocimiento de la capacidad jurídica y al derecho de acceso a la pensión, además de ser sumamente perverso pues obliga a la “muerte civil” de la persona en pos de un beneficio de seguridad social que debería estar disponible para todos los ciudadanos. Como se ha explicado anteriormente, este condicionamiento ha llevado a muchas familias a solicitar una interdicción que no desean ni requieren.

Sobre este segundo aspecto, en el segundo punto resolutivo del fallo, el juez ha establecido:

Las personas con discapacidad sicosocial e intelectual tienen derecho de acceso a la pensión sin restricción alguna por motivos de discapacidad, incluyendo la pensión de orfandad por incapacidad, con el pleno respeto de su capacidad jurídica conforme lo establece el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por ello efectuando una interpretación sistemática de las normas en materia de pensiones a la luz de la Constitución Política y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se debe determinar, que para la tramitación y otorgamiento de la pensión de orfandad por incapacidad del D.L. n.º 20530 solicitado a favor de una persona con discapacidad ante la Oficina de Normalización Previsional u otra competente, es inaplicable toda norma legal que exija como requisito la presentación de

5 La ONP emitió el informe a que se hace referencia, ante el requerimiento efectuado de oficio por el juez.

resolución judicial de interdicción o incapacidad, y la designación del curador del beneficiario de dicha pensión.

De esta manera, en el presente caso se ha empleado el control de convencionalidad en dos sentidos: 1) como un control represivo, a través de la inaplicación de disposiciones que resultan contrarias a los derechos garantizados por un tratado de derechos humanos; 2) como un control de adecuación de las prácticas estatales internas al derecho internacional.

Control sobre decisión de pase a retiro de oficial de la Policía Nacional del Perú que no ha sido debidamente motivado

Carlos Celestino Castro Alarcón, exoficial PNP, cuestiona la Resolución Suprema 1399-2001-IN/PNP y la resolución ficta denegatoria del recurso de apelación interpuesta contra esa resolución de fecha 14 de diciembre de 2001, mediante la cual se dispuso su pase a retiro por causal de renovación de cuadros de la PNP.

En el presente caso, la Corte Suprema resolvió declarar nulas las sentencias judiciales previas debido a que en el momento de resolver el fondo de la controversia las autoridades judiciales no evaluaron si en el caso resultaban aplicables el control de convencionalidad y la tutela judicial efectiva, ya que “se hubiera declarado fundada la demanda, al advertirse que la Resolución Suprema 1399-2001-IN/PNP no se encuentra debidamente fundamentada”, lo que constituiría una afectación del artículo 25 de la CADH (considerando séptimo).

En esa misma dirección, la Corte Suprema señala que las decisiones judiciales previas no habían determinado si, en el caso, el debido proceso y el derecho a la debida motivación resultaban aplicables a los procedimientos administrativos; asimismo, que

... no se ha tenido en cuenta que conforme al artículo 55 de la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales forman parte del derecho nacional, por lo que correspondía [a los jueces inferiores] analizar si al presente caso resultan o no aplicables lo previsto en los artículos 8 acápite 1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, tampoco cuál es el tratamiento jurisprudencial emitido por la Corte IDH al respecto. Esto es, correspondía analizar si el precedente contenido en el fundamento 5 del Exp. 0090-2004-AA/TC,⁶ en cuanto

6 El fundamento 5 de la sentencia recaída en el Exp. 0090-2004-AA/TC señala: “Teniendo en cuenta el permanente propósito de optimizar la defensa del principio de la dignidad de la persona humana –canon valorativo vinculado directamente a los derechos fundamentales–, este Colegiado estima necesario establecer lineamientos para la adopción de un nuevo

ordena la aplicación a futuro de los criterios en él establecidos [sobre el pase a retiro de los miembros de la PNP mediante decisión motivada] impedía o no realizar un control de convencionalidad de la cuestionada decisión administrativa. (Considerando octavo)

Desprotección del derecho a la pensión. Incidente de ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del Caso Cinco Pensionistas vs. Perú

En el presente caso, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema resolvió el recurso de Casación 2777-2012, Lima. Mediante este recurso, la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) cuestionó la decisión judicial de segunda instancia que resolvió declarar infundada su demanda de nulidad de acto administrativo.

En este proceso, la SBS pretendía que se declarara nula la Resolución SBS 283-95 de 7 de abril de 1995, que disponía la nivelación de la pensión de cesantía del demandado en dicho proceso, Carlos Torres Benvenuto, con base en las remuneraciones que se abonan a los trabajadores de la SBS sujetos al régimen laboral de la actividad privada (régimen del Decr. Ley 20530), y de la Resolución SBS 250-2002 de 2 de marzo de 2002, que dispuso dar cumplimiento a la Resolución SBS 283-95.

Según la SBS, las resoluciones cuestionadas eran nulas en tanto al momento de resolverse el proceso en segunda instancia no se había tomado en cuenta la Ley 23495, según la cual, para proceder a la nivelación de pensiones debían tenerse en cuenta las remuneraciones percibidas por los servidores sujetos a la

criterio jurisprudencial sobre dicha materia; aunque –y es conveniente subrayarlo– dicho cambio solo deberá operar luego de que los órganos involucrados con las referidas acciones de personal puedan conocer los alcances del mismo y adopten las medidas que fueren necesarias para su cabal cumplimiento, sin que, además, se afecte lo institucionalmente decidido conforme a la jurisprudencia preexistente.

En el derecho comparado, una técnica semejante, destinada a *anunciar* la variación futura de la jurisprudencia, es lo que en su versión sajona se denomina *prospective overruling*, es decir, ‘un mecanismo en base al cual cualquier cambio de orientación jurisprudencial (*overruling*)’ no adquiere eficacia para el caso decidido, sino solo en relación a hechos verificados con posterioridad al nuevo precedente sentado en el *overruling* [Alberto Cadoppi, ‘Introduzione allo studio del valore del precedente giudiziale nel diritto penale italiano’, en Umberto Vicenti (A cura di), *Il valore del precedenti giudiziali nella tradizione europea*, Padova, Cedam, 1998, p. 126].

Precisamente, en base a ello, este Tribunal anuncia que con posterioridad a la publicación de esta sentencia, los nuevos casos en que la administración resuelva pasar a oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional de la situación de actividad a la situación de retiro por renovación de cuadros, quedarán sujetos a los criterios que a continuación se exponen”.

carrera administrativa (Decr. Legis. 276);⁷ además, que la imposibilidad de nivelar pensiones del régimen del Decreto Ley 20530 derivaría de la relación antinómica de los regímenes laborales público y privado, según lo establecido en el inciso b) del artículo 14 del Decreto Ley 20530⁸ y de la Tercera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.⁹

En la sentencia citada, la Corte Suprema decidió declarar nula la decisión de segunda instancia que declaró infundada la demanda de la SBS, en tanto la misma carecería de una debida motivación, ya que el solo señalar que las resoluciones cuestionadas en el proceso fueron emitidas en ejecución de lo ordenado por la Corte IDH (Caso Cinco Pensionistas vs. Perú), sin tener en cuenta el marco normativo citado en el párrafo precedente, no constituiría una adecuada motivación.

En tal sentido, en el considerando décimo primero se puede leer:

... no se ha puesto de manifiesto el proceso lógico, por el que se ha llegado a la conclusión de que la demanda resulta infundada, sin haberse emitido pronunciamiento válido respecto de la pretensión principal y autónoma en el presente caso [...] el colegiado [superior] omite pronunciarse respecto de la materia controvertida, esto es, si resulta arreglado a derecho que la nivelación a que tiene derecho un pensionista que goza de pensión nivelable en el régimen del Decreto Ley 20530, deba efectuarse con referencia a la remuneración que percibe un trabajador activo del régimen laboral de la actividad privada, toda vez que los trabajadores [de la SBS] pertenecen al régimen laboral de la actividad privada.

7 Ley 23495, Nivelación progresiva de las pensiones de los cesantes y de los jubilados de la administración pública no sometidas al régimen del seguro social o a otros regímenes especiales.

“Artículo 1. La nivelación progresiva de los cesantes con más de 20 años de servicios y de los jubilados de la administración pública no sometidos al régimen del Seguro Social o a otros regímenes especiales, se efectuará con las remuneraciones de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías”.

8 Decreto Ley 20530:

“Artículo 14. No son acumulables los servicios prestados:

[...]

b) Al Sector Público, bajo el régimen laboral de la actividad pública, con los prestados al mismo sector, bajo el régimen laboral de la actividad privada, salvo el caso previsto en la Décima Quinta Disposición Transitoria del Decreto Ley 19990”.

9 Constitución: Tercera Disposición Final y Transitoria: “En tanto subsistan regímenes diferenciados de trabajo entre la actividad privada y la pública, en ningún caso y por ningún concepto pueden acumularse servicios prestados bajo ambos regímenes. Es nulo todo acto o resolución en contrario”.

Finalmente, el Supremo Tribunal entiende que “un pronunciamiento debidamente motivado respecto de la forma en la que corresponde efectuarse la nivelación de la pensión del demandado, no significa la vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandado, ni mucho menos la privación de la protección supranacional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos” (considerando décimo segundo).

Esta sentencia, adoptada por mayoría, cuenta con el voto disidente de la jueza suprema Mac Rae Thays. Según este, la nivelación de la pensión del favorecido con las remuneraciones de servidores sujetos al régimen laboral privado había sido aprobada por la propia SBS en los años ochenta, y luego la SBS desplegó una serie de acciones administrativas para eludir el pago de la pensión, en vista de lo cual el afectado, Carlos Torres Benvenuto, interpuso una serie de acciones judiciales que obtuvieron sentencias con autoridad de cosa juzgada y que, a pesar de ello, fueron incumplidas por la SBS. Por dicho motivo, el afectado y otros recurrieron al sistema interamericano de protección de los derechos humanos (SIDH), obteniendo de la Corte IDH una sentencia que protegía su derecho a la pensión (Caso Cinco Pensionistas vs. Perú).

En razón de lo señalado, la jueza Mac Rae, luego de citar decisiones del Tribunal Constitucional sobre el efecto vinculante de las decisiones de la Corte IDH (sentencia del Exp. 2730-2006-PA), entiende que

... no puede hablarse de infracción normativa de las citadas normas, en la medida que dichas normas no pueden ser revisadas nuevamente, conforme lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena, sobre derecho de los tratados [...] que establece que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, por lo que no se ha incurrido en infracción de las normas referidas. (Considerando noveno del voto en discordia)

Como se desprende de lo narrado, en el presente caso la Corte Suprema, en decisión por mayoría, se aparta de lo establecido en una sentencia de la Corte IDH que tiene plenos efectos vinculantes para el Estado peruano y sus órganos jurisdiccionales. Por ello resulta saludable que, si bien no de forma directa, en el voto en discordia se expliciten las razones por las que la mayoría habría errado, pues tal proceder configuraría, además de un incumplimiento de una sentencia internacional, un apartamiento de las disposiciones de la CADH que protegen los derechos de propiedad y pensión, garantizados por la Corte al afectado, en este caso Carlos Torres Benvenuto.

Aplicación del tipo penal de tortura como delito de lesa humanidad y prescripción

En la resolución se analiza la validez de la sentencia de 1 de marzo de 2013 emitida por la Sala Penal Nacional, que se desvincula de la acusación fiscal que califica los hechos materia del proceso penal como delito de tortura, los adecua al delito de lesiones graves y absuelve al procesado Gustavo Silva Santisteban Larco.

Los hechos objeto del proceso se refieren a la imputación contra Gustavo Silva Santisteban Larco, en su condición de jefe del Destacamento de los Infantes de Marina en la provincia de Huanta, como autor mediato de los actos de tortura física y psicológica que sufrieron José Belamino Navarrete Cabrera y Celestino Yarango Pozo, durante los tres o cuatro días que estuvieron recluidos en el Cuartel de Infantes de la Marina, ubicado en el Estadio Municipal de Huanta; los agraviados fueron conducidos a este lugar el 3 y el 5 de febrero de 1984, respectivamente.

En este caso, la Sala Penal Transitoria analiza la validez de la sentencia de la Sala Penal en dos extremos, uno referido a la imputación y consecuente adecuación del tipo de tortura por el de lesiones graves, y el otro referido a la aplicación de la prescripción, habida cuenta de la calificación de los hechos como delito de lesiones graves.

Respecto de ambos extremos, la Sala Suprema utiliza diferentes instrumentos internacionales para sustentar la vigencia y eficacia del tipo penal de tortura y su calificación como delito de lesa humanidad (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, Estatuto de la Corte Penal Internacional, todos ratificados por el Perú),¹⁰ así como decisiones de la Corte IDH para sustentar que los Estados deben remover los obstáculos, entre ellos la prescripción, para investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos (*Barrios Altos vs. Perú*, *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, *La Cantuta vs. Perú*).¹¹ En virtud de este parámetro de análisis, la Corte Suprema declara nula la sentencia objeto de recurso.

Si bien en la sentencia en ningún extremo se hace referencia al control de convencionalidad, de su lectura puede deducirse que el mismo es un ejemplo de su aplicación. Sin perjuicio de lo señalado, debe resaltarse el voto del juez

10 Fundamentos 2.3.2.1 a 2.3.2.4 de la Resolución de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

11 Fundamentos 2.3.2.14 y 2.3.2.15 de la Resolución de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

supremo Salas Arenas, quien sí utiliza la expresión “control de convencionalidad” para sustentar que instituciones de derecho interno, como la prescripción, deben ceder frente a la jerarquía normativa del derecho internacional de los derechos humanos. En dicho sentido, el citado juez supremo expresó en el considerando 5 de su voto:

La institución de la prescripción en los términos del Derecho Penal ordinario o común se halla aquí bajo la primacía de los dictados que sobre la materia registra la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad [...] y las decisiones sobre prescripción en esta clase delitos [que] emitió la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cabe, por tanto, realizar en este caso, un control de convencionalidad para optar, por prevalencia de jerarquía, la norma internacional.

Este caso evidencia que la Corte Suprema se resiste al empleo de la expresión “control de convencionalidad”, aun cuando en la práctica lo ejerce.

Protección del derecho a la familia y la identidad del niño, y control del plazo de caducidad para impugnar el reconocimiento extrajudicial de paternidad

En el presente caso, la Corte Suprema analizó, a través de la consulta,¹² la validez de la resolución que admitía a trámite una demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad extramatrimonial presentada fuera del plazo previsto

12 En el Perú, el procedimiento de consulta se lleva a cabo sobre aquellas resoluciones del Poder Judicial que aplican el control difuso de constitucionalidad establecido en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución. Dicho procedimiento se encuentra regulado en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

“Artículo 14. De conformidad con el artículo 236 de la Constitución [entiéndase referido al artículo 138 de la Constitución de 1993], cuando los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

“Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra estas no quepa recurso de casación.

“En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

“Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular”.

en el artículo 400 del Código Civil, que establece un plazo de 90 días para impugnar el citado reconocimiento. En el caso que motivó la consulta, el juzgado de primera instancia había inaplicado la citada disposición, razón por la cual, en aplicación del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, elevó a consulta su resolución a fin de que fuera aprobada por la Corte Suprema.

En dicho sentido, la Corte tenía que decidir si el plazo establecido en el artículo 400 del Código Civil era o no constitucional. Para ello, la Corte construyó un parámetro de control a partir de dos derechos: el derecho a la protección de la familia y el derecho a la identidad.

Al respecto, los considerandos 7.2 y 7.3 de la resolución de la Corte Suprema reflejan la invocación de instrumentos internacionales para construir el parámetro de validez (premisa normativa) en el presente caso. En dicho sentido, señala:

7.2 El artículo 4 de la Constitución Política del Perú en el artículo 4 antes citado, así como los instrumentos internacionales anotados también protegen el derecho a la familia, el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece la protección de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, debiendo ser protegida por la sociedad y el Estado, y reconocen el derecho de las personas humanas a fundar una familia; en igual forma lo tiene establecido el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos [que] establece el derecho de toda persona al nivel adecuado de vida que le asegure a ella y su familia la salud y bienestar; el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece la obligación del Estado de brindar a la familia la más amplia protección y asistencia posible para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo.

7.3 Además se encuentra el derecho fundamental a la identidad, así la convención sobre derechos del niño en su artículo 7.1 consagra el derecho de los menores a ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, derecho a un nombre y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, el artículo 7.2 de la misma Convención obliga a los Estados Partes a velar por la aplicación de estos derechos de conformidad con la legislación nacional y obligaciones contraídas en virtud de los instrumentos internacionales; el artículo 8.1 de la convención establece el compromiso de los Estados de respetar el derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, nombre y relaciones familiares; y en el artículo 8.2 se establece la obligación de prestar asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente la identidad cuando el menor es privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad, coincidentemente el Principio 6 de la Declaración de los derechos del

niño, contempla el derecho de los menores de edad, al pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, y que siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres.

A partir de estas consideraciones, la Corte analiza la disposición contenida en el artículo 400 del Código Civil a través del principio de proporcionalidad. Respecto de este, concluye que la disposición citada no superaría el análisis de idoneidad y, por ende, sería inconstitucional. En síntesis sostiene que, si bien la medida buscaría proteger el estado de familia, la misma no resulta constitucional en tanto restringe la posibilidad de acceder al conocimiento de la verdadera familia y el derecho a la identidad, por lo que limita al menor a conocer a su familia biológica, lo cual puede comprobarse en forma certera mediante la prueba de ADN, conforme a lo ofrecido por el demandante en el caso *sub litis*. En dicho sentido, establece:

... la medida legislativa de acción de estado de impugnación de paternidad sujeta al plazo de caducidad de noventa días, resulta lesiva a los derechos involucrados expuestos en el fundamento sétimo de la presente sentencia, de acuerdo a las circunstancias particulares del caso, como es el derecho a la familia, el derecho a la identidad biológica y el principio del interés superior del niño; estando más bien desvinculado el medio, de conseguir el fin constitucional propuesto de protección de la familia, concluyéndose que dicho medio empleado por el legislador materializado a través del artículo 400 precitado no guarda una causalidad razonable estando alejado del fin constitucional que persigue, en razón a que termina afectando derechos vinculados a la institución que debería tender a proteger, por lo que no supera el examen de idoneidad, deviniendo en inaplicable al caso concreto.

Si bien en el razonamiento de la Corte Suprema no se ha hecho alusión al control de convencionalidad, no deja de llamar la atención el hecho de que, en la práctica, este se ha ejercido.

Al respecto, debemos recordar que dicho control supone el uso de los instrumentos internacionales como parámetro de validez de las normas de derecho interno, con la finalidad de adecuarlo a los instrumentos internacionales que reconocen derechos humanos.

En el caso se han empleado instrumentos internacionales (CADH, Convención sobre los Derechos del Niño) a fin de construir el parámetro que sirve de referencia para evaluar la validez constitucional del artículo 400 del Código Civil.

Por ende, estamos frente a un caso en el que se usa el control de convencionalidad, a pesar de que no se lo menciona de manera expresa.

A MODO DE CONCLUSIONES

De los casos reseñados en el presente trabajo podemos arribar a las siguientes conclusiones:

- a) En el caso del Tribunal Constitucional se ha empleado, por un lado, el control de convencionalidad conforme a su finalidad intrínseca: proteger los derechos humanos garantizados por la CADH y, de otro, la adecuación del derecho interno, incluso la propia Constitución y su interpretación, a los estándares interamericanos, con la finalidad de evitar eventuales condenas ante el SIDH. Lamentablemente, la experiencia también demuestra un uso maniqueo del mencionado control, bien sea para favorecer o entorpecer la lucha contra la corrupción o para beneficiar a determinados grupos económicos.
- b) En el caso del Poder Judicial, en la figura de la Corte Suprema y sus diversas salas especializadas, existe un uso tímido del control de convencionalidad, tanto así que no se emplea la expresión, aunque en la práctica se ejerza. Sin embargo, este mecanismo ha empezado a penetrar por el lado de los votos singulares y el uso que del mismo pueden hacer los jueces de instancia.
- c) En el balance final, el uso del control de convencionalidad, a pesar de los retrocesos, ha sido positivo pues, en la práctica, se utiliza, lo que es cualitativamente más importante al empleo formal de la expresión, tanto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema.

BIBLIOGRAFÍA

AYALA CORAO, Carlos, "La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Estudios Constitucionales*, año 5, núm. 1, 2007.

CEJIL, *Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos: Aportes para los procesos legislativos*, Buenos Aires, Center for Justice and International Law - Cejil, 2009.

LANDA, César, "¿Diálogo entre la justicia constitucional y la jurisdicción internacional? Entre la incorporación y la manipulación de los estándares de derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico peruano", en S. BAGNI,

- G. FIGUEROA y G. PAVANI (coords.), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios de homenaje a Lucio Pegoraro*, t. III, México, Tirant lo Blanch, 2017.
- , “Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos en el ordenamiento constitucional peruano”, en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y su repercusión en los órdenes jurídicos nacionales*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.
- LANDA, César y C. ARAGÜENA, “Mecanismos procesales domésticos para la ejecución de las sentencias supranacionales”, en J. GARCÍA y E. CARMONA (coords.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana*, Madrid, Aranzadi, 2017.
- RUIZ MIGUEL, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1997.

EJECUCIÓN, CUMPLIMIENTO E IMPLEMENTACIÓN DE SENTENCIAS EN URUGUAY

Martín Risso Ferrand*

INTRODUCCIÓN

La obligatoriedad de las sentencias es una de las bases del Estado de derecho que no requiere mayores desarrollos. Pero si bien todas las partes en un proceso deben cumplir la sentencia ejecutoriada, especial importancia presenta la obligación del Estado (en todas sus dependencias, Presidencia de la República, entidades departamentales y locales, ministerios, legisladores, empresas públicas, etc.) de cumplirla. El acatamiento de los pronunciamientos judiciales, por parte del Gobierno y de cualquier entidad estatal, es algo inherente al Estado de derecho y solo cabe esperar el cumplimiento estatal de las sentencias en forma total, leal y rápida. Si cualquier órgano estatal pudiera no cumplir una sentencia, se estaría alterando una de las bases principales de los Estados de derecho contemporáneos.

Ciertas sentencias pueden molestar mucho al Gobierno; basta pensar en declaraciones de inconstitucionalidad de leyes, nulidad de actos administrativos, órdenes de hacer o no hacer algo, condena al pago de sumas de dinero, etc. Pero estas molestias, que muchas veces se expresan en la prensa o en discursos de las autoridades, no pueden ser, en ningún caso, argumento para que se eluda el cumplimiento de las sentencias.

A los efectos de cumplir el examen del tema planteado procederé, en primer lugar, a analizar la cuestión en Uruguay con una perspectiva histórica, para pasar luego a la realidad de la ejecución de las sentencias del Poder Judicial, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y de las sentencias internacionales.

* Director de la Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Constitucional y Derechos Humanos; profesor de Derecho Constitucional, Universidad Católica del Uruguay.

PERSPECTIVA HISTÓRICA

Indagar sobre el cumplimiento de las sentencias del Poder Judicial en Uruguay, en el pasado, hubiera sido una pregunta sorprendente, pues todas las sentencias eran cumplidas por el Estado y por cualquier sujeto de derecho público. Podía encontrarse alguna demora en el pago de una suma de dinero, debido a la disponibilidad del Tesoro Nacional, pero se pagaba. El Código General del Proceso (CGP), en vigor desde 1988, en su artículo 400 estableció procedimientos ágiles para lograr el cumplimiento de sentencias que condenan al pago de sumas de dinero. Respecto a las sentencias internacionales la situación era la misma.

La excepción aparecía con algunas sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Este órgano jurisdiccional, creado por la Constitución, se ubica fuera del Poder Judicial y tienen competencia para conocer las demandas de nulidad de los actos administrativos. En muchos casos, la sentencia no requiere ejecución de la administración o precisa una actividad mínima (por ejemplo, si se anula una sanción a un funcionario público solo se deberá excluir la anotación de su legajo personal). Pero otras veces, las consecuencias de la nulidad de un acto pueden implicar una actividad compleja a cargo de la administración. Pensemos que el Estado ha rechazado la solicitud de una autorización para operar como proveedor de servicios, en este caso, y a los efectos de cumplir la sentencia anulatoria, la administración tendrá que otorgar la autorización y realizar todas las actividades jurídicas y materiales para que el proveedor pueda comenzar a funcionar. En este punto, tradicionalmente, sí ha habido problemas para la ejecución de sentencias y, en algunos casos, las dudas sobre cómo cumplir implicaron muchas discusiones.¹

En lo que se refiere a los actos legislativos, ningún órgano estatal incumplió jamás con una sentencia de la Suprema Corte de Justicia que hubiera declarado la inconstitucionalidad de las leyes, ni con una sentencia de amparo, y las pocas sentencias o laudos internacionales que la historia registra contra Uruguay fueron cumplidas.

1 Véase al respecto Augusto Durán Martínez, *Contencioso administrativo*, 2ª. ed., Montevideo, FCU, 2015, pp. 351-371; Aparicio Méndez, “El contencioso de anulación”, *Biblioteca de Revista de Derecho Público y Privado*, Montevideo, s. e., 1952; Héctor Giorgi, *El contencioso administrativo de anulación*, Montevideo, s. e., 1958; Alberto Ramón Real, “Ejecución de la sentencia anulatoria”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XXI, núm. 1, enero-diciembre de 1970; Cristina Vázquez, “Ejecución de la sentencia anulatoria”, *Cuarto Coloquio Contencioso de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*, Montevideo, Editorial Universidad, 1998.

SENTENCIAS DEL PODER JUDICIAL

Lamentablemente, las cosas buenas no duran siempre. En el gobierno anterior (2010-2015) se dispuso por ley un aumento salarial para ministros de Estado, subsecretarios, secretario y prosecretario de la Presidencia de la República y algunos otros cargos de gobierno. Cuando se discutió el proyecto de ley, varios legisladores de la oposición alertaron sobre el hecho de que los salarios de los ministros estaban asociados con los de los integrantes de la Suprema Corte y los de estos con los de miembros de los tribunales de apelaciones y así sucesivamente. En otras palabras, el aumento del salario de los ministros implicaba un aumento salarial para todos los jueces del Poder Judicial, para los miembros del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, para los actuarios y secretarios técnicos de los juzgados, para los fiscales, defensores de oficio, etc. O sea, lo que era un aumento para un puñado de funcionarios se transformó en un aumento para miles de funcionarios. Pese a todo, el Gobierno siguió adelante y aprobó la ley.

Con la ley en vigor, el Poder Ejecutivo ensayó distintas estrategias para no dar el aumento generalizado y presentó proyectos de ley pretendidamente interpretativos que, una vez aprobados, fueron declarados inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia. A su vez, los funcionarios beneficiados con el aumento comenzaron a promover juicios para obtener los pagos y empezaron a llegar las sentencias de condena.

Lo anterior, que fue y sigue siendo incomprensible, llevó a que aparecieran sentencias millonarias en dólares contra el Estado. Esto afectaba seriamente el presupuesto estatal. El Estado procuró ganar tiempo apelando las sentencias de condena, aunque no tuvo éxito y las obligaciones de pago empezaron a quedar firmes.

El gobierno del presidente José Mujica (2010-2015), que tenía mayoría en las dos cámaras legislativas, aprobó el artículo 733 de la Ley 19.355, de 19 de diciembre de 2015, que agregó un numeral 8 al artículo 400 del CGP, referido exclusivamente a las sentencias, laudos y transacciones que contengan la obligación del Estado (o cualquier entidad estatal) de pagar salarios, diferencias retributivas o rubros de similar naturaleza y, solo para estos casos, alteró el régimen vigente en nuestro país. Conforme esta nueva disposición, un trabajador que obtiene una sentencia firme de condena (por salarios, diferencias o similares) contra el Estado, no podrá recurrir al procedimiento de cobro común del artículo 400 del CGP, sino que, para cobrar, deberá esperar a que el Poder Ejecutivo proyecte y el Legislativo apruebe, en una ley de presupuesto o en rendiciones de cuentas anuales, una previsión presupuestal para atender el pago. Realizado esto, recién al año siguiente a la inclusión de la previsión se cancelará la deuda. O sea, además de

las demoras judiciales habituales, estos pagos se demorarán al menos dos o tres años más. Cuando ya no hay nada que discutir pues la justicia ha fallado en forma definitiva, igual hay que esperar al menos dos o tres años. Y digo *al menos* puesto que cabe la posibilidad de que el Poder Ejecutivo no proyecte la previsión o que el Legislativo no la apruebe, en cuyo caso el pago se diferirá *sine die* hasta que las autoridades *decidan* aprobar la previsión presupuestal: el trabajador que ha ganado el juicio quedará sin cobrar y el Estado que lo ha perdido quedará sin pagar hasta que el propio condenado *decida* pagar.

Este artículo es inconstitucional en razón de 1) violar los principios y contenidos del Estado de derecho (en especial el principio de responsabilidad) que consagra nuestra Constitución; 2) violar el derecho de acceso a los tribunales y el derecho a la tutela judicial efectiva; 3) violar el principio constitucional de protección del trabajo y los trabajadores (art. 53 de la carta); 4) violar el principio de igualdad; y 5) violentar el principio de separación de poderes. Veamos esto brevemente.

Es contrario al Estado de derecho y al principio de responsabilidad

El Estado de derecho, incuestionablemente establecido por la Constitución nacional, presenta tres contenidos básicos: 1) la sumisión de todos los gobernantes y gobernados al derecho, 2) la existencia de un sistema contralor razonablemente efectivo y 3) la existencia de una declaración de derechos fundamentales y de garantías efectivas.² A su vez, el primer componente se integra con principios claros, entre los que aparece el principio de responsabilidad, que se proyecta en cuatro variantes: responsabilidad política, administrativa, penal y civil; esta última tiene consagración expresa en el artículo 24 de la carta uruguaya, sin perjuicio de otras disposiciones que lo confirman (arts. 23, 25, 32 y 35) y de un principio general de responsabilidad civil por los daños causados a los sujetos que ingresa por la vía del artículo 72. Este principio de responsabilidad, por último, requiere la posibilidad de acceso a los tribunales, del dictado de la sentencia y de que esta se cumpla.

La inconstitucionalidad de la disposición legal es muy clara: no puede haber Estado de derecho si algunas sentencias contra este dejan de ser obligatorias y se pagan cuando el sujeto de derecho público condenado lo desea.

2 Martín Risso, *Derecho constitucional*, t. I, Montevideo, FCU, 2015.

El derecho de acceso a los tribunales, el debido proceso y el derecho a una tutela judicial efectiva

En la Opinión Consultiva 9/1987, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha entendido que el debido proceso legal implica, entre otras cosas, el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de actos del Estado (art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH]). Asimismo, en el Caso Goiburú vs. Paraguay, dijo la Corte IDH que el derecho de acceso a la justicia no se agota en el hecho de que se tramiten los procesos internos en plazos razonables, sino que requiere que se asegure “la satisfacción de los derechos que tienen las partes en el mismo”. Por último, en el Caso Cantos vs. Argentina, la Corte IDH ha dicho que cualquier norma o medida de orden interno que dificulte el acceso a los tribunales (con el contenido antes mencionado) debe entenderse contraria al artículo 8 de la CADH.

El derecho a la jurisdicción o a la tutela judicial efectiva³ significa el derecho de todo sujeto: 1) al acceso a los tribunales 2) al dictado de sentencia conforme a derecho en un plazo razonable y 3) a que la sentencia se cumpla efectivamente.

La disposición legal en análisis violenta estos derechos fundamentales en la medida que la sentencia salarial contra el Estado deja de ser obligatoria (el Estado pagará cuando quiera y siempre como mínimo demorará dos o tres años). Bajo ningún aspecto puede decirse que estamos ante un plazo razonable. La violación de estos derechos y garantías es evidente.

Violación del artículo 53 de la Constitución

La primera oración del artículo 53 de la Constitución uruguaya dispone: “El trabajo está bajo la protección especial de la ley”. Este principio de protección es básico a los efectos de comprender la estructura constitucional en la medida que orienta inequívocamente hacia la protección del trabajo y los trabajadores. No cabe duda de que el salario es uno de los aspectos fundamentales comprendidos en esa obligación de protección que surge de la Constitución.

El artículo en estudio va en sentido opuesto al que marca el artículo 53, en la medida que desprotege a los trabajadores estatales y los coloca en una situación

3 Francisco Fernández Segado, “Sistemas de protección judicial de los derechos humanos”, ponencia presentada en el Seminario de Presidentes de los Tribunales y Cortes Supremas de Justicia Iberoamericanos, *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. XII, núms. 67-72, pp. 285 y ss.

de desprotección frente a otros acreedores del Estado. Cobrará más rápido cualquier acreedor del Estado que los acreedores laborales por créditos salariales.

La inconstitucionalidad no solo es evidente, sino que es realmente incomprensible que se haya aprobado un artículo cuyo efecto inmediato es perjudicar a los trabajadores y desproteger el salario. Es una disposición legal perversa (del latín *perversus*, que según la Real Academia significa: sumamente malo, que causa daño intencionadamente; que corrompe las costumbres o el orden y estado habitual de las cosas).

Violación del principio de igualdad

El principio de igualdad aparece como un principio general del derecho constitucional uruguayo y como un derecho de los individuos. Sin entrar en consideraciones generales sobre este principio, es claro que no impide, a veces, una legislación para grupos o categorías de personas especiales, sino que esta diferenciación puede ser admitida, por excepción, siempre que se cumpla con algunos requisitos específicos; si no se cumple con ellos, la ley será inconstitucional.

La jurisprudencia de la Corte, que basándose en jurisprudencia extranjera muy antigua era muy tolerante con las distinciones que realizaba el legislador, ha sido felizmente corregida y en las últimas sentencias analiza las eventuales violaciones al principio de igualdad utilizando el a veces llamado “triple test” que postula el estudio de 1) la existencia de una causa razonable de la distinción, 2) la existencia de una finalidad legítima, y 3) que la distinción pueda sortear un juicio de racionalidad.⁴

El artículo cuestionado viola el principio de igualdad en una doble perspectiva:

- a) Si tomamos todo el universo de trabajadores con sentencias de condena firmes a su favor (contra su patrón), se advierte que a los acreedores laborales del Estado se les establece un régimen diferencial e incuestionablemente más perjudicial.
- b) Si comparamos a todos los acreedores del Estado se aprecia un doble régimen, el normal y habitual para todos, y el de los acreedores laborales que tendrán un régimen distinto y mucho más perjudicial. Podría pasar que nunca se cumpla la sentencia salarial y el crédito quede sin pagar.

La violación al principio de igualdad es muy clara pues no se puede invocar una causa razonable de la distinción, ni una finalidad legítima, ni se puede su- perar un juicio de racionalidad. No hay razonabilidad para distinguir (para la

4 Al respecto, ver Riso, *Derecho constitucional*, op. cit., pp. 504-509.

causa), perjudicando a los acreedores salariales del Estado, al ponerlos en peor condición que cualquier otro acreedor. Tampoco puede invocarse una finalidad legítima, pues el único objetivo del Estado es postergar los pagos en contra del principio de protección del artículo 53 de la Constitución. Por último, al no existir finalidad legítima es imposible pasar al juicio de racionalidad, ya que este implica verificar la proporcionalidad entre los medios usados y los fines, pero al ser estos últimos ilegítimos no hay verificación posible y la violación de este juicio es indiscutible. En definitiva, la violación del principio de igualdad es sumamente clara.

Principio de separación de poderes

Por último, el artículo en análisis viola el principio de separación de poderes pues la ley interviene en la forma de solución de los conflictos e impide que algunas sentencias judiciales contra el Estado (las de contenido salarial) se cumplan, porque estas solamente procederán cuando el Ejecutivo y el Legislativo estén de “acuerdo” con la sentencia y “aprueben” la previsión presupuestaria. La sentencia deja de ser tal, deja de ser obligatoria, y solo es una posibilidad, un consejo para el Estado, que podrá decidir si cumple o no y cuándo lo hace. El Ejecutivo y el Legislativo intervienen en la función jurisdiccional alterando la obligatoriedad de las sentencias, a lo que no tienen derecho.

Esta es una de las violaciones más claras, dispuesta por una ley, al principio de separación de poderes, en la historia de Uruguay.

Por supuesto que esta ley, groseramente inconstitucional, solo permitiría al Ejecutivo ganar tiempo. Y así fue, ya que la Suprema Corte de Justicia declaró la inconstitucionalidad de este artículo por Sentencia 576/2017.

Pero las malas sorpresas no habían terminado, pues la respuesta del gobierno del expresidente Tabaré Vázquez (2015-2020)* a la declaración de inconstitucionalidad fue la aprobación del artículo 15 de la Ley 19.535 (publicado en el *Diario Oficial* de 19 de octubre de 2017), con un contenido más o menos similar a la disposición declarada inconstitucional y que le permitía seguir difiriendo el pago de algunas sentencias. Por supuesto que esta disposición legal también será declarada inconstitucional para la Suprema Corte cuando se presente una demanda en este sentido, pero el Ejecutivo sigue ganando tiempo sin cumplir sus obligaciones.

En definitiva, la tradición de cumplimiento de las sentencias judiciales, propia del Uruguay, se ha puesto en entredicho con estas dos disposiciones legales.

* N. del Ed. El 1 de marzo de 2020, Luis Alberto Lacalle Pou asumió como nuevo presidente de Uruguay por el periodo 2020-2025.

De todas formas cabe consignar que, fuera de este caso, las sentencias se siguen cumpliendo y, por ejemplo, cuando se hace lugar a una acción de amparo, el Estado cumple en tiempo y forma.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En sede contencioso administrativa se dio un fenómeno un tanto curioso. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo adoptó en los últimos tiempos una actitud más firme en el control del cumplimiento de sus propias sentencias, lo que condujo a una mejoría, en general, en el cumplimiento de sus pronunciamientos. Pero, al mismo tiempo, se ha presentado en los últimos años una de las actitudes más absurdas de una entidad estatal que se niega a cumplir sentencias, ya que, por todos los medios, se procuró eludir el mandato judicial que reconocía el derecho de la firma Claro de prestar servicios de telefonía inalámbrica y de televisión para abonados.

SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Solo ha habido dos sentencias de la Corte IDH contra Uruguay: casos “Gelman” y “Barbani”.

En el primero de ellos, la Corte ordenó varias cosas al Estado, entre las que estaba la obligación de investigar y sancionar a los responsables de las graves violaciones de los derechos humanos del periodo dictatorial 1973-1984.

En 2011, se aprobó la Ley 18.831. Muchos habíamos señalado⁵ que la ley no era necesaria (se podía cumplir la sentencia de la Corte IDH sin que fuera necesario el dictado de ninguna norma) e implicaba crear nuevos obstáculos para las investigaciones, pues si se interponían excepciones de inconstitucionalidad se iban a demorar las investigaciones por el efecto suspensivo que apareja la excepción en el juicio principal y existían posibilidades de que fuera declarada inconstitucional.

Los pronósticos se cumplieron. Se interpusieron excepciones de inconstitucionalidad y la Suprema Corte de Justicia, en la Sentencia 20 de 22 de febrero de 2013, falló “haciendo lugar, parcialmente, a la excepción de inconstitucionalidad opuesta y, en su mérito, declarando inconstitucionales y, por ende, inaplicables a los excepcionantes los artículos 2 y 3 de la Ley 18.831”.

5 En comparecencias a comisiones internas de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Representantes que analizaban este tema.

Conforme la Constitución uruguaya, el efecto de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley es, para el caso concreto (no tiene efectos generales), en las vías de excepción u oficio, la inaplicabilidad de las disposiciones declaradas inconstitucionales (art. 258 de la Constitución) en cada expediente judicial en que dicha inconstitucionalidad fue declarada. O sea, en cada expediente judicial en que se declaró la inconstitucionalidad, el único efecto jurídico de la sentencia de la Suprema Corte es la inaplicabilidad de los artículos 2 y 3 de la Ley 18.831, pero se mantiene la obligación de cumplir la sentencia de la Corte IDH.

Es claro que la sentencia solo declaraba la inconstitucionalidad de la ley, pero en nada obstaba al cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH.

La jurisprudencia ha tenido una actitud variada. La mayoría de los magistrados, luego de declarada la inconstitucionalidad de la Ley 18.831, y obviamente sin aplicar dicha ley, continuaron con las investigaciones en cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH. Este hecho confirma que la Ley 18.831 era innecesaria y fue una pérdida de tiempo que complicó el tema inútilmente. Sin embargo, otros jueces dispusieron el archivo de las actuaciones en presunta aplicación del criterio de la Suprema Corte de Justicia. A mi juicio, la posición correcta es la primera.

Uruguay ha venido cumpliendo lo dispuesto por la Corte IDH, y la innecesaria Ley 18.831 que derogaba con efecto retroactivo la ley de amnistía o caducidad (que la Corte IDH había declarado nula y la propia Suprema Corte había declarado antes inconstitucional) generó dudas y vacilaciones.

En el Caso Barbani, el Banco Central del Uruguay debía cumplir la sentencia. Lo hizo, pero con un ritmo cansino y criterios estrictos.

SOLUCIONES PARA ESTOS PROBLEMAS

El problema es, en primer término, cultural, por lo que lo primero sería recuperar la tradición nacional de respeto y cumplimiento de las sentencias.

En el caso del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el establecimiento de un sistema de seguimiento y supervisión de ejecución de sus sentencias sería, sin duda, la solución adecuada.

CONCLUSIÓN

En definitiva, la excelente tradición uruguaya respecto al cumplimiento de las sentencias judiciales (solo eran complicadas algunas sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo) se ha visto alterada en los últimos años por

el dictado de las disposiciones legales mencionadas y las vacilaciones en torno al Caso Gelman. Esperemos que se trate solo de casos aislados, que se retome la senda del cumplimiento pleno de las sentencias y que estas experiencias se transformen solo en malos recuerdos.

BIBLIOGRAFÍA

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Contencioso administrativo*, 2ª. ed., Montevideo, FCU, 2015.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Sistemas de protección judicial de los derechos humanos”, ponencia presentada en el Seminario de Presidentes de los Tribunales y Cortes Supremas de Justicia Iberoamericanos, *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. XII, núms. 67-72.

GIORGI, Héctor, *El contencioso administrativo de anulación*, Montevideo, s. e., 1958.

MÉNDEZ, Aparicio, “El contencioso de anulación”, *Biblioteca de Revista de Derecho Público y Privado*, Montevideo, 1952.

REAL, Alberto Ramón, “Ejecución de la sentencia anulatoria”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XXI, núm. 1, enero-diciembre 1970.

RISO, Martín, *Derecho constitucional*, t. I, Montevideo, FCU, 2015.

VÁZQUEZ, Cristina, “Ejecución de la sentencia anulatoria”, *Cuarto Coloquio Contencioso de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*, Montevideo, Editorial Universidad, 1998.

CUMPLIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA

Jesús María Casal*

INTRODUCCIÓN

Un componente fundamental de la tutela judicial efectiva es el cumplimiento o la ejecución de lo resuelto por el juez en su sentencia. La función del juez, desde esta óptica, no se circunscribe a declarar la existencia de un derecho subjetivo en favor de alguna persona, sin tener responsabilidades relativas al aseguramiento del reflejo en la realidad de lo que haya sido decidido. Con razón se ha establecido que la jurisdicción implica juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.¹

Los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales o salas constitucionales están igualmente interesados en la observancia de lo dispuesto en sus fallos, pero se aproximan a la temática de la ejecución desde coordenadas particulares, sobre todo los primeros. Aquellos no cuentan con poderes propios para garantizar coactivamente el acatamiento de sus pronunciamientos, sino que, conforme al derecho internacional, exigen del concurso de las instancias nacionales para lograrlo. Más aún, tradicionalmente se ha estimado que, en relación con los tribunales internacionales, operaría una separación entre la adopción de la decisión, reservada al órgano judicial, y la garantía de su ejecución, en la que

* Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid; profesor y exdecano de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello (Caracas). Actualmente es investigador invitado del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Heidelberg (Alemania).

1 Tal como señala el artículo 117.3 de la Constitución española: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”. Asimismo, el artículo 253 de la Constitución venezolana dispone, en su segundo párrafo: “Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias”.

usualmente participarían instancias internacionales de carácter preponderantemente político.² En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el deber estatal de cumplimiento de sus sentencias se encuentra sólidamente respaldado por el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), cuyo artículo 68 no solo contempla la correspondiente obligación de los Estados respecto de los casos en que sean parte, sino que confiere a sus sentencias la fuerza ejecutiva que el derecho interno reconoce a las que se dictan contra el Estado en la jurisdicción nacional, por lo que la CADH remite directamente al “procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”, en lo concerniente a una posible indemnización compensatoria fijada por la Corte IDH. A esto se suma lo establecido en el artículo 65 de la Convención, según el cual la Corte debe anualmente someter a consideración de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) un informe sobre su labor, donde han de señalarse especialmente los casos en que algún Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

No obstante, nada dice la Convención sobre el trámite que habría de seguirse una vez que la Asamblea General reciba dicho informe ni sobre las consecuencias del desacato de los fallos de la Corte. No se reguló un procedimiento político o administrativo de supervisión del cumplimiento de sus sentencias, semejante al establecido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos en el marco del Consejo de Europa, que ha tenido una interesante evolución;³ tan solo se contempló que el asunto fuera sometido a la consideración de la Asamblea General, sin precisar el objeto de la remisión del informe correspondiente. En la práctica, esta remisión a la Asamblea General ha sido poco empleada y cuando lo ha sido, sobre todo en fechas recientes, ha tenido escasa eficacia, lo cual ha sido parcialmente compensado por el procedimiento de supervisión de cumplimiento tempranamente desarrollado por la jurisprudencia de la Corte IDH, invocando el artículo 65 de la Convención.⁴ La Corte ha considerado que su facultad

2 Sergio Salinas Alcega, “El nuevo procedimiento de control de la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tras el *proceso de Interlaken*: la evolución técnica de un mecanismo político”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 36, 2015.

3 *Idem*.

4 En la sentencia que se pronunció sobre el alegato de incompetencia de la Corte IDH para controlar la ejecución de sus decisiones, presentado por la representación de Panamá, se dijo: “La Corte estima que la voluntad de los Estados, al aprobar lo estipulado en el artículo 65 de la Convención, fue otorgar a la misma Corte la facultad de supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y que fuera el Tribunal el encargado de poner en conocimiento de la Asamblea General de la OEA, a través de su Informe Anual, los casos en los cuales se diera un incumplimiento de las decisiones de la Corte, porque no es posible dar aplicación al artículo 65 de la Convención sin que el Tribunal supervise la observancia de sus decisiones”

de supervisión del cumplimiento de sus sentencias forma parte de sus funciones jurisdiccionales y de las competencias que para desempeñarlas le otorga la CADH.⁵ Para arribar a esta conclusión se ha basado, entre otros fundamentos, en un concepto de la jurisdicción como el anteriormente esbozado, pues sostuvo: “La supervisión del cumplimiento de las sentencias es uno de los elementos que componen la jurisdicción”, así como en el “derecho de acceso a la justicia internacional”, que abarca la garantía del cumplimiento de los respectivos fallos.⁶

Más allá de las bondades o debilidades de este tratamiento de la supervisión de la ejecución de sentencias en el sistema interamericano, es indudable que la CADH exige el cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH, tal como lo requiere igualmente el principio *pacta sunt servanda*,⁷ y que los Estados están obligados a observarlas.⁸ Es deber de los Estados actuar en el ámbito interno e internacional conforme a lo dispuesto por la Corte, lo cual lleva consigo la adopción de los mecanismos que conduzcan a la realización cabal de lo que haya

(Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, 28 de noviembre de 2003, Competencia, Serie C, núm. 104, párr. 90). La Corte había comenzado a ejercer esta facultad desde sus primeros pronunciamientos: Caso Godínez Cruz vs. Honduras, Resolución de 10 de septiembre de 1996, Supervisión de cumplimiento de sentencia; Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Resolución de 10 de septiembre de 1996, supervisión de cumplimiento de sentencia.

- 5 Corte IDH, Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, Resolución de 22 de noviembre de 2016, Supervisión de cumplimiento de sentencia, considerando 1.
- 6 Añadió: “Sostener lo contrario significaría afirmar que las sentencias emitidas por la Corte son meramente declarativas y no efectivas. El cumplimiento de las reparaciones ordenadas por el Tribunal en sus decisiones es la materialización de la justicia para el caso concreto y, por ende, de la jurisdicción; en caso contrario se estaría atentando contra la *raison d'être* de la operación del Tribunal. 73. La efectividad de las sentencias depende de su ejecución. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento” (Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Sentencia de 28 de noviembre de 2003, Competencia, Serie C, núm. 104, párrs. 72-73). En su razonamiento destacó igualmente la conexión de la ejecución de sus sentencias con los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial o al recurso efectivo, lo cual lo llevó a reconocer un derecho de acceso a la jurisdicción internacional, que comprende la garantía del cumplimiento de sus fallos (párrs. 72-83).
- 7 Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. México, Resolución del Presidente de 18 de enero de 2012, Supervisión de cumplimiento de sentencia, considerando 4.
- 8 Tal como ha precisado la Corte: “Dichos Estados tienen la obligación convencional de implementar tanto en el ámbito internacional como interno y de forma pronta e íntegra, lo dispuesto por el Tribunal en las sentencias, y de no cumplirse se incurre en un ilícito internacional” (Corte IDH, Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, Resolución de 18 de octubre de 2017, supervisión de cumplimiento de sentencia, considerando 13).

ordenado. Para la implementación de lo que ella haya resuelto, los Estados se apoyan en el derecho interno, y los instrumentos procesales y administrativos que este contemple han de utilizarse como medios para dar efectividad a los correspondientes pronunciamientos jurisdiccionales; si esos medios son insuficientes o no se adaptan a las implicaciones de la protección internacional de los derechos humanos, incluyendo lo referente a la ejecución de las sentencias de la Corte IDH, la Convención demanda la modificación de la normativa nacional.

En relación con los tribunales o salas constitucionales, también se plantea la necesidad de asegurar el cumplimiento de sus sentencias, pues ellos difícilmente podrán ejercer sus atribuciones de garantía de la supremacía e integridad de la Constitución si no existen remedios procesales a los que pueda acudir cuando aquel no se produzca voluntaria y oportunamente. Si bien se ha afirmado que el derecho constitucional se distingue por su “autogarantía”,⁹ ello no significa, en una mirada comparativa, que las decisiones de tales órganos jurisdiccionales sean normalmente solo pronunciamientos declarativos, indicativos de la forma en que debería proceder el poder público frente a determinada situación. Aquellas tienen la condición de sentencias, por lo que son vinculantes, y son con frecuencia susceptibles de ejecución, a veces por estar dotadas de una eficacia jurídica constitutiva (anulatoria) cuya observancia puede exigir la adopción de medidas adicionales, y en otras ocasiones por contener mandatos de hacer o de no hacer.

La autogarantía remite a la importancia de la *voluntad de Constitución*, de la lealtad y subordinación de los altos órganos políticos a la normatividad constitucional, sin las cuales la constitución no puede asegurar su observancia. Sin embargo, sería un error colegir de esa relevancia del entorno político-institucional para la eficacia de la constitución, que resulta plausible la ausencia de mecanismos procesales o sancionatorios dirigidos a propugnar el cumplimiento de las decisiones que la jurisdicción constitucional adopte para salvaguardar la supremacía constitucional. También se ha aseverado que, según una extendida convicción, las resoluciones de los tribunales constitucionales “se cumplen, no se ejecutan”,¹⁰ pero la necesidad de un procedimiento de ejecución de sentencias surge precisamente cuando no hay cumplimiento voluntario. En teoría, y con arreglo a la praxis de varios de estos tribunales, este siempre debe tener lugar,

9 José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, Coímbra, Livraria Almedina, 1993, pp. 141 y ss.

10 Ignacio Villaverde Menéndez, “Cumplir o ejecutar. La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional y su reciente reforma”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 38, 2016, pp. 643 y ss.

mas puede que no sea así y de allí que deba contemplarse la posibilidad de acudir a mecanismos de ejecución.

Se han señalado, sin embargo, peculiaridades que puede tener la garantía de la ejecución de los fallos de los tribunales constitucionales, en comparación con la aplicable a las demás instancias judiciales o jurisdiccionales nacionales. Esas singularidades apuntarían en más o en menos, según la concepción que se mantenga, pues se ha sostenido que la posición de intérpretes últimos de la constitución y de árbitros finales de tales tribunales en disputas institucionales aconsejaría contención al considerar atribuirles facultades ejecutoras,¹¹ al tiempo que su función de máximos custodios de la carta podría aducirse para defender poderes amplios en ese campo. El diseño del respectivo sistema de justicia constitucional juega un papel en el tratamiento de este asunto, como se verá, pues la existencia de un tribunal constitucional como órgano situado fuera de los tres poderes fundamentales del Estado, incluso del judicial, pareciera militar a favor de esa contención, lo cual no ocurriría –o no en igual medida– en otros sistemas, pero es importante analizar si se justificaría un abordaje particular en este ámbito.

El objeto de este trabajo es examinar los principales criterios fijados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela que guarden relación con el deber de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, así como los referidos a los poderes que dicha Sala ostenta para asegurar la observancia de sus propios pronunciamientos, esto último en el marco de una consideración más general sobre el alcance de las facultades de ejecución de sentencias de los tribunales o salas constitucionales.

EL CUMPLIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

La postura del Estado venezolano respecto del sistema interamericano

Venezuela ratificó la CADH en 1977 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al año siguiente. Estas ratificaciones impulsaron un robustecimiento de la garantía de los derechos humanos. La Constitución consagraba un amplio catálogo de derechos y de mecanismos judiciales de protección, cuya efectividad,

11 European Commission for Democracy through Law, CDL-AD(2017)003: *Opinion on the Law of 16 October 2015 amending the Organic Law 2/1979 on the Constitutional Court*, adopted by the Venice Commission at its 110th plenary session (Venice, 10-11 march 2017), párg. 71.

sin embargo, estaba siendo puesta en entredicho por posturas doctrinales y jurisprudenciales según las cuales dentro de dicho catálogo había normas meramente programáticas, entre ellas el amparo, como derecho e instrumento procesal, cuya vigencia estaba condicionada a la adopción de una ley de desarrollo de la correspondiente disposición constitucional. En una primera etapa, la influencia del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) fue limitada aunque relevante, pero luego, de la mano justamente del amparo, que se haría operativo jurisprudencialmente en parte por esa repercusión, se extendería una lectura de los derechos permeada por su significación internacional, de lo cual es muestra la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el valor constitucional de los derechos proclamados en los tratados respectivos, basada en la cláusula de apertura a derechos innominados contenida en la Constitución de 1961, en la que también se apoyaría para tutelar derechos inherentes al ser humano previstos en declaraciones internacionales de derechos humanos.

La Corte IDH, por otro lado, dictaría en 1995 su primera sentencia de fondo contra Venezuela, en la cual aceptaría el reconocimiento de responsabilidad internacional formulado por el Estado.¹² Antes, en 1989, se suscitaron hechos que representaron serias violaciones de derechos humanos y que, gracias a la actuación de organizaciones no gubernamentales de defensa de estos derechos, fueron constatadas y denunciadas, sin que las instancias nacionales instruyeran una investigación independiente y efectiva. Ello hizo preciso acudir al sistema interamericano, y la Corte IDH se pronunciaría en 1999, mediante sentencia precedida nuevamente de la admisión de la responsabilidad internacional, que se planteó cuando ya se había iniciado el gobierno de Hugo Chávez. Además de la sentencia como tal, fue especialmente importante, desde la óptica de los derechos humanos, el camino recorrido por los familiares de las víctimas de aquellos sucesos, y por la ONG que ellos formaron para obtener justicia, así como las respuestas de otras organizaciones ante la suspensión de garantías entonces decretada, que facilitó la comisión de violaciones de derechos humanos. Todo esto contribuyó a la generación de una cultura de movilización de la ciudadanía en defensa de sus derechos y de articulación con el sistema interamericano como garantía última de su protección. La sentencia de fondo dictada por la Corte en ese caso, conocido como el “Caracazo”,¹³ y

12 Corte IDH, Caso El Amparo vs. Venezuela, Sentencia de 18 de enero de 1995, Fondo, Serie C, núm. 19.

13 Corte IDH, Caso del Caracazo vs. Venezuela, Sentencia de 11 de noviembre de 1999, Fondo, Serie C, núm. 58.

sobre todo la de reparaciones y costas,¹⁴ han sido hitos fundamentales en el país en materia de derechos.

En medio de esa corriente favorable a la salvaguarda de los derechos inherentes al ser humano, con apertura esencial a su consagración internacional, se elabora la Constitución formalmente en vigor, en 1999. De allí que esta haya reflejado el pensamiento dominante sobre la necesaria protección en el nivel constitucional de los derechos reconocidos en los tratados ratificados por Venezuela, y de los propios tratados, con aplicación preferente de la normativa más favorable al disfrute del derecho (art. 23), a lo cual se sumó la recepción constitucional de las obligaciones generales del Estado de respeto y garantía de tales derechos y de estándares provenientes de la jurisprudencia interamericana, así como la incorporación del principio de progresividad y de esta manera del derecho a acudir a los órganos internacionales de derechos humanos previstos en los tratados correspondientes, a fin de obtener el amparo de estos derechos (arts. 19, 29, 30 y 31). Se reformó adicionalmente la regulación de los estados de excepción (arts. 337 y ss.), para evitar excesos como los vividos en 1989.

Todo esto apuntaba en la dirección de una vigencia efectiva de los derechos humanos, de una interacción respetuosa con los órganos del sistema interamericano y de la adopción de estándares provenientes del orden internacional, pero sucedió lo contrario, por razones diversas que aquí solo serán enunciadas. La propia Constitución de 1999, generosa en el campo de los derechos, lo fue también en el incremento de las facultades y de la posición institucional del presidente de la República, reelegible de manera inmediata con un periodo extendido a seis años, y debilitó los equilibrios políticos al suprimir el bicameralismo y el control parlamentario sobre los ascensos militares a los más altos rangos, eliminar el financiamiento público de los partidos políticos y minimizar la significación de estos últimos. El riesgo de politización de las fuerzas armadas no fue afrontado cabalmente en la Constitución y la descentralización política en marcha desde 1989 fue refrenada. El liderazgo carismático emergente y los excesos de una Asamblea Nacional Constituyente a su servicio socavaron además tempranamente los límites constitucionales al ejercicio del poder gubernamental.

En poco tiempo, los controles previstos en la Constitución habían sido desmantelados. La tendencia creciente a la concentración del poder, ejercido sin restricciones, desembocó en una situación en la que el Gobierno actuaba a su arbitrio y ya no aceptaba limitaciones institucionales, internas o externas. Ello minó las potencialidades de la norma constitucional que contempla la jerarquía

14 Corte IDH, Caso del Caracazo vs. Venezuela, Sentencia de 29 de agosto de 2002, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 95.

constitucional de los tratados sobre derechos humanos, y su aplicación preferente en el orden interno siempre que contengan una regulación más favorable, junto a la de las demás antes esbozadas, y cerró el orden nacional a la comunicación enriquecedora propugnada por la Constitución. Esto permite entender la desnaturalización de la receptividad constitucional respecto de la garantía internacional de los derechos humanos llevada a cabo por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Ello obedecía también al interés de esta Sala en mantener su hegemonía en la interpretación vinculante y el monopolio de la última palabra, así como a una concepción de fondo que sobredimensiona lo nacional o político-específico frente a orientaciones universales o internacionales, que tilda de ahistóricas. Esto quedó claramente afirmado en la Sentencia 1309/2001, en la cual dicha Sala consideró que la fórmula del Estado democrático y social de derecho y de justicia, recogida en el artículo 2 de la Constitución, comprendía un proyecto político o ideológico específico, cuyos contornos no se delimitan jurídicamente ni con base en preceptos constitucionales, sino de acuerdo con la “tradición de cultura viva” y un “análisis concreto e histórico de los valores compartidos por el pueblo venezolano”.¹⁵ Entre los componentes de este proyecto político subyacente a la Constitución y que cristalizaría en el citado artículo 2 se encontraría el rechazo del racionalismo individualista, de la primacía del derecho internacional y de la defensa de valores universales,¹⁶ lo cual se ha traducido, entre otras construcciones jurisprudenciales, en el otorgamiento de una prevalencia general a los derechos o intereses colectivos frente a los derechos del individuo y en la reconducción y vaciamiento, en clave nacionalista o soberanista, de las disposiciones constitucionales de apertura a la protección internacional de los derechos humanos,¹⁷ como veremos.

15 Sala Constitucional, Sentencia 1309 de 19 de julio de 2001.

16 *Idem*.

17 Véase, entre otras sentencias previas a la que significó la ruptura con la Corte IDH, la decisión de la Sala Constitucional 1265 de 5 de agosto de 2008. En ella se sostuvo: “La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José el 22/11/69 y ratificada por nuestro país el 09/08/1977, es una declaración de principios, derechos y deberes de corte clásico que da preeminencia a los derechos individuales, civiles y políticos dentro de un régimen de democracia formal. Obviamente, como tal, es un texto que contiene una enumeración de libertades de corte liberal que son valiosas para garantizar un régimen que se oponga a las dictaduras que han azotado nuestros países iberoamericanos desde su independencia. Ahora bien, en ella no hay norma alguna sobre derechos sociales (solo hay una declaración de principios acerca de su desarrollo progresivo en el artículo 26), ni tampoco tiene previsión sobre un modelo distinto al demócrata liberal, como lo es la democracia participativa, ni contempla un tipo de Estado que, en lugar de construir sus instituciones en torno al individuo, privilegie la sociedad en su conjunto, dando lugar a un Estado social

La Sala Constitucional y la negación de la apertura constitucional al orden internacional de derechos humanos

La visión de la Sala Constitucional sobre las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional sería aplicada y explicitada aún más en la Sentencia 1942/2003,¹⁸ mediante la cual se desestimó un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra tipos penales de desacato o vilipendio contemplados en el Código Penal. Frente a la invocación por el recurrente de la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) contraria a tales delitos, por ser lesivos de la libertad de expresión, la Sala Constitucional no solo ignoró el pronunciamiento correspondiente, sino que aprovechó para sentar criterios generales restrictivos de la eficacia del derecho internacional y de las decisiones de organismos internacionales en el orden interno.

Insólitamente, la Sala Constitucional erigió al “respeto al derecho interno de cada país” y a la “soberanía estatal” en el parámetro de medición de la licitud y aplicabilidad nacional de las decisiones de órganos judiciales internacionales, con lo cual desconoció los fundamentos y los efectos jurídicos del derecho internacional, ya que este impone obligaciones que el orden interno debe observar, lo que puede exigir la reforma de la normativa nacional; por otro lado, la soberanía no es absoluta, mucho menos en la actualidad y en materia de derechos humanos, y entre sus límites se hallan los que los propios Estados, precisamente en ejercicio de su soberanía, consienten al ratificar tratados internacionales como la CADH. En particular, dicha Sala afirmó que la Constitución no puede ser contrariada por decisiones de organismos internacionales:

Por otra parte, dado que la sociedad internacional como sistema de Estados soberanos carece de órgano jurisdiccional central omnicompetente, las decisiones de los órganos judiciales internacionales existentes, institucionales o *ad hoc* (arbitrales), de carácter sectorial, para su ejecución en el Estado destinatario, no pueden obviar impunemente la soberanía nacional de estos. Esto significa que, para su ejecución, los fallos deben atravesar el sistema jurídico interno que, solo en el caso de que la sentencia no vulnere principios y normas constitucionales, podría darle pasavante

de derecho y de justicia”. También se reiteró: “Ahora bien, ¿qué valores debe tener presente el Tribunal para determinar cuándo debe considerarse que esa disposición convencional es más ‘favorable’ que la normativa constitucional interna? Es imprescindible para resolver esta antinomia, de existir, tomar en consideración lo que esta Sala Constitucional ha resuelto a través de su jurisprudencia. En concreto, en la sentencia 1309/2001, se estableció que ‘...la interpretación debe tener una doble justificación: la interna o coherencia con el sistema jurídico; y la externa o adecuación con la mejor teoría política que subyazca tras el sistema y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica...’”.

¹⁸ Sala Constitucional, Sentencia 1942 de 15 de julio de 2003.

y proceder a su cumplimiento. En caso de menoscabo de la Constitución, es posible sostener que, aun en esta hipótesis, no hay lugar a responsabilidad internacional por la inejecución del fallo, por cuanto este atenta contra uno de los principios existenciales del orden internacional, como es el debido respeto a la soberanía estatal.¹⁹

En nada cambia la objeción antes presentada que la Sala pretenda dejar a salvo especialmente los “principios y normas constitucionales”, pues por más alta que sea la jerarquía de estas normas en el derecho interno, los Estados deben cumplir sus obligaciones internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*), y sería muy fácil para ellos desligarse de estas aduciendo que contradicen algún precepto constitucional, después de haber adoptado los tratados correspondientes,²⁰ sin perjuicio de la vigencia de otras fuentes del derecho internacional. La Constitución no puede ser la condición de la validez del derecho internacional, porque en ese caso este se disolvería como orden jurídico con autonomía y sentido propio. Lo afirmado por la Sala es más grave en realidad, pues ella pretende ser la instancia competente para determinar si la supuesta infracción de normas constitucionales se ha producido, de modo que uno de los Estados parte en un tratado internacional podría resolver unilateralmente que un tratado o algunas de sus disposiciones, o las decisiones emanadas de los órganos que estos contemplan, no le vinculan, con base en una sentencia de la jurisdicción constitucional correspondiente. Habría que añadir que, para la Sala, como se haría patente en pronunciamientos ulteriores, lo que habría que salvaguardar no es solo o propiamente la Constitución, sino la interpretación que ella misma hubiera sentado sobre sus preceptos. Por eso adujo en su sentencia el artículo 335 constitucional, relativo al carácter vinculante de sus interpretaciones de la Constitución, a fin de tergiversar el alcance del artículo 23 de la misma y de ser ella la facultada para establecer si la normativa internacional sobre derechos humanos es o no más favorable a la constitucional.²¹

19 *Idem*.

20 La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, en su artículo 27, dispone: “*El derecho interno y la observancia de los tratados*. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46” (énfasis agregado). El artículo 46 se refiere a vicios en el consentimiento para la celebración de un tratado, resultantes de la violación manifiesta de una disposición del derecho interno concerniente a la competencia respectiva.

21 Sentencia 1942/2003: “Al incorporarse las normas sustantivas sobre derechos humanos, contenidas en los Convenios, Pactos y Tratados Internacionales a la jerarquía constitucional, el máximo y último intérprete de ellas, a los efectos del derecho interno es esta Sala Constitucional, que determina el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales (artículo 335 constitucional), entre las cuales se encuentran las de los Tratados,

En pocas palabras, la protección internacional de los derechos humanos está subordinada a lo que haya dispuesto la Sala Constitucional. A ella corresponde, a fin de cuentas, como máximo y último intérprete de la Constitución, conceder o negar el “pasavante” o visto bueno respecto de los fallos de órganos judiciales internacionales,²² en función de su conformidad con la Constitución y las interpretaciones que al respecto ella misma haya fijado: se trata, por tanto, de una reproducción invertida de la doctrina del control de convencionalidad, como luego se haría notorio.

El planteamiento de la Sala es además anacrónico, ya que presupone que solo en virtud de la creación de una suerte de Estado mundial, con un “órgano jurisdiccional central omnicompetente”, podría admitirse una validez general, o no condicionada a la soberanía nacional y sus derivaciones, de las decisiones de organismos internacionales. Ello se sitúa, adicionalmente, a contracorriente de la evolución internacional, la cual se ha caracterizado por la existencia de espacios y niveles plurales de generación jurídica y de resolución de controversias, sin que los esfuerzos de articulación tengan que pasar por la instauración de una autoridad central mundial.

La inejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por mandato de la Sala Constitucional

La criticable doctrina sentada por la Sala Constitucional en la sentencia comentada desembocó luego en el uso de la facultad que ella misma implícitamente se atribuyó de determinar la compatibilidad con la Constitución de las decisiones de órganos judiciales internacionales de derechos humanos. Lo hizo no en rigor por medio de un exequátur, como procedimiento que por regla supone obtener previamente un pronunciamiento favorable de una instancia judicial nacional para que la sentencia de un tribunal extranjero tenga eficacia jurídica en un ordenamiento, sino en virtud de la competencia que terminó perfilando para

Pactos y Convenciones suscritos y ratificados legalmente por Venezuela, relativos a derechos humanos”.

- 22 Sentencia 1942/2003. Esto se deduce de la invocación del artículo 335 que hace la Sala y de la conclusión a la que llega en relación con el alcance del artículo 23 de la Constitución: “Resulta así que es la Sala Constitucional quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno; al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela”. Para resolver si la decisión de un órgano internacional contraría o no la Constitución es preciso interpretarla, por lo que la palabra final sobre esta posible contradicción recaería sobre la misma Sala, dada la lectura que ella hace del artículo 335.

conocer de recursos de interpretación constitucional u otros similares dirigidos a provocar el examen correspondiente.

No es posible relatar ahora detalladamente todo el recorrido jurisprudencial que consolidó la vía procesal creada por la Sala Constitucional para que ella misma ejerciera el referido e inusitado control de constitucionalidad sobre las sentencias de la Corte IDH.²³ Basta con indicar que su concreción se produjo en el caso de la destitución arbitraria de magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que daría lugar a una sentencia de la Corte Interamericana,²⁴ frente a la cual se solicitó a la mencionada Sala, mediante un recurso de interpretación constitucional, que examinara la “conformidad constitucional” del fallo dictado por la Corte IDH que ordenaba la reincorporación de tales magistrados e impuso otras condenas. En la decisión de la Sala Constitucional²⁵ se preconizó la ruptura con la CADH y la jurisdicción de la Corte que posteriormente se formalizaría, y se inauguró la declaración de inejecutables de sentencias de la Corte IDH. Conviene analizar brevemente este pronunciamiento de la Sala Constitucional, para luego aludir al desarrollo de la postura allí asumida y sus implicaciones.

La destitución de magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de la Corte Interamericana y en la de la Sala Constitucional

En este caso, la Sala Constitucional desplegó la función de control o filtro respecto de sentencias de la Corte IDH que había prefigurado en la sentencia ya examinada. La destitución de los magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo se produjo a raíz de que estos emitieron una sentencia en materia de amparo constitucional que comportaba, a juicio de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, un error jurídico grave e inexcusable. En concreto, se señalaba que los magistrados habían ordenado, mediante una medida cautelar de amparo, la inscripción de un documento registral inmobiliario, lo cual excedería de lo procedente en sede de amparo constitucional cautelar. De acuerdo con la legislación venezolana, cuando una instancia judicial superior

23 Véase Carlos Ayala Corao, “La doctrina de la inejecución de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)”, en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización*, t. II, México, UNAM / Max-Planck-Institut, 2010, pp. 85 y ss.

24 Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Excepción Preliminar, Fondos, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 182.

25 Sentencia 1939/2008 de 18 de diciembre de 2008.

en grado declara, al conocer de apelación o recurso, que un juez ha incurrido en un error jurídico grave e inexcusable, él puede ser sometido a un procedimiento disciplinario y a una sanción de remoción. De los cinco magistrados que componían dicha Corte solo tres fueron destituidos, pues uno de ellos fue jubilado y otro no fue sancionado por haber salvado su voto en la sentencia objetada. Estos dos magistrados eran cercanos al Gobierno e integrarían después el Tribunal Supremo de Justicia.

Son muchos los aspectos del caso que requerirían una explicación pormenorizada, pero las limitaciones de extensión nos impiden entrar en todos ellos. Basta con señalar que los afectados cuestionaron su remoción por tres razones fundamentales. Se habría vulnerado, en primer lugar, su derecho al debido proceso y a la defensa, porque la sanción de destitución, que consideraban injustificada o en todo caso desproporcionada, era una consecuencia automática de la declaratoria del error grave e inexcusable, sin que sus alegatos o pruebas ante el órgano disciplinario pudieran desvirtuar lo que ya era una determinación definitiva y obligatoria, dictada por el Tribunal Supremo de Justicia en un proceso en el que ellos no habían intervenido. En segundo lugar, dicho derecho había sido violado porque la normativa referida a los procedimientos disciplinarios no permitía la recusación de los integrantes del órgano disciplinario. En tercer lugar, objetaban la falta de independencia e imparcialidad del órgano disciplinario, que era una Comisión designada con carácter transitorio por la Asamblea Nacional Constituyente en 1999 (Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema de Justicia); esta Comisión seguía actuando en virtud de la inexistencia de los tribunales disciplinarios previstos en la Constitución. Estimaban que su destitución obedecía a razones políticas, relacionadas con decisiones previas adoptadas por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en las cuales habían sido anulados actos dictados por autoridades gubernamentales. Después de intentar infructuosamente los recursos internos, los jueces destituidos acudieron al sistema interamericano de protección de los derechos humanos (SIDH), donde el caso fue conocido por la CIDH, que terminó presentándolo ante la Corte IDH.²⁶

La Corte Interamericana declaró que había sido vulnerado el derecho de los magistrados a ser juzgados por un tribunal independiente e imparcial. Esta conclusión encontró un soporte principal en un dato que fue destacado por la CIDH en el proceso ante la Corte: los integrantes de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema de Justicia podían ser removidos libremente por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, lo cual había sucedido

²⁶ Véase Corte IDH, Caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, cit.

desde que esta había sido creada en 1999. La falta de estabilidad de los miembros del cuerpo disciplinario ponía en entredicho su independencia, a lo que se sumaba la imposibilidad de plantear su recusación, lo cual atentaba contra la imparcialidad de sus integrantes. La valoración negativa de la Corte IDH sobre la independencia de la citada Comisión estuvo además sustentada en argumentos y pruebas, conforme a los cuales los magistrados de la Corte Primera habían sido objeto de amenazas y descalificaciones provenientes de altas autoridades ejecutivas, así como de medidas concretas de persecución u hostigamiento. Aunque la Corte IDH no acogió la tesis sostenida por el representante de las víctimas, de que el Poder Judicial en su conjunto carecía de independencia, sí declaró que en el caso concreto el Poder Judicial había actuado de manera contraria a la garantía de la independencia judicial. Además, estableció importantes criterios relativos a las implicaciones de esa garantía sobre la organización del Poder Judicial y el régimen de los jueces. En particular, estableció que incluso cuando en un Estado algunos jueces tuvieran el carácter de provisorios por no haber ingresado al Poder Judicial mediante los procedimientos de concurso previstos en la respectiva Constitución, debían gozar de estabilidad en sus cargos, por lo que solo podían ser removidos mediante la instrucción de un procedimiento en el que quedara demostrada la comisión de una falta de cierta gravedad, sin perjuicio de la celebración de un concurso para el ingreso a la carrera y de su resultado. Esta aseveración de la sentencia suponía una desautorización de la práctica aún imperante en Venezuela de separar de sus cargos, sin procedimiento alguno, a los jueces calificados de provisorios, que para el momento de los hechos eran casi el 80% de los jueces del país. La sentencia declaró que el Estado debía, en principio, ofrecer a los magistrados removidos la oportunidad de reincorporarse al Poder Judicial, en un cargo de rango y condiciones laborales similares a las de su destino anterior. También dispuso el pago de indemnizaciones y de otras formas de reparación, y señaló que el Estado debía adoptar las normas legales que permitieran superar la situación de transitoriedad del régimen disciplinario judicial, incluyendo lo relativo a la ausencia de estabilidad de los jueces provisorios.

Una vez emitida la sentencia de la Corte IDH lo que procedía era darle estricto cumplimiento, a tenor de lo previsto en la CADH (arts. 63.1 y 68) y en virtud del principio *pacta sunt servanda*. A igual conclusión conducen los artículos 23 y 31 de la Constitución venezolana, pues el primero establece la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos, que se extiende a las normas de la CADH relativas a las atribuciones de la Corte IDH y a la obligatoriedad de sus fallos, y el segundo reitera el deber del Estado de observar las decisiones emanadas de organismos internacionales competentes en materia de derechos humanos. Sin embargo, la Procuraduría General de la República, organismo vinculado al Poder

Ejecutivo Nacional y encargado de la defensa de los intereses patrimoniales de la República, interpuso ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia una solicitud de interpretación directa de la Constitución, relativa a la compatibilidad de la sentencia de la Corte IDH con los preceptos constitucionales.

La Sala Constitucional declaró, mediante decisión 1939/2008, que la sentencia de la Corte IDH era inejecutable y, no conforme con ello, solicitó al Ejecutivo Nacional proceder a la denuncia de la CADH, ante la usurpación de funciones y la violación de la soberanía del Estado venezolano en que habría incurrido dicha Corte. Para la Sala resultaba una extralimitación que la Corte IDH no se hubiera circunscrito a acordar una indemnización:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al no limitarse a ordenar una indemnización por la supuesta violación de derechos, utilizó el fallo analizado para intervenir inaceptablemente en el gobierno y la administración judicial que corresponde con carácter excluyente al Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con la Constitución de 1999.²⁷

Adicionalmente, la Sala Constitucional estimaba censurable que la Corte IDH, al establecer la obligación de reincorporar a los magistrados destituidos, hubiera pretendido afectar la firmeza de decisiones adoptadas por el Poder Judicial venezolano, que habían adquirido el carácter de cosa juzgada. Por último, objetó que la Corte IDH cuestionara la imparcialidad de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema de Justicia, como también que planteara la necesidad de revisar el régimen de los jueces provisorios, dado que, en criterio de la Sala, era inadmisibles que los “equipara[ra] de forma absoluta” a los jueces titulares.

Esta posición de la Sala Constitucional estuvo acompañada de las tesis que había venido sosteniendo en su jurisprudencia previa referida a la significación y eficacia en el derecho interno de los tratados internacionales sobre derechos humanos y de las decisiones adoptadas por los órganos respectivos. Así, reafirmó que la CADH respondía a un paradigma individualista superado por la Constitución; insistió en que los intereses colectivos o públicos prevalecen sobre los individuales; y reiteró que la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos solo comprende los derechos allí consagrados, no las normas concernientes a los órganos internacionales encargadas de protegerlos o interpretarlos. Asimismo, hizo énfasis en su condición de órgano supremo en la interpretación de la Constitución, lo cual se extendería a la determinación del

27 Sentencia 1939/2008 de 18 de diciembre de 2008.

alcance de tales tratados, o de su posible prevalencia en caso de colisión, dada la jerarquía constitucional de los respectivos tratados, en virtud de la cual estos quedarían sujetos a la interpretación última y vinculante de la Sala Constitucional.

Esta argumentación de la Sala Constitucional implica, primeramente, la vulneración de principios fundamentales rectores de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional público, así como de las obligaciones contraídas por el Estado venezolano al ratificar la CADH. Tal como se establece claramente en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, lo cual es simplemente una manifestación del principio *pacta sunt servanda* (art. 26), que rige aun respecto de los Estados que no hayan ratificado esta Convención. Particularmente, la alarma de la Sala Constitucional ante la posibilidad de que una sentencia de la Corte IDH contraríe lo determinado en sentencias internas pasadas en autoridad de cosa juzgada no se aviene con el desarrollo de la protección internacional de los derechos humanos, la cual se asienta sobre la responsabilidad internacional de los Estados y, por tanto, comprende las actuaciones provenientes del Poder Judicial violatorias de las obligaciones asumidas. La censura internacional de lo decidido con fuerza de cosa juzgada por tribunales nacionales constituye no solo una posibilidad, sino que forma parte de la dinámica habitual de sistemas regionales de protección como el europeo y el interamericano, lo cual se encuentra reflejado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y de la Corte IDH.

La pretensión de que las sentencias de esta Corte no pueden ir más allá de la fijación de una indemnización contradice la propia letra de la CADH, cuyo artículo 63.1 dispone:

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

Nótese, pues, que la indemnización es solo un contenido posible del fallo que constate la violación de algún derecho reconocido por la CADH, eventualmente complementario al pronunciamiento principal, referido a la garantía del goce del derecho o libertad conculcado, lo cual se traduce, en el caso bajo estudio, en exigir la reincorporación de los magistrados indebidamente destituidos. Al

hacerlo, la Corte IDH no pretendió asumir el gobierno o administración del Poder Judicial, como sostiene la sentencia de la Sala Constitucional, sino que se limitó a ejercer un control jurisdiccional internacional sobre un acto que estimaba contrario a determinados derechos humanos. Tampoco son impertinentes las afirmaciones de la Corte IDH sobre los riesgos para la independencia judicial derivados de la libre remoción de los jueces provisorios, ya que ello forma parte de las garantías de no repetición que ha desarrollado en su jurisprudencia, comprendidas en la obligación de reparación. Tales aseveraciones no van dirigidas, por lo demás, a equipararlos de manera absoluta con los jueces titulares, pues la permanencia de aquellos en el cargo depende de la celebración de un concurso y de la obtención, entonces, de resultados satisfactorios.

La postura de la Sala Constitucional es igualmente incompatible con lo establecido en la Constitución venezolana, ya que su artículo 23 prevé la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos globalmente considerados, no solo de las normas allí contenidas que regulen algún derecho.²⁸ La jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos no los despoja, por otro lado, de su carácter de tratados, por lo que aquella no debe ser invocada para “nacionalizar” o desnaturalizar dichos instrumentos convencionales, mucho menos para ignorar las obligaciones que contienen. El intento de deslegitimación sustantiva de la CADH está, por otro lado, cargado de inexactitudes, pues esta también reconoce la dimensión social de los derechos (art. 26), que ha sido profundizada en otros instrumentos interamericanos (Protocolo de San Salvador en materia de derechos económicos, sociales y culturales), y la afirmación de la prevalencia general de los intereses colectivos sobre los individuales ofrece múltiples peligros. La falsa premisa –o el pretexto– de la que parte la Sala Constitucional para rechazar la aplicabilidad de la sentencia de la Corte IDH, consistente en la usurpación de funciones que esta habría cometido, la lleva también a solicitar al Ejecutivo Nacional la denuncia de la CADH. Este insólito paso de la Sala Constitucional difícilmente puede ser explicado de manera jurídica. Aun en el supuesto de que la Corte IDH hubiera incurrido, en criterio de la Sala Constitucional, en algún exceso en su sentencia, lo cual no hubiera justificado su incumplimiento, no resultaba razonable plantear la necesidad de denunciar la CADH, es decir, de cuestionar el propio SIDH, que encuentra en

28 Véase Carlos Ayala, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, México, Fundap, 2000; Jesús María Casal, “Justicia constitucional y derechos fundamentales en Venezuela”, en Víctor Bazán y Claudio Nash (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela*, Montevideo, Universidad de Chile / Fundación Konrad Adenauer, 2009, pp. 87 y ss.

dicha Convención un pilar fundamental. Ello no solo vulnera el principio de progresividad en materia de derechos humanos consagrado constitucionalmente, al pretenderse reducir de forma sensible los niveles de protección de los derechos humanos en Venezuela, sino que menoscaba igualmente la garantía de los derechos humanos en el continente americano.

La declaración de una sentencia de la Corte IDH como inejecutable, por parte de un órgano jurisdiccional del Estado condenado en el fallo correspondiente, implica menoscabar la autoridad y eficacia jurídica del derecho internacional y, en particular, de la CADH, ratificada voluntariamente por dicho Estado. Más aún si se tiene en cuenta que dicha pretendida inejecutabilidad se apoya en la supuesta violación de la Constitución o de la cosa juzgada, como excepciones al cumplimiento de una decisión internacional que, de ser admitidas, desmontarían las bases y la fuerza jurídica del orden internacional, especialmente en materia de derechos humanos. No se trata aquí, como asevera la Sala, de emplear “un estándar mínimo de adecuación del fallo al orden constitucional interno”, igualmente objetable con esta formulación, sino de una maximización del derecho interno y de la soberanía para bloquear la proyección del derecho internacional y de sus fuentes. El soberanismo o nacionalismo autoritario de la postura de la Sala Constitucional se puso de relieve cuando, para justificar su tesis, y después de haber aseverado que no estaba contraviniendo el artículo 68.1 de la Convención, apeló como precedente comparado a la sentencia de la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar del Perú emitida contra la ejecución de la decisión de la Corte IDH adoptada en el Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, asunto que fue resuelto oportunamente por la Corte IDH, exigiendo el cumplimiento íntegro de su sentencia, con fundamento en las disposiciones de la Convención (arts. 67 y 68.1) y las obligaciones internacionales de los Estados,²⁹ desenlace sobre el cual la Sala Constitucional guardó absoluto silencio. En todo caso, nada de lo dicho por la Sala Constitucional salvaba la responsabilidad internacional en que el Estado venezolano incurría si se rehusaba a cumplir la sentencia de la Corte IDH. Así lo declaró esta finalmente en su resolución de supervisión de cumplimiento, en la que dispuso aplicar el artículo 65 de la CADH y, por tanto, comunicar o advertir a la Asamblea General de la OEA, en su Informe Anual, sobre el incumplimiento por parte del Estado de Venezuela de los deberes impuestos en la

29 Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, Resolución de 17 de noviembre de 1999, Supervisión de cumplimiento de sentencia. Finalmente se logró, en 2001, la observancia de la sentencia de fondo de la Corte IDH en lo relativo a la decisión de la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar del Perú (Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, Resolución de 1 de julio de 2011, Supervisión de cumplimiento de sentencia, considerando 32).

sentencia respectiva.³⁰ La actuación correspondiente de la Asamblea General de la OEA, afirma la Corte, se inscribe en una “garantía colectiva” de la implementación de sus decisiones, propia de todos los sistemas de protección de derechos humanos, basada en el compromiso y el interés de los Estados parte en relación con el respeto de las sentencias de la Corte IDH.³¹

El desarrollo de esta postura jurisprudencial y sus implicaciones

El Estado venezolano y quienes ocupaban posiciones destacadas en la institucionalidad oficial, originalmente amigables con el SIDH cuando se trataba de condenar abusos cometidos en el ciclo político anterior,³² comenzaron a mostrar incomodidad al constatar que sus ejecutorias, ya difícilmente sujetas a escrutinio en el orden interno, a causa de la ocupación política de los órganos de control, podían ser sometidas a la jurisdicción interamericana de derechos humanos. La Sentencia 1939/2008 de la Sala Constitucional formalizó el quiebre con el sistema interamericano que estaba gestándose, caracterizado por el desconocimiento de los informes o recomendaciones de la CIDH y ahora de las sentencias de la Corte, así como por la vulneración cada vez más extendida de los derechos reconocidos en la Convención.

Respecto de las sentencias de fondo relativas a Venezuela dictadas por la Corte IDH con posterioridad a la analizada se ha consolidado la situación general de incumplimiento, a veces con nuevas declaraciones de inejecutabilidad de las decisiones de la Corte, como sucedió en los casos de López Mendoza vs. Venezuela y de Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela. En el primero, la Sala terminó de perfilar la acción judicial que podía incoarse para provocar el control de la Sala Constitucional sobre sentencias de la Corte IDH y la calificó como un “control innominado de constitucionalidad”, que representaba “lógicamente un ‘control de convencionalidad’ (o de confrontación entre normas internas y tratados integrantes del sistema constitucional venezolano)” para el cual la Sala se consideraba competente (Sentencia 1547/2011). Esta inversión

30 Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros (‘Corte Primera de lo Contencioso Administrativo’) vs. Venezuela, Resolución de 23 de noviembre de 2012, Supervisión de cumplimiento de sentencia, considerandos 40 y ss.

31 *Ibid.*, considerandos 46 y 47.

32 El Estado venezolano, durante el gobierno de Hugo Chávez, reconoció la responsabilidad internacional en los casos que fueron conocidos y resueltos por la Corte IDH, que estaban relacionados con hechos ocurridos antes de su llegada al poder. Lo mismo sucedió en un caso limítrofe, como el de las desapariciones forzadas ligadas a la tragedia del estado Vargas de diciembre de 1999.

del sentido del control de convencionalidad, fraguada en decisiones previas de la Sala, se hizo palmaria especialmente en el segundo caso, en el que la acción interpuesta respecto de la sentencia de la Corte IDH fue denominada “acción de control de convencionalidad” (Sentencia 1175/2015). Esta última decisión fue dictada ya cuando el Estado venezolano había formalizado la denuncia a la CADH, dado que los hechos correspondientes se suscitaron con anterioridad.

El Estado venezolano, que se había puesto ya al margen del SIDH, remitió al Secretario General de la OEA, en septiembre de 2012, la notificación de la denuncia a la CADH, recibida el 10 de septiembre de 2012, la cual se haría efectiva un año después, conforme al artículo 78.1 de la Convención. Subsisten serias dudas sobre la validez de tal notificación de denuncia, por ser abiertamente contraria a la Constitución venezolana, en particular al principio de progresividad que en este ámbito ella consagra. Pero a los efectos de este trabajo basta con constatar que esta fue la culminación lamentable de un proceso de creciente violación de derechos humanos y de franco desconocimiento del orden internacional y, en especial, de las decisiones de los órganos del SIDH.

EL CUMPLIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

La ejecución de las sentencias de los tribunales o salas constitucionales

La labor desempeñada por los tribunales o salas constitucionales es en esencia jurisdiccional. Después de intensos debates sobre la justificación de los tribunales constitucionales como defensores de la Constitución, y en atención a la andadura de tales órganos en varios sistemas jurídicos europeos y latinoamericanos, se afianza la condición jurisdiccional que ellos ostentan, al igual que la de la función que prestan.³³ La especial significación política de los asuntos usualmente conocidos por tales tribunales no desvirtúa la naturaleza de su actividad, basada en la interpretación de la Constitución, por más abiertas que sean sus disposiciones, y sujeta por tanto al derecho. Lo mismo puede decirse de las salas constitucionales incorporadas en Latinoamérica o de las altas cortes que asumen tareas de la jurisdicción constitucional, incluso con mayor facilidad, pues su inserción dentro del máximo órgano del poder judicial propende a acentuar esa cualidad.

33 Una síntesis de la controversia sostenida entre Hans Kelsen y Carl Schmitt y de la evolución posterior en el desempeño de los tribunales constitucionales puede verse en Jesús María Casal, *Constitución y justicia constitucional*, Caracas, UCAB, 2004, pp. 106 y ss.

De ahí que sea lógico preguntarse acerca de los medios de ejecución con que cuentan tales instancias para asegurar la observancia de sus pronunciamientos, ya que, como se adelantó, la ejecución es parte de la jurisdicción. Se discute si la ejecución es un componente esencial o solo conexo de la jurisdicción,³⁴ pero parece natural que la función de declarar o esclarecer el derecho y de resolver conflictos esté vinculada a la posibilidad de hacer valer lo decidido. Seguramente hay diferencias entre una y otra vertiente de la actividad generalmente considerada jurisdiccional, la declarativo-resolutiva o adjudicativa y la ejecutiva, lo cual no basta para entender que deban estar disociadas. En lo que concierne a la jurisdicción constitucional, la variedad de asuntos que en la actualidad tiene encomendados abona la idea de que también en este terreno puede ser necesaria la ejecución, y los propios jueces constitucionales serían en principio los llamados a ordenarla o garantizarla. Hasta las clásicas sentencias anulatorias de leyes u otros actos jurídicos requieren en ocasiones medidas de garantía de la ejecución, ante la resistencia de alguna autoridad a aceptar las consecuencias prácticas de la extinción de la norma o acto anulado, o ante la pretensión de reeditarlos en sus mismos términos y sin ninguna otra consideración o circunstancia sobrevenidas.

No obstante, es preciso apuntar que en el sistema europeo se ha planteado la inconveniencia de concentrar en el tribunal constitucional la responsabilidad de la ejecución de sus sentencias, por su especial condición de órgano facultado para dictar decisiones finales referidas a la garantía de la supremacía constitucional, el cual en su actuación debería ser percibido como un “árbitro neutral”, como un “juez de las leyes”.³⁵ Según la Comisión de Venecia para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia), perteneciente al Consejo de Europa, la división de competencias de adjudicación y de ejecución reforzaría los pesos y contrapesos en su globalidad y robustecería la independencia del tribunal constitucional. Además, este tribunal no debería arriesgar su preciada autoridad en las vicisitudes ligadas a la ejecución de sus fallos, todo lo cual aconsejaría la atribución de al menos algunas funciones en este ámbito a otros órganos del Estado. Así se sostuvo en una opinión de la Comisión de Venecia referida a la reforma de 2015 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, que concluye, después de comparar la regulación de la jurisdicción constitucional en los Estados miembros, que no hay estándares comunes en la materia, aunque afirma que es

34 Macarena Vargas Pavez, “Hacia la desjudicialización de la ejecución civil”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, 2013, pp. 135 y ss.

35 CDL-AD(2017)003, cit., párr. 71.

excepcional que el Tribunal Constitucional esté encargado de la ejecución de sus sentencias.³⁶

Luce apresurada esta aseveración sobre la excepcionalidad de la facultad de los tribunales constitucionales europeos en relación con la ejecución de sus propias decisiones. La apreciación de la Comisión de Venecia se explica probablemente porque su opinión sobredimensiona el caso austríaco, en el que básicamente el presidente federal y los tribunales ordinarios ostentan las atribuciones correspondientes. Por otro lado, en su informe, la situación normativa alemana no es presentada con exactitud, pues tiende a ser equiparada con la austríaca, pese a que el Tribunal Constitucional Federal alemán ostenta amplios poderes para la ejecución de sus fallos, sin perjuicio de requerir la intervención de otras autoridades cuando lo estime oportuno.³⁷ Por otro lado, algunos de esos tribunales no escapan a la tendencia a estar involucrados en la garantía de derechos en casos concretos, por medio del amparo constitucional, lo cual hace que no sean vistos solo ni principalmente como jueces de la ley. Sí parece cierto que no hay un estándar común europeo en ese campo. Sin embargo, la Comisión de Venecia estimó no recomendable la concentración de tales atribuciones en los tribunales constitucionales,³⁸ con base en razones atendibles.

El tratamiento de esta materia cobra un cariz particular en los ordenamientos latinoamericanos, dada la existencia de sistemas difusos o mixtos de control judicial de la constitucionalidad de las leyes y de protección constitucional, en los cuales el órgano de la jurisdicción constitucional o de resolución final en materia constitucional suele insertarse en la estructura judicial y desempeña funciones en muchos aspectos semejantes a las de los tribunales ordinarios, sin que le sea ajena la faceta ejecutiva de la jurisdicción, que puede venir exigida por el derecho a la tutela judicial efectiva o al amparo. En relación con los jueces ordinarios y sus competencias de control de constitucionalidad ellos conservan, por supuesto, sus facultades ejecutivas habituales, o pueden ser más amplias al resolver amparos o acciones de tutela. Las consideraciones de la Comisión de Venecia, referidas a la necesidad de preservar la autoridad de los tribunales constitucionales como últimos garantes de la supremacía constitucional, militan, no obstante, en favor de introducir medida y de procurar la cooperación de otros órganos cuando la jurisdicción constitucional deba abordar asuntos relativos a la ejecución de sus sentencias. Parece aconsejable que las salas o los tribunales constitucionales,

36 *Ibid.*, párrs. 15 y ss.

37 Véase Klaus Schlaich y Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, München, Beck, 2004, pp. 329 y ss.; Michael Sachs, *Verfassungsprozessrecht*, Mohr Siebeck, 2016, p. 187.

38 CDL-AD(2017)003, cit., párrs. 77-78.

o los órganos judiciales supremos encargados de la jurisdicción constitucional, que sean responsables de la garantía de la ejecución de sus sentencias, esto es, de hacerlas ejecutar, acudan ordinariamente a la delegación de tareas a otros órganos, conservando la supervisión sobre lo actuado. Con todo, no ha de descartarse que la trascendencia político-institucional de una controversia justifique que deba ser el propio tribunal o sala constitucional, o el órgano judicial supremo correspondiente, el que asuma principalmente la ejecución de su sentencia, con los auxilios que necesite.

La Sala Constitucional y los excesos en la garantía de la ejecución de sus decisiones

La Sala Constitucional venezolana ilustra no tanto sobre limitaciones o debilidades en las facultades o posibilidades de ejecución de las sentencias, sino sobre los abusos cometidos con el objeto, o con el pretexto, de ejecutarlas. El problema de fondo es que la labor de la Sala se inscribe en un marco institucional de severo autoritarismo dentro del cual ella ha desempeñado un papel protagónico en el desmantelamiento de la institucionalidad democrática. La función que ha ejercido desde su creación ha consistido progresivamente en un autoritarismo judicial en el fondo de sus decisiones y en la forma de los procesos que tramita.

En tal sentido, la Sala Constitucional ha establecido interpretativamente los fundamentos para la reelección indefinida del presidente de la República; la censura judicial de informaciones y de la programación de los medios de comunicación; la ampliación del ámbito del reglamento ejecutivo en el campo de la actividad económica, en detrimento de la reserva de ley; la utilización desmesurada de las leyes habilitantes y de los decretos leyes; la denuncia de la CADH; la centralización de competencias constitucionalmente atribuidas a los Estados con el carácter de exclusivas; la intervención estatal en la economía con mínimos límites sustantivos, entre otros vectores jurisprudenciales favorecedores de la expansión del poder gubernamental.

La labor judicial desarrollada por la Sala Constitucional, una vez que la oposición al gobierno de Hugo Chávez y luego al de Nicolás Maduro obtuvo un importante triunfo en las elecciones parlamentarias de 6 de diciembre de 2015, corrobora esa orientación general de la jurisprudencia constitucional y el papel institucional de la referida Sala, ya mencionado. Antes de esos comicios, la Sala Constitucional se distinguió por respaldar la actuación del Poder Ejecutivo Nacional y de la Asamblea Nacional, mayoritariamente oficialista, al declarar normalmente sin lugar los recursos interpuestos contra sus actos. Más aún, su papel ha sido no solo de pasividad ante acciones inconstitucionales de los poderes públicos, sino incluso se ha caracterizado por anticiparse a las iniciativas

gubernamentales, colocando argumentativamente bases para una “huida hacia adelante”, es decir, para una intensificación o profundización de medidas ya adoptadas o de aspiraciones programáticas o intereses oficiales no satisfechos.

Esa misma Sala Constitucional, completamente postrada ante el Ejecutivo o, mejor dicho, erigida en factor determinante de su dominación, sacó a relucir un rostro aún más autoritario cuando las circunstancias se lo exigieron. La oposición democrática ganó las dos terceras partes de los escaños de la Asamblea Nacional en las elecciones legislativas de 6 de diciembre de 2015, lo cual llevó a que la agónica mayoría oficialista de la Asamblea Nacional, cuyo periodo vencería en breve, anticipara inconstitucionalmente la designación de 13 magistrados principales y 20 suplentes del Tribunal Supremo de Justicia, mediante jubilaciones adelantadas, fruto de la presión oficial, lo cual privaba a la nueva Asamblea Nacional de la posibilidad de renovar parcialmente este Tribunal en la oportunidad en que correspondía, diciembre de 2016. El Tribunal Supremo de Justicia y su Sala Constitucional, que en diciembre de 2015 pasaron a tener una composición todavía más abyecta, que no cabía imaginar, procedieron a acometer un plan sistemático de demolición del Parlamento, mediante la sustracción a la oposición de esa mayoría calificada, el bloqueo de las funciones de legislación y de control de la Asamblea Nacional y, finalmente, la completa anulación de este órgano parlamentario y de sus actos. Después de más de ochenta decisiones dictadas por la Sala Constitucional desde enero de 2016, sobre normas u otros actos o supuestas omisiones o sobre las facultades del Parlamento, todas desfavorables a la Asamblea Nacional y carentes de sustento y solidez constitucional, no queda espacio para la actuación con eficacia jurídica de este órgano democrático-representativo, el cual es, sin embargo, la única expresión institucional genuina en Venezuela de legitimidad democrática. La inmunidad parlamentaria ha sido pisoteada en el marco de la persecución política, y la sociedad misma ha sido cercada por la represión y la violación de los derechos humanos, con una Sala Constitucional que sometió inconstitucionalmente el derecho de manifestación al requisito de la obtención de autorización previa; respaldó tácitamente el cierre arbitrario de la vía del referendo revocatorio como mecanismo de solución democrática de la crisis política y social; eliminó el control parlamentario sobre la declaración ejecutiva de los estados de excepción y convalidó su prolongación indefinida; sentó los fundamentos para la cancelación de los partidos políticos de oposición; y avaló la imposición de una asamblea constituyente antidemocrática.³⁹

39 Jesús María Casal, *Asamblea Nacional: conquista democrática vs. demolición autoritaria. Elementos de la argumentación y práctica judicial autoritaria de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*, Caracas, UCAB, 2017; Allan Brewer-Carías, *Dictadura judicial*

El autoritarismo procesal se ha puesto de manifiesto, entre otros ámbitos, en el tema de la ejecución de las sentencias. La Sala ha erigido el deber de obediencia a sus pronunciamientos en principio cardinal del ordenamiento y ha invocado la obligación de cumplirlos para menoscabar derechos e instituciones democráticas. La misma soberanía popular y el valor del sufragio han sido cercenados por su empeño en asegurar la ejecución de sus decisiones. La muestra descollante de este autoritarismo judicial, dispuesto a liquidar la democracia para hacer valer lo ordenado, sin importar la razonabilidad o proporcionalidad de la respuesta judicial, y muchas veces sin haber dado oportunidad para la defensa, es la figura del denominado desacato a sus sentencias como causal invalidante de toda la actuación presente y futura de la Asamblea Nacional, mientras la supuesta rebeldía persista, lo cual será analizado seguidamente.

Pero ya antes la Sala había exhibido su desmesura ejecutora y antidemocrática, especialmente cuando transformó un tipo penal, que castigaba el incumplimiento de los mandamientos de amparo constitucional, en una potestad propia para imponer, al margen del debido proceso y de otros derechos fundamentales, privaciones de libertad contra alcaldes de oposición de municipios en los que la ciudadanía protestaba constantemente contra el Gobierno nacional, las cuales llevaron aparejadas su destitución y, como sanción accesoria, la inhabilitación política.⁴⁰ Ello por no haber observado cabalmente el mandato de amparo por ella dictado en el que obligaba a los cuerpos de policía locales, y como autoridad superior responsable a los alcaldes, a controlar y eventualmente reprimir protestas ciudadanas que, según la Sala, causaban desórdenes públicos, pese a que tales cuerpos no disponían del equipamiento y entrenamiento requeridos, ni podían lícitamente obstaculizar el ejercicio del derecho a manifestar pacíficamente. Esta invención jurisprudencial de sanciones de alcance penal, sobre la cual resuelve la propia Sala Constitucional, ha sido direccionada luego contra integrantes de la Asamblea Nacional, como se verá.

y *perversión del Estado de derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2016; José Ignacio Hernández G., “El asedio a la Asamblea Nacional. A modo de presentación”, en Brewer-Carías, *Dictadura judicial y perversión del Estado de derecho*, op. cit., pp. 21 y ss.

⁴⁰ Sala Constitucional, sentencias 245 y 263 de 9 y 10 de abril de 2014, respectivamente.

La tesis del supuesto desacato de la Asamblea Nacional como causa invalidante de su funcionamiento

La construcción de la tesis jurisprudencial y su crítica

Desde las elecciones parlamentarias de diciembre de 2015, en las que la oposición democrática obtuvo las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, el oficialismo adoptó decisiones destinadas a menoscabar anticipadamente las posibilidades de actuación de este organismo. Lo hizo primero la mayoría progubernamental de la Asamblea Nacional cuyo periodo expiraba a comienzos de enero de 2016, cuando retomó en diciembre de 2015, tras conocerse dichos resultados, el procedimiento que había iniciado previsivamente meses atrás para designar, de ser necesario, de manera prematura y fraudulenta, nuevos magistrados en el Tribunal Supremo de Justicia y, después, la Sala Electoral de este mismo Tribunal, al suspender los efectos del acto de proclamación de los diputados electos en el estado Amazonas y la Región Sur Indígena,⁴¹ con el fin de sustraer a la oposición esa mayoría de las dos terceras partes. Con ello se quería evitar principalmente que, ante el cerco judicial que se iba a desencadenar contra la nueva Asamblea Nacional, esta optara por ejercer la iniciativa constitucional para la celebración de un referendo sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente o para la tramitación de una reforma constitucional. Se obstaculizaba además la adopción de decisiones respecto de la designación o remoción de altas autoridades judiciales, electorales o de control, entre otras materias cuya resolución estaba sujeta a esa mayoría calificada.

La Asamblea Nacional, tras su instalación con su nueva composición en enero de 2016, incorporó y juramentó a diputados suspendidos de esos circuitos, respetando la voluntad popular y en uso de su atribución constitucional de calificar a sus miembros. Pero la Sala Electoral declaró que esto representaba un desacato a lo resuelto por ella en sentencia de amparo cautelar de 30 de diciembre de 2015, y estableció que serían nulos los actos de la Asamblea Nacional emitidos mientras esa incorporación y juramentación se mantuviera,⁴² lo cual fue luego respaldado por una sentencia de la Sala Constitucional en la que esta se consideró facultada para declarar al Parlamento inhabilitado en relación con el desempeño de sus funciones constitucionales y, además, sustituible respecto de su ejercicio, hasta que observara lo dispuesto por la Sala Electoral.⁴³

41 Casal, *Asamblea Nacional: conquista democrática vs. demolición autoritaria*, op. cit., pp. 23 y ss.

42 Sala Electoral, Sentencia 1 de 11 de enero de 2016.

43 Sala Constitucional, Sentencia 3 de 14 de enero de 2016.

Así se sentaron las bases de la construcción judicial del supuesto desacato de la Asamblea Nacional, como causal para desechar de plano la validez de cualquier acto del Parlamento, convertido en un órgano incapaz de cumplir sus funciones constitucionales. Esto dio lugar a que la nueva mayoría, reacia a quedar inmediatamente atrapada en un conflicto institucional que le hubiera impedido siquiera intentar cumplir la agenda programática que le había llevado a ganar las elecciones, prefiriera apoyar a diputados afectados por la sentencia de la Sala Electoral en su decisión de solicitar su desincorporación del Parlamento para evitar daños mayores a la Asamblea Nacional y dedicarse a la actuación judicial en preservación de sus derechos y de los de sus electores. El Parlamento no cayó entonces en la fosa del desacato, pero de todas formas las leyes y demás actos que aprobó fueron sistemáticamente anulados por la Sala Constitucional. Después de aproximadamente seis meses en esta situación de bloqueo judicial, se reincorporaron al Parlamento los diputados pretendidamente suspendidos, ya que, adicionalmente, tampoco las defensas que habían ejercido contra el amparo cautelar que los perjudicaba a ellos, a sus electores y a la propia Asamblea Nacional habían recibido la debida tramitación y resolución. La CIDH y su Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas manifestaron su preocupación respecto de esa privación de la representación parlamentaria de los pueblos indígenas en las respectivas circunscripciones.⁴⁴ Ante tal reincorporación, la Sala Electoral y, sobre todo, la Sala Constitucional, acudieron definitivamente al arsenal de la declaratoria del desacato y de la consecuente invalidación *ex ante* de toda la actividad parlamentaria.

Ya no se trataba de que, según la Sala Constitucional, la Asamblea Nacional hubiera incumplido lo ordenado en alguna de sus sentencias, dictadas desde enero de 2016, siendo con frecuencia invocada la 269/2016, con efectos anulatorios del acto en cuestión o de todos los adoptados en la sesión correspondiente.⁴⁵ Ahora la Asamblea Nacional estaba de manera global e irremisible inhabilitada para dictar actos que fueran reconocidos como válidos, hasta que cesara su “desacato”.⁴⁶

Esto no significa que después de esa declaratoria la Sala Constitucional no empleara otros argumentos para declarar la inconstitucionalidad de las leyes sancionadas, pero enviadas por el presidente de la República a dicha Sala con el

44 “CIDH expresa preocupación ante falta de representación de pueblos indígenas en Asamblea Nacional de Venezuela”, 28 de julio de 2016. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/107.asp>

45 Véase Sala Constitucional, Sentencia 614 de 19 de julio de 2016.

46 Sala Constitucional, Sentencia 808 de 2 de septiembre de 2016.

fin de que ejerciera “control de constitucionalidad” sobre las mismas. El desacato más de una vez concurrió con otros argumentos en la declaración de la inconstitucionalidad de actos de la Asamblea Nacional; pero aquel era una premisa general y permanente de las decisiones respectivas, en las que podían verse razones adicionales de inconstitucionalidad. La Sala Constitucional ha fundamentado la declaración del desacato de la Asamblea Nacional en el incumplimiento de otras de sus sentencias, e incluso ha aludido a una supuesta determinación de este órgano legislativo de ignorar todas las sentencias de la Sala Constitucional.⁴⁷

Sin embargo, es necesario subrayar que para la fecha en que la Sala Electoral y la Sala Constitucional establecieron de manera general que la Asamblea Nacional estaba en desacato, ya la Sala Constitucional había sentado los criterios fundamentales restrictivos de la autonomía y de las atribuciones constitucionales de la Asamblea Nacional, y ya esta era ignorada como órgano fundamental del Estado por el Poder Ejecutivo. En la primera etapa de la andadura de la nueva Asamblea Nacional se cercenó su ámbito funcional en el campo de la representación y de la calificación de sus miembros, de la legislación, de su autonomía normativa, de la potestad de control e investigación y de la facultad de revisar, por vicio de nulidad absoluta o de inexistencia, la designación efectuada irritablemente en diciembre de 2015 de altas magistraturas judiciales. En esa misma fase, el Ejecutivo Nacional dejó de publicar en la *Gaceta Oficial*, desde abril de 2016, los actos de la Asamblea Nacional, especialmente de su Junta Directiva, referidos a designaciones y otras materias administrativas en las que normativamente se exige dicha difusión, al igual que los acuerdos aprobados por la plenaria.⁴⁸ Se llegó a dar la situación insólita de que algunos de estos acuerdos no publicados en la *Gaceta Oficial* eran citados en sentencias de la Sala Constitucional para utilizarlos retóricamente a fin de intentar justificar lo que se terminaba decidiendo en contra de la Asamblea Nacional. En pocas palabras, el desmantelamiento de la institucionalidad parlamentaria ya se había producido cuando las salas mencionadas declararon la situación general de desacato en que aquella se hallaría.

Esto es útil para salir al paso a la retórica oficial, que ha pretendido hacer ver que la Asamblea Nacional se encuentra “autodisuelta” por sus reiterados incumplimientos a las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia y por no dar los pasos necesarios para salir del desacato. La matriz de opinión que el oficialismo, finalmente sin éxito, ha intentado generar, consiste en que la incapacidad de la

47 Véase Sala Constitucional, sentencias 1190 de 15 de diciembre de 2016; 2 de 11 de enero de 2017 y 113 de 20 de marzo de 2017.

48 El 6 abril de 2016 fue publicada en la *Gaceta Oficial* 40.880 una resolución del Parlamento Indígena Venezolano, sobre el cual el oficialismo conservó el control.

Asamblea Nacional para cumplir sus funciones constitucionales obedece a “su” desacato. Esta retórica merece refutación en dos planos: ya la Asamblea Nacional había sido bloqueada funcionalmente por el Tribunal Supremo de Justicia antes de ser declarada en desacato, en una fase que comenzó en enero de 2016, con los antecedentes de diciembre de 2015. Dicho de otro modo, lo que explica el vaciamiento funcional de la Asamblea Nacional es la actuación del Tribunal Supremo de Justicia. Aquí pasamos al segundo plano argumental: el desacato al que alude dicho Tribunal no es una opción libremente adoptada por la Asamblea Nacional, de la cual no quiere salir, sino una construcción judicial artificial, perversa constitucionalmente y lesiva del principio democrático, pensada para derribar funcionalmente a la Asamblea Nacional y para dificultar sobremanera que esta pueda sustraerse a la correspondiente declaratoria.

El dilema en que el Tribunal Supremo de Justicia puso deliberadamente a la Asamblea Nacional con su jurisprudencia autoritaria era el de escoger entre “obedecer” órdenes judiciales evidentemente inconstitucionales y antidemocráticas, o cumplirlas y quedar atrapada en la camisa de fuerza o en los estrechos linderos que el oficialismo impondría judicialmente. El punto de partida de esos desafueros judiciales fueron sentencias que jurídicamente eran de imposible ejecución, relativas a los diputados electos en el estado Amazonas y la Región Sur Indígena. Conviene, en este sentido, apuntar que la desincorporación de un diputado que ya ha sido juramentado como miembro del cuerpo es una figura inexistente en el ordenamiento jurídico nacional. Su incorporación y su calificación como diputado por el Parlamento ante la exhibición de la proclamación correspondiente es un acto irrevisable por el propio órgano, dado que quien haya sido proclamado como diputado por el Consejo Nacional Electoral adquiere tal condición, de acuerdo con la Constitución, al iniciarse allí el mandato parlamentario (art. 200).⁴⁹ De tal modo que solo una decisión judicial firme referida a la validez de la elección y proclamación correspondiente podría dar lugar a que la Asamblea Nacional dejara constancia de la pérdida de la condición de miembro del cuerpo parlamentario de la persona involucrada. Esto, más que una desincorporación, sería un decaimiento⁵⁰ de la condición de diputado, verificado por la plenaria.

Otro aspecto de la construcción judicial del desacato que merece severas críticas es el alcance anulatorio material y temporal de la decisión, ya que quebranta palmariamente el principio de proporcionalidad. En el supuesto de que

49 Véase Orlando Tovar, *Derecho parlamentario*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1973, pp. 45 y ss.

50 José Guillermo Andueza, *El Congreso*, Caracas, Ediciones del Congreso de la República, 1993, p. 104.

fuese constitucionalmente admisible dictar una medida cautelar para prohibir la juramentación e incorporación de algún diputado proclamado por la Asamblea Nacional, su incorporación no podría racional o razonablemente traducirse en la invalidación general del órgano parlamentario sino, a lo sumo, en la anulabilidad de los actos aprobados en la plenaria para cuya adopción hubiera sido determinante la participación en la votación del diputado correspondiente. Esto presupone que haya estado presente en la sesión respectiva y que la diferencia de votos entre las alternativas consideradas por el cuerpo fuera tan estrecha como para dar relevancia a su participación, lo cual podría plantearse también en los casos en que se exigen mayorías calificadas.

En esta dirección apunta un dictamen de la Oficina de Investigación y Asesoría Jurídica del Congreso de la República, relativo al valor de las decisiones tomadas con la participación de un diputado que se encontraba suspendido en el ejercicio de sus funciones a causa del allanamiento de su inmunidad, acordado por la Cámara. En dicha opinión se concluye que “en todo asunto en el cual el supuesto voto del congresista suspendido ha sido decisivo, la actuación es nula. Dicho con otras palabras, y a la inversa, si no se cumple el extremo del voto decisivo, se mantiene la validez del acto, pues no toda irregularidad genera nulidad”.⁵¹ Igual criterio se sostuvo en relación con la participación en la votación de un diputado suplente aún no incorporado.⁵²

Esto no es más que la aplicación de principios generales del derecho y concretos del derecho parlamentario. Es, en primer lugar, una consecuencia del principio de proporcionalidad, pues resulta evidentemente excesivo declarar *ex ante* la nulidad de todos los actos que dicte el Parlamento “con la juramentación”⁵³ de un diputado indebidamente incorporado. El hecho de que medie una decisión judicial que prohíba la incorporación no cambia esta conclusión. Sobre todo, si se considera el ámbito en que este principio está siendo invocado: el del funcionamiento del Parlamento como expresión por excelencia del principio democrático. Así como en el derecho electoral rige la norma de respetar la voluntad de los electores, en materia parlamentaria impera la máxima de conservar en lo posible los actos que sean expresión del pluralismo político y del mismo principio democrático. El propio reglamento de las cámaras o del Congreso o la Asamblea Nacional tiene un carácter instrumental respecto del pluralismo político u otros

51 Congreso de la República de Venezuela, *Doctrina jurídica pública de la Oficina de Investigación y Asesoría Jurídica (1990-1996)*, Libro I, Caracas, Ediciones del Congreso de la República, 1998, pp. 203-205.

52 *Ibid.*, pp. 217-218.

53 Sala Electoral, Sentencia 108 de 1 de agosto de 2016.

principios constitucionales conexos.⁵⁴ De allí que al examinar la fuerza invalidante de las irregularidades cometidas en el procedimiento legislativo se tenga muy en cuenta la incidencia de aquellas sobre las opciones deliberativas y sobre el funcionamiento democrático del cuerpo, y se deseché de plano cualquier pretensión de asumir la nulidad o anulabilidad como efecto ordinario o general de la comisión de irregularidades procedimentales. La propia Sala Constitucional, en una sentencia en la que le convenía servirse de esta doctrina y jurisprudencia constitucional comparada, acudió a ella enfáticamente, aunque en el caso particular debió haber reconocido que el principio democrático sí había sido quebrantado.⁵⁵

Lo expuesto es relevante en relación con la construcción judicial de la tesis del desacato, pues esta afecta todas las esferas de actuación de la Asamblea Nacional, entre ellas la legislativa. Adicionalmente, el principio democrático domina toda la actividad de la Asamblea Nacional y le otorga una singular legitimidad, ya que la soberanía popular, de la cual emanan y a la cual están sometidos todos los órganos del Estado (art. 5 de la Constitución), encuentra en dicho órgano una manifestación calificada, por la elección directa de sus integrantes y el pluralismo que distingue al Parlamento con carácter estructural.

La construcción de la categoría del desacato, como declaración judicial que incapacita para actuar a un órgano constitucional del Estado, que encabeza una de las ramas fundamentales del Poder Público, es aberrante y es un aporte del Tribunal Supremo de Justicia al inventario procesal de los sistemas de dominación autoritaria. Se trata de una tesis falaz que, al ser usada contra la Asamblea Nacional, como órgano representativo que refleja el pluralismo político, y al implicar su anulación como cuerpo legislativo y de control, derriba a la democracia misma y al Estado de derecho.

La figura del desacato no está prevista en nuestra legislación, ni siquiera como tipo delictivo. Si se piensa en la inobservancia de una orden judicial como posible hecho punible, cabría aludir al precepto referido a la desobediencia a la autoridad, contemplado como falta en la legislación penal. También hay proximidad con el delito de incumplimiento del mandamiento de amparo constitucional, establecido en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, convertido indebidamente por la Sala Constitucional en un ilícito constitucional que ella misma puede sancionar. Por otro lado, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia regula infracciones administrativas

54 Fernando Santaolalla, *Derecho parlamentario español*, Madrid, Espasa Calpe, 1990, pp. 44 y ss.

55 Sala Constitucional, Sentencia 1.718 de 20 de agosto de 2004.

sancionables con multa en supuestos de desacato a sentencias u órdenes emanadas de cualesquiera de sus salas (arts. 121 a 123). Pero la Sala Electoral y la Sala Constitucional, al declarar a la Asamblea Nacional en desacato, han ido evidentemente mucho más allá de cualquiera de estas previsiones relativas a la *responsabilidad individual* generada por el incumplimiento de determinadas decisiones judiciales. Han introducido un plus que radica en la constatación judicial, sin garantía del debido proceso, del supuesto desacato de un órgano del Estado a sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, que da lugar a la declaración judicial de invalidez de todos sus actos, presentes o futuros, mientras esta situación se mantenga. Se trata, pues, de desplazar los instrumentos previstos en la ley para procurar el cumplimiento o la ejecución de las decisiones judiciales, tales como las sanciones penales, administrativas o disciplinarias aplicables a los funcionarios responsables de la inobservancia, para reemplazarlos por una figura ajena al marco normativo, violatoria por ello del principio de legalidad (art. 137 de la Constitución), que permite menoscabar las posibilidades de acción jurídica del órgano supuestamente renuente al cumplimiento, así como su sustitución por otra instancia estatal.

Dicho plus es adicionalmente contrario a la distribución constitucional del Poder Público Nacional y, en tal sentido, representa una usurpación de funciones lesivas del artículo 138 de la Constitución. La Sala Constitucional ha llevado su tesis al extremo de autorizar al Ejecutivo Nacional para aprobar el presupuesto de la nación, sin intervención alguna de la Asamblea Nacional, y de considerarse a sí misma facultada para ejercer funciones de control sobre la propuesta y la ejecución presupuestarias.⁵⁶ En otras materias esta Sala ha pretendido, igualmente, asumir atribuciones del Parlamento o determinar la instancia llamada a hacerlo,⁵⁷ como ha ocurrido, especialmente desde que se instaló la espuria asamblea nacional constituyente, con el allanamiento de la inmunidad parlamentaria

56 Jesús María Casal, *Asamblea Nacional: conquista democrática vs. demolición autoritaria*, *op. cit.*, pp. 125 y ss.

57 Véanse, especialmente, las sentencias de la Sala Constitucional 155 y 156 de 28 y 29 de marzo de 2017, que fueron calificadas como una ruptura del orden constitucional por la fiscal general de la República, lo cual motivó que fueran luego enmendadas, retórica e ilícitamente, por las decisiones 157 y 158 de 1 de abril de 2017 de la misma Sala. La Sentencia 155 implicaba, entre otras cosas, cercenar la inmunidad parlamentaria, bajo la invocación del desacato como pretexto, y la 156 asumía explícitamente y con todas sus consecuencias la tesis de la sustitución de la Asamblea Nacional por la Sala o por el órgano que ella determinara. Las supuestas “aclaratorias” contenidas en las decisiones 157 y 158 dejaron intactos los fundamentos de esta aberrante tesis, pero omitieron algunas expresiones imprudentes.

y otras atribuciones exclusivas e indelegables de la Asamblea Nacional, que han sido usurpadas por ese cuerpo antidemocrático, con la aquiescencia de dicha sala.

El aspecto neurálgico de la arbitrariedad de la construcción judicial del desacato reside precisamente en su aplicación a un órgano constitucional del Estado, directamente legitimado además por el voto popular, como factor determinante de la invalidez de todos sus actos y de su propia clausura y sustitución como instancia apta para ejercer sus atribuciones constitucionales. Algo muy distinto sería que se declarara la nulidad de algún acto de la Asamblea Nacional, o del órgano del Estado condenado en juicio, dictado en abierto desacato a lo ordenado en una sentencia de la Sala Constitucional, emitida contra dicho órgano en ejercicio del control de constitucionalidad, cuando ello quedara comprendido bajo la ejecución del fallo judicial, o la cosa juzgada pudiera considerarse extensible al nuevo acto. En algunos sistemas, los poderes de ejecución de las sentencias del tribunal constitucional pueden generar consecuencias anulatorias en dicha fase procesal, dada la amplitud de la habilitación legal para asegurar la ejecución de lo decidido y la correlativa interpretación jurisprudencial.⁵⁸ Pero en ningún caso se admite la inhabilitación funcional general del Parlamento.

Conviene reiterar que la Sala Constitucional, antes de la declaración del supuesto desacato de la Asamblea Nacional, había invocado el pretendido incumplimiento de sus propios criterios y decisiones como causal anulatoria autónoma de actos parlamentarios. Esta fue una primera muestra, embrionaria o a pequeña escala, de aquella descabellada declaración. Prueba de ello son las sentencias de la Sala Constitucional en que se anularon actos del Parlamento por haber desatendido alguna de las prescripciones contenidas en la Sentencia 269/2016, relativa al Reglamento Interior y de Debates. Aquí es necesario traer a colación los principios antes esbozados sobre los parámetros para la declaratoria de nulidad de las leyes por vicios en el procedimiento de formación, y su extensión matizada a otras actividades parlamentarias. Resulta absurdo que la inobservancia de alguna pauta interpretativa fijada por la Sala Constitucional en alguna sentencia relativa a la Asamblea Nacional, emitida en un caso distinto al que luego conoce, dé lugar automáticamente a la anulación de la norma o acto supuestamente aprobado sin sujeción a aquella.

La forma en que la Sala Constitucional razona al declarar estas nulidades evoca en alguna medida sus decisiones revisoras adoptadas con base en el artículo 335 de la Constitución, respecto de pronunciamientos judiciales que se hayan apartado de su jurisprudencia vinculante. Dejando de lado ahora las críticas que merece el modo en que la Sala ha perfilado y aplicado esa facultad, lo cierto es

⁵⁸ Respecto del caso alemán, véase Klaus Schlaich y Stefan Koriototh, *op. cit.*, pp. 329 y ss.

que no puede equipararse la relación de la Sala Constitucional con los demás tribunales de la República con la que se entabla entre ella y la Asamblea Nacional.⁵⁹ Por lo pronto, hay que subrayar que no existe sustento jurídico para pretender que cualquier inobservancia a un criterio de la Sala Constitucional deba conducir a la anulación del acto parlamentario en cuestión. El carácter invalidante de una irregularidad no depende de que la norma infringida haya sido interpretada o construida por la Sala Constitucional, sino de la consideración del principio democrático y de los demás que estén implicados.

Pero la Sala Constitucional, tácitamente afincada en el principio de obediencia ciega o absoluta como valor fundamental de un régimen autoritario, ha procedido, por ejemplo, a anular todo lo resuelto en una sesión por el solo hecho de que el orden del día haya sido modificado por la plenaria después de su inserción en el sistema automatizado,⁶⁰ sin examinar si realmente esa inserción impactó seriamente en las oportunidades deliberativas y sin tener en cuenta el principio de proporcionalidad; todo ello por supuesto bajo la premisa, negada, de que tal criterio, lesivo de las atribuciones del cuerpo para resolver sobre los temas por discutir, incluso sobrevenidos, tuviera sustento jurídico. Esta primera ruptura de la racionalidad jurídica, asociada a una lectura errónea de la función judicial, en la cual prevalece la idea de la orden o el mandato sobre la de la argumentación racional y la mensurabilidad como bases de la administración de justicia, cristalizó luego de manera expansiva en la construcción de la tesis del desacato arriba objetada.

Una mirada comparativa

En una mirada al derecho comparado, un ejemplo digno de mención es la controversia jurídico-constitucional relativa a un eventual referendo sobre la independencia de Cataluña, porque dio lugar a una lucha prolongada en la que se ampliaron los poderes de ejecución del Tribunal Constitucional, mediante modificaciones a su Ley Orgánica, para contener la rebeldía frente a decisiones de ese Tribunal en que incurrían órganos y servidores públicos de dicha Comunidad Autónoma favorables a esa convocatoria. En 2015, el Gobierno español promovió iniciativas legislativas destinadas a reformar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que resultaron aprobadas, una de las cuales estuvo destinada a dotar a este Tribunal de mayores atribuciones para asegurar el cumplimiento de

59 Jesús María Casal, *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello y Fundación Konrad Adenauer, 2015, pp. 81 y ss. y 155 y ss.

60 Sala Constitucional, sentencias 614 de 19 de julio de 2016 y 797 de 19 de agosto de 2016.

sus decisiones, visto el desconocimiento de estas por autoridades de la Generalidad de Cataluña.⁶¹

En uno de los autos judiciales emitidos ya en vigencia de la reforma correspondiente, el Tribunal Constitucional resolvió un nuevo incidente de ejecución referido al incumplimiento de sentencias que había dictado respecto de la nulidad de actos adoptados por el Parlamento catalán, encaminados a viabilizar una consulta popular sobre la independencia de Cataluña.⁶² La insistencia de este Parlamento en avanzar en la dirección que el Tribunal Constitucional ya había censurado llevó al Gobierno español a incoar un incidente de ejecución de las respectivas decisiones, el cual fue estimado, es decir, declarado con lugar, lo que condujo a ese Tribunal a declarar la nulidad de los apartados de la resolución correspondiente contrarios a lo que previamente había establecido; a ordenar la notificación personal de la presidenta del Parlamento de Cataluña, de los demás miembros de la Mesa del Parlamento y de otras autoridades mencionadas, advirtiéndoles que se abstuvieran de realizar actuaciones dirigidas a implementar los apartados anulados de la resolución respectiva, con apercibimiento de las sanciones aplicables en caso de inobservancia; y a acordar deducir testimonios de particulares a fin de que el Ministerio Público procediera, en su caso, a exigir la responsabilidad penal de las autoridades o funcionarios que se identificaban en el auto dictado. La decisión aclaró que no era competencia del Tribunal Constitucional resolver si la conducta de la presidenta del Parlamento de Cataluña y demás personas señaladas era constitutiva de infracción penal.⁶³ De esta forma, el Tribunal Constitucional emitió un pronunciamiento más sobre un conflicto que se ha extendido por varios años, en el que ha anulado actos del Parlamento catalán en vía principal y en ejecución de sentencias previas.

Las normas de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español que se refieren a las facultades con que cuenta para la ejecución de sus propias decisiones son fundamentalmente los artículos 87 y 92, según los cuales sus sentencias y resoluciones son consideradas títulos ejecutivos, a los efectos del auxilio que puede requerirse a los juzgados y tribunales. Se contemplan medidas de diversa naturaleza destinadas a garantizar su cumplimiento: la anulación de actos dictados en contravención a lo decidido; la imposición de multas coercitivas a las autoridades o los funcionarios renuentes al acatamiento o su suspensión en el

61 Germán Fernández Farreres, “Las nuevas facultades del Tribunal Constitucional para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 112, 2018, pp. 15 y ss.

62 Auto del Tribunal Constitucional Español 24/2017 de 14 de febrero.

63 *Idem*.

ejercicio de sus funciones; la ejecución sustitutoria, en algunos supuestos, de las resoluciones que dicte; y la deducción de testimonios de particulares a fin de exigir la responsabilidad penal, lo cual se ha traducido en remitir lo conducente al Ministerio Público para que evalúe si estima pertinente ejercer acciones penales. Con ello, ese Tribunal respetó la línea divisoria entre sus propias atribuciones y las del orden jurisdiccional penal. Es importante destacar que la adopción de tales medidas está precedida de un incidente, con garantía del derecho a ser oído para las partes. Solo en “circunstancias de especial transcendencia constitucional” y cuando se trate de asegurar la observancia de la suspensión de disposiciones o actos impugnados, según lo indicado en el artículo 92.5, este derecho se ejerce con posterioridad a la toma de la decisión relativa a la ejecución.

Esta reforma legislativa estuvo rodeada de controversias, por su motivación política y la forma precipitada de su tramitación, en una materia institucional de tanta relevancia, como la regulación del Tribunal Constitucional, en la que es aconsejable recabar un amplio consenso. Además, se ha sostenido que ante la situación mencionada de rebeldía de las autoridades catalanas, la Constitución señalaba un camino en su artículo 155, y que algunas de las modificaciones introducidas en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional fueron innecesarias o intrascendentes, por referirse a medidas en esencia ya admisibles según el texto legal precedente, y otras exorbitantes, como la suspensión de autoridades o funcionarios, mientras que algunos autores han defendido el alcance de las reformas.⁶⁴

Los hechos posteriores demuestran que todo desembocó en la aplicación del artículo 155 de la Constitución, junto al procesamiento penal de los implicados. Lo que interesa poner de relieve en este estudio, sin embargo, es que, pese a la apuesta del Gobierno español por el incremento de los poderes de ejecución del Tribunal Constitucional, la regulación legal y la interpretación a que ha sido sometida se han mantenido, en términos generales, dentro de los límites funcionales de un Tribunal Constitucional y del ámbito propio de la ejecución de sentencias, y han preservado garantías básicas del debido proceso, sin perjuicio de las fundadas críticas formuladas, concernientes a la facultad de suspender autoridades o funcionarios –que no ha sido aplicada–, la cual fue objetada por la opinión citada de la Comisión de Venecia, especialmente en lo que respecta

64 Germán Fernández Farreres, *op. cit.*, pp. 15 y ss.; Ignacio Villaverde Menéndez, *op. cit.*, pp. 643 y ss.; Alejandro Torres Gutiérrez, “Estudio de las recientes reformas de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en España: la LO 12/2015, de 22 de septiembre, y la LO 15/2015, de 16 de octubre”, *Civitas Europa*, núm. 35, 2015, pp. 289 y ss. Disponible en: <https://www.cairn.info/revue-civitas-europa-2015-2-page-289.htm#noi8>

a cargos electivos,⁶⁵ y por parte de la doctrina, o del rechazo a la posibilidad de posponer la oportunidad de defensa a la adopción de determinadas medidas de ejecución.⁶⁶ La Comisión de Venecia manifestó igualmente reservas en relación con la posibilidad de que el Tribunal Constitucional procediera de oficio a iniciar el incidente de ejecución o a anticipar una resolución sobre la ejecución a la oportunidad del contradictorio; aconsejó que, a fin de preservar la imagen del Tribunal como árbitro neutral, este dejara siempre la iniciativa a las partes. También cuestionó la regulación sobre las multas coercitivas, porque conferir al Tribunal Constitucional la competencia para imponerlas exponía su autoridad a una situación en la que ya habría quedado en evidencia una primera renuencia al cumplimiento.⁶⁷

La modificación legislativa no puede calificarse de modélica, por estas y otras razones antes mencionadas, pero justamente lo que se intenta evidenciar es que incluso una respuesta institucional dirigida a expandir las atribuciones de ejecución de un tribunal constitucional, como la dada en España, seriamente controvertida, se mantiene bastante lejos de la arremetida ejecutora autoritaria de la Sala Constitucional venezolana. La reforma legislativa ha reconocido o confirmado y ampliado potestades del Tribunal Constitucional ligadas a la ejecución de sentencias, como la anulación de actos, la ejecución sustitutoria de ciertas resoluciones, la imposición de multas coercitivas, la suspensión de autoridades o funcionarios o la remisión de informes al Ministerio Público, estas tres últimas referidas a las personas naturales presuntamente causantes del incumplimiento, y ninguna consistente en la limitación o inhabilitación funcional de un órgano del Estado. La ejecución sustitutiva a que alude esa ley, importa aclararlo, no guarda relación con la sustitución *ad casum* del Parlamento a la que la Sala Constitucional ya está habituada.

Lo anteriormente expuesto, incluyendo esas últimas críticas, dista enormemente de lo que ha ocurrido con la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que en su afán por expandir sus poderes para la ejecución de sus fallos ha aducido, primero, la necesidad de garantizar la ejecución de sus decisiones en materia de amparo para arrogarse facultades sancionatorias, abandonando el espacio legítimo de la ejecución de sentencias y desplazándose hacia el de la sanción penal. Así, pervirtió lo establecido en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, al

65 CDL-AD(2017)003, cit., párrs. 54 y ss.

66 Gregorio Cámara Villar y José Antonio Montilla Martos, "Insólita reforma", *El País*. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2015/09/08/opinion/1441725494_451106.html

67 CDL-AD(2017)003, cit., párrs. 46 y ss., 68 y 75.

transformar el tipo penal allí contemplado en un ilícito constitucional merecedor de privación de la libertad, acordada por la misma Sala Constitucional, vulnerando el principio de la legalidad sancionatoria, el debido proceso, el derecho al juez natural y la presunción de inocencia, entre otros principios constitucionales. En algunas decisiones, la Sala Constitucional ha advertido a los miembros de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional, e incluso a los diputados de la mayoría parlamentaria, sobre el desacato al mandamiento de amparo cautelar en que podrían incurrir o haber incurrido en procedimientos judiciales aún en curso en los que todavía no se ha dictado pronunciamiento referido al supuesto “ilícito constitucional”.⁶⁸

Y el segundo paso de la Sala Constitucional, en su empeño por atribuirse potestades para la suspensión de un poder fundamental del Estado y de la democracia, bajo el pretexto del incumplimiento a una sentencia, lo representa la construcción judicial del desacato de la Asamblea Nacional. He aquí otra diferencia significativa con el caso español. La Sala Constitucional lo ha hecho no solo al margen sino a costa del legislador y de la ley. Al hacerlo, además, ha negado sistemáticamente el derecho de la Asamblea Nacional y de sus autoridades a ser oídas, no solo en fase ejecutiva, sino en el procedimiento principal, ante lo cual es preciso observar que no puede haber desacato judicial si no ha habido posibilidad de defensa, pues las sentencias que pretenden dirimir conflictos sobre derechos o competencias solo merecen tal nombre cuando surgen de un proceso con garantía del contradictorio. Hay que enfatizar también que sin bilateralidad en la resolución de una controversia no hay jurisdicción, y que las garantías judiciales tampoco existen cuando está ausente la figura misma del juez, independiente, imparcial, que necesita oír a las partes, porque no quiere equivocarse, porque quiere dar a cada uno lo suyo.

Adicionalmente, los casos en los que la Asamblea Nacional, según la Sala Constitucional, habría incurrido en desacato, no obedecieron realmente a una determinación de inobservar cualquier decisión del Tribunal Supremo de Justicia. Se trató más bien de situaciones en las cuales ceñirse a todo lo dispuesto en una resolución judicial implicaba que la Asamblea Nacional se negara a sí misma como órgano constitucional autónomo con facultades de control y de legislación. Una de las manifestaciones más notorias de las consecuencias de la tesis del desacato, consistente en el desconocimiento por el Tribunal Supremo de Justicia de la validez de la elección parlamentaria de las sucesivas juntas directivas de

68 Véase Sala Constitucional, sentencias 948, de 15 de noviembre de 2016 y 7 de 26 de enero de 2017.

la Asamblea Nacional, desde enero de 2017, junto a las vejatorias condiciones⁶⁹ judicialmente establecidas para superar la declaratoria de desacato, hace patente que aquella es una construcción orientada a que el Parlamento, al someterse a pautas que suprimen su autonomía constitucional, se autoliquide, abdicando de lo único que depende de sí mismo y que puede conservar pese a la embestida judicial: su propia dignidad institucional y su respetabilidad ante el electorado. La situación de inhabilitación funcional impuesta por un Tribunal Supremo de Justicia de composición irregular es, pues, de alguna manera, un desenlace previsible del ataque político-institucional contra la Asamblea Nacional ejecutado por un gobierno que no acepta el control ni la división de poderes, frente a una mayoría parlamentaria que no se ha rendido ante la arbitrariedad.

La tesis del desacato, como causal de invalidación general y apriorística de la actuación del Parlamento, construida por el Tribunal Supremo de Justicia para ser aplicada a un órgano constitucional e insustituible del Estado y decapitarlo funcionalmente, rompe por completo con toda racionalidad jurídico-constitucional y democrática. Es una figura que, por sus implicaciones, solo puede surgir en un contexto de creciente y profundo socavamiento de la institucionalidad democrática, en circunstancias en las cuales los jueces constitucionales son gen darmes de un régimen de dominación ideológica excluyente, en el que es posible concebir como natural un mandato de obediencia ciega al poder que, de existir incumplimiento, aniquile el espacio institucional democrático por excelencia y la soberanía popular que encarna.

REFLEXIONES FINALES

Venezuela ha sufrido una devastación de la institucionalidad democrática que ha implicado violaciones masivas de derechos humanos y el cierre de los cauces electorales que hubieran permitido una canalización adecuada del conflicto político. Después de acceder a la presidencia de la República por vía electoral, Hugo Chávez y las fuerzas que lo respaldaron iniciaron un proceso de socavamiento de las frágiles bases republicanas y, correlativamente, de concentración de poderes en un liderazgo personalista, que prontamente se deshizo de los límites al ejercicio del gobierno previstos en la Constitución. La Asamblea Nacional Constituyente operó en este contexto como instrumento para la subordinación política

⁶⁹ Vejatorias porque la Sala ha ido agregando más sentencias o criterios a los pretendidos incumplimientos de la Asamblea Nacional y de su Junta Directiva, que tendrían que ser reconocidos y revertidos para superar la situación de desacato.

de los órganos de control, que fueron certeramente neutralizados desde el principio, con algunas resistencias que no tardaron en ser sofocadas. Dicha Asamblea condicionó incluso el valor normativo de la naciente Constitución de 1999 por medio de un irrito régimen transitorio no aprobado por el pueblo, que abrió la senda de la desconstitucionalización. El Estado de derecho nunca pudo germinar en estas circunstancias y fue, en realidad, una idea ajena al proyecto político en desarrollo. No todo fue una evolución lineal desde entonces hasta el presente, ni todos los factores que en un comienzo apoyaron a Hugo Chávez compartían una misma visión ideológica ni coincidían en los objetivos últimos que querían ser logrados, pero el ímpetu mesiánico o carismático que animó el cambio político derribó con facilidad las barreras jurídicas formalmente contempladas.

La Constitución fue, en buena medida, víctima de estas desviaciones, al tiempo que algunas de sus normas las facilitaron. Sin embargo, los hechos han ido mucho más allá de lo que aquella prescribe y el desenlace autoritario no hubiera sido posible, al menos en la forma y con la profundidad que lo caracterizan, sin la participación activa de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. En estas coordenadas, el examen del cumplimiento o ejecución de las sentencias de la Corte IDH y las de la propia Sala Constitucional adquiere un cariz muy particular. Se invierten algunos de los términos con los que suelen abordarse estos temas. La Sala Constitucional difícilmente podía mostrarse amigable respecto de la protección internacional de derechos humanos cuando la soltura que había conseguido el Gobierno al doblar la institucionalidad era puesta en entredicho por controles internacionales efectivos. Tampoco era esperable que aceptara ver menoscabado su rol de máximo garante de la creciente dominación autoritaria.

De allí que los problemas ligados a la observancia o ejecución de tales sentencias se han referido, en relación con la Corte IDH, al desconocimiento de la legitimidad o de las bases filosófico-jurídicas del mismo SIDH, a la ausencia de cumplimiento de las decisiones de sus órganos y a la ruptura, mientras que los relacionados con las sentencias de la propia Sala han consistido no tanto en las insuficiencias cuanto en los excesos de los medios de ejecución. Más aún, la degradación institucional ha sido de tal calado que la ejecución de los fallos de la jurisdicción constitucional se sale del marco conceptual dentro del cual tiene sentido, ya que dicha ejecución ha de estar al servicio de la justicia o del derecho ordinariamente encarnado en la sentencia. Si esta no es expresión de la jurisdicción ni de un derecho material rectamente aplicado, sino del juego de intereses y de la embestida ideológica del régimen imperante, carece de las propiedades para que deba ser respetada y merezca ser ejecutada. Las páginas precedentes han tratado de explicar esta faceta de la actuación autoritaria de la Sala Constitucional en Venezuela.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDUEZA, José Guillermo, *El Congreso*, Caracas, Ediciones del Congreso de la República, 1993.
- AYALA CORAO, Carlos, “La doctrina de la inejecución de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)”, en Armin VON BOGDANDY, Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización*, t. II, México, UNAM / Max-Planck-Institut.
- , *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, México, Fundap, 2000.
- BREWER-CARÍAS, Allan, *Dictadura judicial y perversión del Estado de derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2016.
- CÁMARA VILLAR, Gregorio y José Antonio MONTILLA MARTOS, “Insólita reforma”, *El País*. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2015/09/08/opinion/1441725494_451106.html.
- CASAL, Jesús María, *Asamblea Nacional: conquista democrática vs. demolición autoritaria. Elementos de la argumentación y práctica judicial autoritaria de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*, Caracas, UCAB, 2017.
- , *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello y Fundación Konrad Adenauer, 2015.
- , “Justicia constitucional y derechos fundamentales en Venezuela”, en Víctor BAZÁN y Claudio NASH (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela*, Montevideo, Universidad de Chile / Fundación Konrad Adenauer, 2009, pp. 87 y ss.
- , *Constitución y Justicia Constitucional*, Caracas, UCAB, 2004.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA, *Doctrina jurídica pública de la Oficina de Investigación y Asesoría Jurídica (1990-1996)*, Libro I, Caracas, Ediciones del Congreso de la República, 1998.
- EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW, CDL-AD(2017)003: *Opinion on the Law of 16 October 2015 amending the Organic Law 2/1979 on the Constitutional Court*, adopted by the Venice Commission at its 110th plenary session (Venice, 10-11 march 2017).
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional*, Coímbra, Livraria Almedina, 1993.
- HERNÁNDEZ G., José Ignacio, “El asedio a la Asamblea Nacional. A modo de presentación”, en Allan Brewer-Carías, *Dictadura judicial y perversión del Estado de derecho. La*

Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2016.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, “Las nuevas facultades del Tribunal Constitucional para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 112, 2018, pp. 15 y ss.

SACHS, Michael, *Verfassungsprozessrecht*, Mohr Siebeck, 2016.

SALINAS ALCEGA, Sergio, “El nuevo procedimiento de control de la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tras el proceso de Interlaken: la evolución técnica de un mecanismo político”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 36, 2015.

SANTAOLALLA, Fernando, *Derecho parlamentario español*, Madrid, Espasa Calpe, 1990.

SCHLAICH, Klaus y Stefan KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, München, Beck, 2004.

TORRES GUTIÉRREZ, Alejandro, “Estudio de las recientes reformas de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en España: la LO 12/2015, de 22 de septiembre, y la LO 15/2015, de 16 de octubre”, *Civitas Europa*, núm. 35, 2015, pp. 289 y ss. Disponible en: <https://www.cairn.info/revue-civitas-europa-2015-2-page-289.htm#noi8>

TOVAR, Orlando, *Derecho parlamentario*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1973.

VARGAS PAVEZ, Macarena, “Hacia la desjudicialización de la ejecución civil”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, 2013, pp. 135 y ss.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “Cumplir o ejecutar. La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional y su reciente reforma”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016, pp. 643 y ss

