

De las violaciones masivas a los patrones estructurales

Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos⁽¹⁾

por VÍCTOR ABRAMOVICH⁽²⁾

I | Introducción

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha incidido en la última década en el proceso de internacionalización de los sistemas jurídicos en varios países de América Latina. En ese período más países han aceptado la competencia de la Corte Interamericana (como México y Brasil) y le han dado a la Convención Americana rango constitucional o superior a las leyes en sus sistemas jurídicos. Los abogados, los jueces, los operadores jurídicos, los funcionarios y los activistas sociales han aprendi-

(1) Este artículo fue publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú, *Derecho PCP*, n° 63, Lima, 2009, pp. 95/138.

(2) Abogado (UBA). LL.M. (American University, Washington College of Law). Secretario Ejecutivo del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur. Director del Centro de Derechos Humanos (UNLA). Ex Comisionado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA. Profesor Titular de Derechos Humanos (UNLA). Profesor Adjunto de Derechos Humanos y Garantías (UBA).

do mucho más sobre la lógica de funcionamiento del SIDH y han comenzado a utilizarlo, ya no de manera extraordinaria o selectiva. También han comenzado a citar sus decisiones y argumentar con sus precedentes en las cortes locales y en los debates sobre políticas públicas. Esto llevó a que la jurisprudencia del SIDH se comenzara a aplicar gradualmente en las decisiones de los tribunales constitucionales y las cortes supremas nacionales, y en los últimos tiempos, aun de manera más débil, en la formulación de algunas políticas estatales. Este proceso de incorporación en el ámbito nacional del derecho internacional de los derechos humanos produjo importantes cambios institucionales.

Como ejemplo, basta señalar que los estándares jurídicos desarrollados por la jurisprudencia de la Comisión Interamericana (CIDH o Comisión) y de la Corte Interamericana (CIDH o Corte) sobre invalidez de las leyes de amnistía de graves violaciones de derechos humanos, le dieron sostén legal a la apertura de los procesos judiciales contra los responsables de crímenes de lesa humanidad, en Perú y Argentina. Esos estándares fijados en el caso "Barrios Altos contra Perú", han sido definitivos para invalidar la ley de autoamnistía del régimen de Fujimori, y sostener el juzgamiento de los crímenes cometidos durante su gobierno,⁽³⁾ pero la decisión del caso ha tenido un efecto cascada e incidido en la argumentación legal de los tribunales argentinos al invalidar las leyes de obediencia debida y punto final.⁽⁴⁾ La jurisprudencia interamericana, también está presente, aunque de manera más tímida, en decisiones recientes de los tribunales superiores de Chile.⁽⁵⁾ Resulta además relevante en los debates sobre reducción de penas en el marco del proceso de paz con los grupos paramilitares en Colombia, así como en el tratamiento político y judicial de los temas pendientes de justicia transicional en Guatemala, el Salvador, Honduras y Uruguay. Recientemente se han presentado ante la CIDH casos sobre crí-

(3) Ver, entre otros casos de aplicación doméstica de la sentencia de "Barrios Altos vs. Perú", el caso "Santiago Martín Rivas", Tribunal Constitucional de Perú, 29 de noviembre de 2005.

(4) CSJN, "Simón, Julio Héctor y otros", Corte Suprema de Argentina, 14 de junio de 2005.

(5) La CIDH invalidó la autoamnistía chilena en el caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", CIDH, 26 de septiembre de 2006. Sin citar este precedente, pueden encontrarse argumentos de derecho internacional humanitario y de derechos humanos internacional en los fundamentos de las decisiones de la Corte Suprema chilena que invalidaron constitucionalmente esa norma. Ver "Hechos acaecidos en el regimiento Cerro Chena", Segunda Sala de la Corte Suprema de Chile, 13 de marzo de 2007.

menes de lesa humanidad cometidos en el período de la “guerra fría” en Brasil,⁽⁶⁾ Bolivia⁽⁷⁾ y México, lo que ha incidido en las discusiones políticas y judiciales locales.⁽⁸⁾

Este proceso, sin embargo, no es lineal. Enfrenta problemas y obstáculos y ha sufrido también algunos retrocesos. El SIDH, por lo demás, se encuentra en un período de fuertes debates, que procuran definir sus prioridades temáticas y su lógica de intervención, en un nuevo escenario político regional de democracias deficitarias y excluyentes, diferente del escenario político que lo vio nacer y dar sus primeros pasos, en el marco de los procesos dictatoriales en Sudamérica en los años 70 y los conflictos armados centroamericanos de los 80.

Este artículo procura presentar un panorama general de algunas discusiones estratégicas que tienen lugar tanto al interior de los órganos interamericanos, como de la comunidad de derechos humanos, acerca del rol del SIDH en el escenario político regional.

En primer lugar, procuraremos identificar el rol jugado por los órganos del SIDH en tres momentos históricos diferenciados, planteando en cada etapa las prioridades temáticas y las estrategias principales de intervención. Así, describiremos el rol del SIDH en la actualidad, su carácter subsidiario de los sistemas democráticos, su uso estratégico por la sociedad civil local e internacional, y por los gobiernos y otras instancias estatales.

En la segunda parte del artículo describiremos la ampliación de la agenda del SIDH en temas sociales e institucionales, y presentaremos los desarrollos recientes sobre igualdad estructural y reconocimiento de derechos diferenciados a favor de grupos subordinados. En esta segunda parte llamaremos la atención sobre el enfoque de ciertos conflictos de derechos humanos en la región, como evidencia de patrones sistemáticos de racismo, violencia y exclusión, y relacionaremos esta mirada estructural con la

.....
(6) Ver Demanda de la CIDH ante la CIDH, “Julio Gomez Lund y otros (Guerrilla do Araguaia)”, caso 11.552, contra República Federativa de Brasil, del 26 de marzo de 2009.

(7) Ver Demanda de la CIDH ante la CIDH, “Renato Ticona Estrada y otros”, caso 12.527, contra República de Bolivia, del 08 de agosto de 2007.

(8) Ver Demanda de la CIDH ante la CIDH, “Rosendo Radilla Pacheco, caso 12.511, contra los Estados Unidos Mexicanos, del 15 de marzo de 2008.

puesta en contexto de los casos individuales en el marco de prácticas de violaciones masivas durante las dictaduras. También haremos una presentación sumaria de ciertas objeciones que plantean algunos gobiernos a la ampliación de la agenda, y analizaremos brevemente esas críticas y sus consecuencias en la actuación del SIDH.

Por último, en la tercera parte del artículo, presentaremos sumariamente y con la ayuda de información estadística producida por la CIDH, una agenda preliminar de discusión sobre algunos desafíos del SIDH, en especial la tensión entre sus funciones judiciales y de supervisión, la revisión de sus mecanismos de remedios, sus procedimientos de implementación de decisiones, sus reglas procesales para el litigio de casos colectivos, así como y la relación compleja de articulación y conflicto con los sistemas de justicia nacionales.

2 | Cambio de roles en nuevos escenarios políticos

Es indudable que el rol de los órganos del sistema, tanto de la Comisión como de la Corte, ha variado a la luz del cambio de los escenarios políticos en el continente americano.

En sus inicios el SIDH debió enfrentar violaciones masivas y sistemáticas cometidas bajo sistemas de terrorismo de Estado, o en el marco de violentos conflictos armados internos. Su rol fue, en síntesis, el de un último recurso de justicia para las víctimas de esas violaciones, que no podían acudir a sistemas de justicia interno devastados o manipulados. En esos tiempos iniciales de asfixia política al interior de los Estados nacionales, los Informes sobre países de la Comisión sirvieron para documentar situaciones con rigor técnico, para legitimar las denuncias de las víctimas y sus organizaciones, y para exponer y desgastar la imagen de los dictadores en la esfera local e internacional.

Luego, durante las transiciones post-dictatoriales de la década del 80 y principios de la década del 90, el SIDH tuvo ya un sentido más amplio, pues procuró acompañar los procesos políticos dirigidos al tratamiento del pasado autoritario y sus secuelas en las instituciones democráticas. En

este período, el SIDH comenzó a delinear los principios medulares acerca del derecho a la justicia, a la verdad y a la reparación ante graves violaciones, masivas y sistemáticas, de derechos humanos. Fijó los límites de las leyes de amnistía. Sentó las bases para la protección estricta de la libertad de expresión y la prohibición de la censura previa. Invalidó los tribunales militares para juzgar civiles y casos de derechos humanos, limitando un espacio de acción de las fuerzas militares que eran todavía actores de veto en las transiciones y procuraban impunidad por los crímenes del pasado. Protegió el *habeas corpus*, las garantías procesales y el orden constitucional democrático y la división de poderes estatales, ante la posibilidad —todavía latente en la época— de regresiones autoritarias y de abusos de los estados de excepción.⁽⁹⁾ Interpretó el alcance de las limitaciones que impone la Convención a la aplicación de la pena de muerte, invalidando la pena de muerte a menores de edad y enfermos mentales, la aplicación de pena de muerte como sanción única frente a un crimen, y fijando estándares estrictos de debido proceso, como garantía para limitar la arbitrariedad de los tribunales en la aplicación de la pena capital. Abordó, además, temas sociales que expresaban rezagos discriminatorios en la región, afirmando, por ejemplo, la igualdad ante la ley de las mujeres en sus derechos familiares y matrimoniales, y los derechos hereditarios de los hijos nacidos fuera del matrimonio —que los códigos civiles americanos consideraban todavía como “ilegítimos”—.

Durante la década del 90, además, enfrentó con firmeza regímenes de terrorismo de Estado, como el régimen peruano de Alberto Fujimori, documentando y denunciando, como lo había hecho en Sudamérica en los 70, prácticas sistemáticas de desapariciones y torturas y la impunidad que apañaba esos crímenes de Estado. También fue un actor relevante en el seguimiento de las graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario cometidas en el marco del conflicto armado interno en Colombia.

(9) Ver, al respecto Corte IDH, Opinión Consultiva Nro. 8/87, “El Habeas corpus bajo suspensión de garantías”, del 30 de enero de 2007, y Opinión Consultiva 9/87, “Garantías judiciales en estados de emergencia”, del 6 de octubre de 1987. También la Opinión Consultiva Nro. 6/86, “La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana”, del 9 de mayo de 1986. En estas opiniones la Corte IDH desarrolla una doctrina básica sobre la relación entre derechos humanos, garantías procesales, estado de derecho y sistemas democráticos, con órganos de representación de la voluntad popular.

El actual escenario regional es, sin duda, más complejo. Muchos países de la región dejaron atrás sus experiencias transicionales, pero no lograron consolidar sus sistemas democráticos. Se trata de un escenario de democracias representativas, que han dado algunos pasos importantes, por ejemplo, en la mejora de los sistemas electorales, el respeto a la libertad de prensa, el abandono de las prácticas de violencia política; pero que presentan serias deficiencias institucionales, tales como sistemas de justicia inefectivos y sistemas policiales y penitenciarios violentos. Democracias que además conviven con niveles alarmantes de desigualdad y exclusión que provocan, a su vez, un clima de constante inestabilidad política.

En este nuevo escenario, los órganos del SIDH han procurado no sólo reparar a las víctimas en casos particulares, sino también fijar un cuerpo de principios y estándares, con el propósito de incidir en la calidad de los procesos democráticos y en el fortalecimiento de los principales mecanismos domésticos de protección de derechos. El desafío del SIDH en esta etapa es mejorar las condiciones estructurales que garantizan la efectividad de los derechos en el nivel nacional. Este enfoque tiene como presupuesto el carácter subsidiario de los mecanismos de protección internacional frente a las garantías de esos derechos en los propios Estados. De tal modo que reconoce los límites claros de la supervisión internacional y, al mismo tiempo, resguarda el necesario margen de autonomía de los procesos políticos nacionales, para alcanzar mejores niveles de realización y vigencia de los derechos humanos.

En la etapa de las transiciones, como dijimos, el SIDH contribuyó a algunos debates institucionales como la subordinación de las fuerzas armadas al control civil y su intervención en asuntos de seguridad interna, y al alcance de los fueros y las competencias de la justicia penal militar. Estos asuntos tenían una vinculación directa con el tratamiento de las violaciones del pasado pues implicaban definir el poder de veto o de presión de los militares en las transiciones. En la etapa posterior a las transiciones, la agenda institucional se amplía considerablemente por el tipo de asuntos que llegan a conocimiento del SIDH.

Un lugar central en la nueva agenda del SIDH lo ocupan los temas relativos al funcionamiento de los sistemas de administración de justicia, que tienen impacto o relación con el ejercicio de derechos humanos. No sólo las garantías procesales de los imputados en procesos criminales, sino

también el derecho de ciertas víctimas que no logran un acceso igualitario a la justicia y sufren patrones estructurales de impunidad frente a determinados crímenes estatales, como la violencia de las agencias policiales y penitenciarias. Las estrategias de lucha contra el crimen organizado y el terrorismo internacional han recuperado algunas discusiones de la agenda transicional relativas a la administración de justicia, como el debate sobre la competencia del fuero militar. En ese sentido ha cobrado centralidad el seguimiento de las políticas de seguridad ciudadana. También las garantías de independencia e imparcialidad de los tribunales y diferentes cuestiones relacionadas con la amplia protección convencional del debido proceso y el derecho a la protección judicial, incluso en relación con la tutela judicial de derechos sociales.

Otra línea de problemas institucionales examinados por el SIDH en la etapa post transiciones, es la constituida por aquellos temas vinculados con la preservación de la esfera pública democrática en los países de la región. Desde temas relacionados con libertad de expresión, hasta libertad de prensa, acceso a la información pública, derecho de reunión y asociación, hasta libertad de manifestar y, de manera incipiente, algunos temas relativos a igualdad y debido proceso judicial en materia electoral.

Por lo demás, un aspecto prioritario de la agenda del SIDH en esta etapa lo ocupan nuevas demandas de igualdad de grupos y colectivos, que se proyectan sobre muchos de los asuntos institucionales que antes mencionamos, pues abarcan situaciones de sectores excluidos que ven afectados sus derechos de participación y expresión, sufren patrones de violencia institucional o social, u obstáculos en el acceso a la esfera pública, al sistema político, o a la protección social o judicial. Volveremos específicamente sobre esta cuestión en el punto 4 y 5.

Además de la ampliación de la agenda, también se observa en esta tercera etapa un cambio en las formas de intervención del SIDH, y en el efecto que tienen sus decisiones en la esfera local.

La jurisprudencia del SIDH ha tenido un considerable impacto en la jurisprudencia de los tribunales nacionales que aplican las normas del derecho internacional de los derechos humanos. Es importante considerar que las decisiones adoptadas por los órganos del sistema en un caso particular tienen un valor heurístico, de interpretación de los tratados aplicables al

conflicto, que trasciende a las víctimas afectadas en ese proceso. Esa jurisprudencia internacional suele ser utilizada además como guía para las decisiones que adoptan luego a nivel doméstico los tribunales nacionales, que procuran así evitar que los Estados puedan ser expuestos a peticiones y eventuales condenas ante las instancias internacionales. Este proceso de globalización de estándares de derechos humanos, si bien no ha alcanzado igual grado de desarrollo en toda la región y está sujeto en ocasiones a la precariedad de los sistemas de justicia, ha tenido una indudable incidencia positiva en la transformación de esos mismos sistemas judiciales, y ha generado una mayor atención en las autoridades estatales a los desarrollos del SIDH. Así, los estándares fijados por la Comisión y la jurisprudencia de la Corte, han incidido en diversos cambios jurisprudenciales en los países del área, en temas relacionados con la débil y deficitaria institucionalidad de las democracias latinoamericanas. Podemos mencionar, por ejemplo, la jurisprudencia sobre la despenalización del desacato y de la críticas emitidas por la prensa; el acceso a la información pública; los límites en la persecución penal de manifestaciones públicas pacíficas; la fijación de límites y condiciones objetivas para el uso de la prisión preventiva, de las facultades de detención de las policías, y para el uso de la fuerza pública; la determinación de pautas para un sistema penal diferenciado para los menores de edad; el derecho a apelar ante un tribunal superior las condenas penales; la participación de las víctimas de crímenes de estado en los procesos judiciales. También el reconocimiento de mínimos de debido proceso en la esfera administrativa y la revisión judicial de actos administrativos, y de garantías básicas en los procesos de remoción de magistrados, entre otros asuntos de gran relevancia para el funcionamiento de las instituciones y el orden constitucional en los Estados.⁽¹⁰⁾

Ahora bien, la incidencia del SIDH no se limita al impacto de su jurisprudencia sobre la jurisprudencia de los tribunales locales. Otra vía importante para el fortalecimiento de la institucionalidad democrática en los Estados surge de la capacidad del SIDH de influir en la orientación general de algunas políticas públicas y en los procesos de formulación, implementación, evaluación y fiscalización de las mismas. Así, es común observar que

(10) MENDEZ, JUAN E. y MARIEZCURRENA, JAVIER, "Human Rights in Latin America and The Caribbean: A Regional Perspective", documento enviado para Human Development Report 2000, "Human Rights and Human Development", en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.), *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, CELS y Editores del Puerto, 2007.

las decisiones individuales adoptadas en un caso, suelen imponer a los Estados obligaciones de formular políticas para reparar la situación que da origen a la petición, e incluso establecen el deber de abordar los problemas estructurales que están en la raíz del conflicto analizado en ese caso.

La imposición de estas obligaciones positivas es precedida, por lo general, del examen bajo —estándares jurídicos— de las políticas implementadas, o de la falta de acción (omisión) del Estado. Esas obligaciones pueden consistir en cambios de políticas existentes, en reformas legales, en la implementación de procesos participativos para formular nuevas políticas públicas, y, muchas veces, en la reversión de ciertos patrones de comportamiento que caracterizan el accionar de ciertas instituciones del Estado y que promueven violaciones, por ejemplo, la violencia policial, el abuso y tortura en las prisiones, la aquiescencia del Estado frente a situaciones de violencia doméstica, las políticas de desplazamientos forzoso de población en el marco de conflictos armados, los desalojos masivos de poblaciones indígenas de sus tierras ancestrales.

Además, en el marco de los casos individuales el SIDH, en especial la Comisión promueve procesos de solución amistosa o negociaciones entre los peticionarios y los Estados, en los cuales los Estados muchas veces se comprometen a implementar esas reformas institucionales o crean mecanismos de consulta con la sociedad civil para la definición de políticas. Así, por ejemplo, en el marco de diversos procesos de solución amistosas se ha conseguido que algunos Estados modifiquen sus leyes: que, por ejemplo, deroguen la figura del desacato que permitía la penalización de la crítica política; creen procedimientos para averiguar la verdad sobre el paradero de personas desaparecidas; implementen programas masivos de reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos o programas de reparación colectiva de comunidades afectadas por la violencia; implementen programas públicos de protección de víctimas, testigos y defensores de derechos humanos; revisen procesos penales en los que se había dictado condenas sin debido proceso o revelan el cierre de causas penales en las que se había absuelto de manera fraudulenta a agentes del Estado acusados de violar derechos humanos; adecuen normas del Código Civil que discriminaban a hijos nacidos fuera del matrimonio, o normas del código civil que discriminaban a las mujeres en sus derechos en el matrimonio, implementen leyes de cupos para las mujeres en los procesos electorales, o leyes sobre violencia contra las mujeres, o protocolos para la

realización de abortos no punibles; deroguen leyes migratorias que afectaban derechos civiles de los inmigrantes.

La CIDH realiza, además, recomendaciones sobre políticas públicas en sus informes generales por países. En ellos, analiza situaciones concretas de violaciones y realiza recomendaciones que orientan políticas estatales sobre la base de estándares jurídicos.⁽¹¹⁾

También puede la Comisión emitir informes temáticos que abarcan temas de interés regional o que conciernen a varios Estados. Este tipo de informes tienen un enorme potencial para fijar estándares y principios y relevar situaciones colectivas o problemas estructurales que pueden no estar debidamente reflejados en la agenda de los casos individuales. Tienen, además, una perspectiva promocional más clara que los informes por país, que suelen ser vistos como mecanismos de exposición de los Estados ante la comunidad internacional y sus audiencias locales. A su vez, el proceso de elaboración de los informes temáticos permite a la Comisión dialogar con actores sociales locales e internacionales relevantes para esa temática, recabar la opinión de expertos, de agencias de cooperación e Instituciones Financieras Internacionales, de los órganos políticos y técnicos de la OEA, e iniciar vínculos con los funcionarios encargados de generar en definitiva políticas en los campos analizados.⁽¹²⁾

(11) Ver, como ejemplo de informe sobre la situación de derechos humanos en un país que recoge la agenda de exclusión social y la perspectiva de incidencia en políticas públicas: *"Justicia e Inclusión Social. Los Desafíos de la democracia en Guatemala"*, CIDH, 29 de diciembre de 2003. También: *"Acceso a la Justicia e Inclusión Social. El Camino hacia el Fortalecimiento de la Democracia en Bolivia"*, CIDH, 28 de junio de 2007.

(12) Sobre el valor de los informes temáticos como herramientas de incidencia de la CIDH en el contexto de democracias deficientes en la región, ver el preciso análisis de FARER, TOM, "The Future of the Inter-American Comisión on Human Rights: Promotion versus Exposure", en Juan E. Méndez y Francisco Cox (eds.), *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 515/536. Como ejemplo de este tipo de informes temáticos, ver CIDH, "Informe sobre la Situación de los Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas", 7 de marzo de 2006. Como modelos de informes temáticos pero aplicados a un contexto nacional, ver CIDH, "Las Mujeres frente a la Violencia y la Discriminación derivadas del Conflicto Armado en Colombia", 18 de octubre de 2006; CIDH, "Informe sobre los Derechos de las Mujeres en Chile: La Igualdad en la Familia, el Trabajo y la Política", 27 de marzo de 2009; CIDH, "El Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y Discriminación en Haití", 10 de marzo de 2009.

Por último la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) puede emitir Opiniones Consultivas, que sirven para examinar problemas concretos más allá de los casos contenciosos, y fijar el alcance de las obligaciones estatales que emanan de la Convención Americana y de otros tratados de derechos humanos aplicables en el ámbito regional, tales como la situación jurídica de los trabajadores migrantes, y los derechos humanos de niños y adolescentes. En estas Opiniones consultivas, en ocasiones, la Corte ha intentado fijar marcos jurídicos para el desarrollo de políticas. Así por ejemplo, en la Opinión consultiva 18/03 procura definir una serie de principios que deben orientar las políticas migratorias de los Estados, y en especial el reconocimiento de ciertos derechos sociales básicos a los inmigrantes en situación irregular. En la Opinión consultiva 17/02 procura orientar las políticas dirigidas a la infancia imponiendo límites a las políticas criminales dirigidas a los niños.

3 | El SIDH como escenario del activismo transnacional y de la acción política de los gobiernos

Al mismo tiempo, el SIDH, tanto la Comisión como la Corte, se ha convertido gradualmente en un escenario privilegiado de activismo de la sociedad civil, que ha desplegado estrategias innovadoras para aprovechar en el ámbito nacional la repercusión internacional de los casos y situaciones denunciadas en las denominadas estrategias de bumerán.⁽¹³⁾

Las organizaciones sociales se han valido de este escenario internacional no sólo para denunciar violaciones y hacer visibles ciertas prácticas estatales cuestionadas, sino también para alcanzar posiciones privilegiadas de diálogo con los gobiernos o con aliados al interior de éstos, y para

(13) NELSON, PAUL y DORSEY, ELLEN: "New Rights Advocacy in a Global Public Domain", *European Journal of International Relations*, junio del 2006; RISSE, THOMAS y SIKKINK, KATHRYN, "The Socialization of International Human Rights Norms into Domestic Practices: Introduction", en Risse, T., Ropp, S.C. y Sikkink, K., *The Power of Human Rights. International Norms and Domestic Change*, Cambridge, Cambridge Studies in International Relations, Cambridge University Press, UK, 1999, pp. 1/39; SIKKINK, KATHRYN, "La dimensión Transnacional de los Movimientos Sociales", en Elizabeth Jelin, (comp.), "Más allá de la Nación: Las Escalas Múltiples de los Movimientos Sociales", Buenos Aires, Libros del Zorzal, 2003, pp. 301/335.

revertir las relaciones de fuerza, y alterar la dinámica de algunos procesos políticos. Ello, en ocasiones, ha facilitando la apertura de espacios de participación e incidencia social en la formulación e implementación de políticas, y en el desarrollo de reformas institucionales. También han sido estas organizaciones sociales las que han incorporado con mayor frecuencia los estándares jurídicos fijados por el SIDH como parámetro para evaluar y fiscalizar acciones y políticas de los Estados y, en ocasiones, para impugnarlas ante los tribunales nacionales o ante la opinión pública local e internacional.

En los países de América Latina, muchas organizaciones de derechos humanos y otras organizaciones sociales que actúan con una perspectiva de derechos, —como organizaciones feministas, de control ciudadano, ambientales, y defensoras de usuarios y consumidores, entre otras— además de fiscalizar las acciones estatales, han incorporado nuevas estrategias de diálogo y negociación con los gobiernos, a fin de incidir en la orientación de sus políticas y lograr transformaciones en el funcionamiento de las instituciones públicas. El cambio de perspectiva apunta a incorporar al trabajo tradicional de denuncia de violaciones, una acción preventiva y de promoción capaz de evitarlas.

De tal modo, la comunidad de usuarios del SIDH ha crecido considerablemente en número y se ha vuelto más variada, plural y compleja. El SIDH ha comenzado a ser utilizado de manera mucho más frecuente por las organizaciones sociales locales, y ya no sólo por las clásicas organizaciones internacionales que contribuyeron a darle forma en los primeros tiempos, o por aquellas que se han especializado en sus mecanismos. Algunos de los casos más exitosos en términos de cambios sociales, han sido promovidos y sostenidos por coaliciones o alianzas de “escala múltiple”, esto es con capacidad de actuar en diferentes esferas locales e internacionales. Por lo general se trata de coaliciones formadas por organizaciones internacionales o regionales con experiencia en el uso del SIDH, y organizaciones locales con capacidad de movilización social, diálogo e incidencia en los Gobiernos y en la opinión pública. Este tipo de alianzas ha permitido mejorar la articulación de las estrategias desplegadas en el escenario internacional, con las empleadas en el terreno local.

Al mismo tiempo muchas organizaciones locales han adquirido gradualmente experiencia suficiente para actuar de manera independiente en el

SIDH y, en ocasiones, han impulsado alianzas entre sus pares de otros países del área para impulsar en el SIDH temas regionales de interés común, como la brutalidad policial, el acceso a la información pública o la violencia contra las mujeres.⁽¹⁴⁾ Así, por ejemplo, una red de organizaciones especializadas en temas de violencia policial y sistema penal han promovido que la Comisión se involucre en la preparación de un informe temático sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, fijando estándares claros para orientar políticas de seguridad democráticas en toda la región. También ha sido resultado de la incidencia de redes de organizaciones sociales el reciente informe sobre la situación de los defensores de derechos humanos elaborado por la Comisión y el proceso de seguimiento de sus recomendaciones en los Estados. Asimismo, una red de organizaciones no gubernamentales y medios de prensa comunitarios promueve la adopción por la CIDH de una serie de principios mínimos para la regulación de la radiodifusión.

Además de las organizaciones con perfil jurídico, que suelen representar a víctimas o a grupos de víctimas, determinadas acciones ante el SIDH involucran con frecuencia organizaciones de base o comunitarias que integran también redes o alianzas con aquéllas, para impulsar casos, audiencias temáticas o promover informes de la CIDH. En tal sentido, el trabajo de las Relatorías de la CIDH sobre derechos de los pueblos indígenas y sobre discriminación racial, ha ampliado considerablemente la utilización del SIDH por líderes de pueblos indígenas y de comunidades afroamericanas. También ha aumentado la participación de sindicatos en alianza con organizaciones de derechos humanos, planteando temas relativos a libertad sindical, y justicia laboral y previsional.

En los países donde el SIDH es más conocido, como en Argentina y Perú, abogados particulares han incorporado este escenario internacional como una nueva instancia en el litigio de variados temas; por ejemplo, asuntos previsionales relativos a la demora de los procesos y la aplicación de leyes de emergencia, o las garantías de los imputados en procesos criminales.

.....

(14) Ver, MAC DOWELL SANTOS, CECILIA, "El Activismo legal Transnacional y el Estado: Reflexiones sobre los casos contra Brasil en el marco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en *Revista Sur*, n° 7, Año 4, 2007.

Pero el SIDH también ha sido utilizado de manera activa por algunos Estados o por organismos públicos con competencia en derechos humanos, para iluminar ciertas cuestiones e impulsar agendas nacionales o regionales. Estos procesos se han favorecido con la paulatina conformación de una burocracia estatal especializada en el manejo de estos temas, que suele incidir en algunos aspectos de la gestión pública, tales como secretarías y comisiones de derechos humanos, direcciones especializadas en las Cancillerías, defensorías del pueblo, procuradurías de derechos humanos, defensorías públicas y fiscalías especializadas, entre otras. En ocasiones, cuando los gobiernos tienen políticas claras en esta materia, un caso en el SIDH suele ser considerado por las áreas interesadas del mismo gobierno, como una oportunidad de incidencia política, para superar resistencias en el propio Estado o en otros sectores sociales. Esto puede observarse con claridad en algunos procesos de solución amistosa que motivaron cambios en la legislación y en políticas nacionales.⁽¹⁵⁾ En ocasiones, los peticionarios son también agencias públicas independientes que litigan y, en ocasiones, negocian con la representación del gobierno. El ejemplo frecuente son las defensorías públicas penales que se han convertido en usuarios importante del SIDH.

Algunos Estados han utilizado, por ejemplo, las Opiniones Consultivas de la Corte para impulsar temas de derechos humanos que ocupan un espacio central en su política exterior, como la protección de sus nacionales que emigran a los países centrales. Fue precisamente México el que promovió los pronunciamientos del sistema sobre asistencia consular en procesos con pena capital y sobre derechos laborales de inmigrantes en situación irregular, logrando que Estados Unidos se presentara ante la Corte como *Amicus Curiae* a defender los postulados de sus propias políticas. Recientemente el gobierno argentino, de manera articulada con algunas organizaciones sociales, promovió una discusión sobre la legalidad de la práctica de nombramiento de jueces *ad hoc* por los Estados en los litigios ante la Corte, y la potencial afectación del principio de imparcialidad. En los últimos tres años se han presentado, además, dos demandas interestatales, por primera vez desde la entrada en vigencia de la Convención Americana.⁽¹⁶⁾

(15) Ver TISCORNIA, SOFIA, *Activismo de los Derechos Humanos y Burocracias Estatales. El caso Walter Bulacio*, Buenos Aires CELS y Editores del Puerto, 2008.

(16) Ver CIDH, Informe 11/2007, caso interestatal 01/06, "Nicaragua contra Costa Rica", del 8 de marzo de 2007. En junio de 2009, la Procuraduría de Ecuador presentó una petición contra

También ha crecido el número de funcionarios públicos, jueces, defensores, fiscales y operadores judiciales que han acudido a la CIDH y a la Corte IDH buscando protección cautelar urgente ante amenazas, intimidaciones o actos de violencia como represalia por el cumplimiento de sus funciones. Estas situaciones rompen el esquema clásico del SIDH como protector de víctimas frente a los abusos de los Estados autoritarios y monolíticos, y pone en evidencia que el escenario de acción del SIDH es más complejo en la actualidad, de cara a Estados democráticos que expresan ambigüedades, disputas y contradicciones en su interior.

4 | Una agenda ampliada. La exclusión y la degradación institucional

Este cambio gradual de rol del SIDH en el nuevo escenario político fue acompañado también por un cambio gradual de la agenda de temas tratados por el SIDH. Sin embargo, como vimos, algunos de los viejos temas no han sido superados ni desplazados, como los conflictos de la justicia transicional. La nueva agenda se produce por la incorporación de nuevos temas que conviven con los asuntos tradicionales.

En los últimos años se ha ido consolidando en el SIDH una agenda vinculada a los problemas derivados de la desigualdad y la exclusión social. Ello a partir de la constatación de que luego de procesos complicados de transición, las democracias latinoamericanas se encuentran seriamente amenazadas por el aumento sostenido de las brechas sociales y la exclusión de vastos sectores de la población de sus sistemas políticos y de los beneficios del desarrollo, lo que impone límites estructurales al ejercicio de derechos sociales, políticos, culturales y civiles.

Los problemas de desigualdad y exclusión se reflejan en la degradación de algunas prácticas institucionales y en el deficiente funcionamiento de los Estados democráticos, lo que produce nuevas formas de vulneración

.....
Colombia ante la secretaría ejecutiva de la CIDH alegando violaciones a la Convención Americana, por la muerte del Sr. Franklin Aisalia, como resultado del operativo militar colombiano de marzo de 2008 contra un campamento de las FARC ubicado en localidad ecuatoriana de Angostura.

de los derechos humanos, muchas veces emparentadas con las prácticas de los Estados autoritarios de décadas pasadas. No se trata de Estados que se organizan para violar sistemáticamente derechos, ni que planifican en sus esferas superiores acciones deliberadas para vulnerarlos masivamente, sino de Estados con autoridades electas legítimamente, que no son capaces de revertir e impedir prácticas arbitrarias de sus propios agentes, ni de asegurar mecanismos efectivos de responsabilidad por sus actos, como consecuencia del precario funcionamiento de sus sistemas judiciales.⁽¹⁷⁾ Bajo condiciones estructurales de desigualdad y exclusión los sectores sociales son las víctimas principales de este déficit institucional, lo que se refleja en algunos conflictos que ocupan la atención del SIDH: la violencia policial marcada por el sesgo social o racial; el hacinamiento y la tortura en los sistemas carcelarios, cuyas víctimas habituales son los jóvenes de sectores populares; las prácticas generalizadas de violencia doméstica contra las mujeres, toleradas por las autoridades estatales; la privación de la tierra y de la participación política de los pueblos y comunidades indígenas; la discriminación de la población afrodescendiente en el acceso a la educación y a la justicia; el abuso de las burocracias contra los inmigrantes indocumentados; los desplazamientos masivos de población rural en contextos de violencia social o política.

De allí que uno de los principales aportes y, al mismo tiempo, de los principales desafíos del SIDH en relación a los problemas regionales originados en la exclusión y la degradación institucional, reside en la capacidad de guiar con estándares y principios la actuación de los Estados democráticos en las situaciones concretas, tanto la jurisprudencia de los tribunales —a fin de determinar el alcance de los derechos— como los procesos de formulación de políticas públicas, contribuyendo de ese modo al fortalecimiento de las garantías institucionales y sociales de esos derechos en los diferentes espacios nacionales.

Frente a este tipo de situaciones, la CIDH y la Corte IDH han procurado examinar no sólo casos o conflictos aislados, sino también los contextos sociales e institucionales en que esos casos y conflictos se desarrollan y adquieren sentido. Así como en el tiempo de las dictaduras y el terrorismo de Estado el SIDH había observado la situación de determinadas víctimas,

(17) PINHEIRO, PAULO S., "La efectividad de la ley y los desfavorecidos en América Latina", en Juan E. Méndez, Guillermo O' Donell y Paulo Sergio Pinheiro (comps.), *La (in)efectividad de la ley y la exclusión Social en América Latina*, Buenos Aires, Paidós, 2002, pp. 15/31.

la ejecución y la desaparición de determinadas personas, en función del contexto de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, en la actualidad, en numerosas situaciones, ha procurado abrir el foco para enmarcar hechos particulares en patrones estructurales de discriminación y violencia contra grupos o sectores sociales determinados. Para hacerlo, el SIDH se ha basado en una concepción del principio de igualdad que, sumariamente, intentaremos presentar en lo que sigue. La reinterpretación del principio de igualdad ha permitido al SIDH involucrarse en temáticas sociales a partir de una reinterpretación del alcance de los derechos civiles y políticos establecidos en la Convención Americana.

5 | Los derechos en un escenario de desigualdad estructural

Consideramos importante, para ilustrar el cambio de enfoque mencionado, seguir algunas intervenciones del SIDH en asuntos referidos a problemas de igualdad relacionados con diversas formas de violencia, o con asuntos relativos a la participación política y el acceso a la justicia. Estos precedentes marcan una línea jurisprudencial que tiende a una lectura en clave social de numerosos derechos civiles de la Convención Americana, y afirma la existencia de deberes de acción positiva y no sólo de obligaciones negativas de los Estados. Esos deberes positivos suelen ser impuestos con mayor intensidad, como resultado del reconocimiento de que ciertos sectores sociales viven en condiciones estructurales de desventaja en el acceso o ejercicio de sus derechos básicos.

Si observamos la evolución de la jurisprudencia sobre igualdad en el sistema interamericano, concluiremos que el SIDH demanda a los Estados un rol más activo y menos neutral, como garantes no sólo del reconocimiento de los derechos, sino también de la posibilidad real de ejercerlos. En ese sentido, la perspectiva histórica sobre la jurisprudencia del SIDH marca una evolución desde un concepto de igualdad formal, elaborado en la etapa de la transición, hacia un concepto de igualdad sustantivo que se comienza a consolidar en la etapa actual del fin de las transiciones a la democracia, cuando la temática de la discriminación estructural se presenta con más fuerza en el tipo de casos y asuntos considerados por el SIDH. Así, se avanza desde una idea de igualdad como no discriminación, a una

idea de igualdad como protección de grupos subordinados. Eso significa que se evoluciona desde una noción clásica de igualdad, que apunta a la eliminación de privilegios o de diferencias irrazonables o arbitrarias, que busca generar reglas iguales para todos, y demanda del Estado una suerte de neutralidad o "ceguera" frente a la diferencia. Y se desplaza hacia una noción de igualdad sustantiva, que demanda del Estado un rol activo para generar equilibrios sociales, la protección especial de ciertos grupos que padecen procesos históricos o estructurales de discriminación. Esta última noción presupone un Estado que abandone su neutralidad y que cuente con herramientas de diagnóstico de la situación social para saber qué grupos o sectores deben recibir en un momento histórico determinado medidas urgentes y especiales de protección.

En un informe reciente de la CIDH se sistematizan algunas decisiones jurisprudenciales del sistema que marcan esta evolución en el concepto de igualdad en relación con los derechos de las mujeres.⁽¹⁸⁾

Hay algunas consecuencias muy claras a partir de la adopción de una idea de igualdad estructural en el sistema interamericano. La primera es que las acciones de índole afirmativa que adopta el Estado no pueden ser en principio invalidadas bajo una noción de igualdad formal. En todo caso, la impugnación de acciones afirmativas deberá basarse en críticas concretas de su razonabilidad en función de la situación de los grupos beneficiados en un momento histórico determinado. La segunda consecuencia es que los Estados no sólo tienen el deber de no discriminar sino que, ante ciertas situaciones de desigualdad de índole estructural, tienen la obligación de adoptar acciones afirmativas o positivas de equilibrio para asegurar el ejercicio de los derechos por ciertos grupos subordinados. Una tercera consecuencia es que también pueden violar el principio de igualdad, prácticas o políticas que son en apariencia neutrales, pero que pueden tener un impacto o un efecto discriminatorio sobre ciertos grupos desaventajados. Esto ha sido ya señalado por la Corte, en el "Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana". Una serie de prácticas que, en apariencia, pueden ser neutrales o pueden no expresar una voluntad deliberada de discriminar a un sector, pueden tener como efecto la discriminación de un sector definido, y por ello pueden considerarse violatorias de

(18) CIDH, "El Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas", 20 de enero de 2007, pp. 33/51.

la regla de igualdad. Estas consecuencias parten de una lectura en clave social del principio de igualdad, ya que implican reconocer cómo ciertas acciones del Estado pueden impactar no en una persona individual, sino en un grupo o en un sector subordinado de la población. Equivale a cambiar el lente y abrir el prisma. Observar el contexto social y las trayectorias sociales de ciertas personas como parte de un grupo o colectivo sojuzgado o discriminado. De allí que no sólo van a ser violatorias del principio de igualdad aquellas normas, prácticas o políticas que deliberadamente excluyan a determinado grupo, sin un argumento razonable o lógico, sino también las que pueden tener efectos o impactos discriminatorios.⁽¹⁹⁾

Al mismo tiempo, este concepto de igualdad se refleja en la forma en que el SIDH ha comenzado a releer las obligaciones de los Estados en materia de derechos civiles y políticos en ciertos contextos sociales.

Podemos señalar algunos antecedentes importantes sobre la extensión de los deberes de protección del Estado frente a la actuación de actores no estatales, por ejemplo en materia de violencia contra las mujeres. La CIDH fijó deberes especiales de protección estatal vinculados con el derecho a la vida y a la integridad física en función de una interpretación del principio de igualdad en línea con la que expusimos. En el caso de “María Da Penha Fernández contra Brasil”, la CIDH, frente a un patrón estructural de violencia doméstica que afectaba a las mujeres de la ciudad de Fortaleza en el Estado de Ceará, acompañada por una práctica general de impunidad judicial frente a este tipo de casos criminales, y la negligencia del gobierno local en implementar medidas efectivas de prevención, estableció que el Estado federal había violado el derecho a la integridad física de la víctima y el derecho a la igualdad ante la ley. También estableció que los Estados tienen un deber de acción preventiva diligente para evitar prácticas de violencia contra las mujeres, aún frente a la actuación de actores no estatales, con base no sólo en el art. 7 de la Convención de Belem do Pará

(19) En tal sentido sostuvo la Corte en el caso Yean y bosico: “La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”.

sino también en la propia Convención Americana. La responsabilidad del Estado provenía de no haber adoptado medidas preventivas con debida diligencia para evitar que esa forma extendida de violencia existiera y se reprodujera en perjuicio de un grupo o colectivo determinado. La CIDH valora fundamentalmente la existencia de un patrón o “pauta sistemática” en la respuesta Estatal, que expresa a su juicio una suerte de tolerancia pública con la situación de violencia denunciada no sólo en perjuicio de la víctima sino con relación a otros casos idénticos o con características comunes. El enfoque, como dijimos, va más allá de la situación particular de la víctima individual, pues se proyecta a la evaluación de la situación de discriminación y subordinación de un grupo social determinado. La situación estructural del grupo de mujeres afectadas por la violencia, califica los deberes de prevención del Estado y sus obligaciones reparatorias en el caso particular, pero además justifica el tipo de recomendaciones de alcance general que fija la CIDH al Estado y que incluyen, por ejemplo, cambios en las políticas públicas, en la legislación y en los procedimientos judiciales y administrativos.⁽²⁰⁾

La CIDH consideró especialmente el impacto diferenciado sobre ciertos grupos sociales de prácticas extendidas de violencia desarrolladas por agentes estatales o por actores no estatales con la connivencia o tolerancia del Estado. En este orden de ideas, la Comisión, por ejemplo impuso responsabilidad a Brasil por no haber adoptado medidas para prevenir desalojos forzosos violentos emprendidos por ejércitos privados de hacendados, que eran expresión de un patrón sistemático de violencia rural tolerado por las autoridades estatales, seguido de un patrón de impunidad en las investigaciones criminales de estos hechos. Para eso la CIDH tuvo especialmente en cuenta la situación de desigualdad estructural en que se encuentra un sector de la población rural en ciertos estados del norte brasileño, y los niveles de tolerancia y connivencia entre sectores poderosos de hacendados, las fuerzas policiales y la justicia estadual.⁽²¹⁾ En otro caso, la CIDH responsabilizó a Brasil por un patrón de violencia

(20) CIDH, Informe 54/01, “Maria Da Penha Maia Fernández contra Brasil”, 16 de abril de 2001. Ver también la demanda de la CIDH ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de “Campo Algodonero”: Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez (Casos 12.496, 12.497 y 12.498) contra los Estados Unidos Mexicanos, 4/11/ 2007.

(21) CIDH, Informe 25/09, “Sebastiao Camargo Filho”, Brasil, del 19 de marzo de 2009.

policial dirigido a jóvenes negros en las favelas de Río de Janeiro, considerando que la ejecución extrajudicial de un joven de este grupo social, era un hecho representativo de ese patrón, el cual a su vez expresaba un sesgo racista en la actuación de la fuerza pública estadual, con la complicidad de la autoridad federal.⁽²²⁾ También la CIDH y la Corte IDH consideraron la situación de vulnerabilidad diferenciada frente a la violencia política de ciertos grupos en el marco del conflicto armado interno en Colombia, imponiendo al Estado deberes específicos de protección que implican restricciones en el uso de la propia fuerza estatal, y protección especial frente a otros actores no estatales, así como obligaciones especiales de reparación de alcance colectivo y políticas sociales diferenciadas y culturalmente pertinentes. Estas medidas de protección parten de la obligación de respetar y garantizar ciertos derechos culturales de grupos étnicos; por ejemplo, restricciones a determinadas actividades bélicas en resguardo de la integridad de territorios colectivos de pueblos indígenas y comunidades negras colombianas.⁽²³⁾

Entre los sectores mencionados por el SIDH como grupos discriminados o excluidos que requieren protección especial o tratamiento diferenciado, se encuentran los pueblos indígenas⁽²⁴⁾ o la población afrodescendiente⁽²⁵⁾ y

(22) CIDH, Informe 26/09, "Wallace de Almeida", Brasil, del 20 de marzo de 2009.

(23) Se puede consultar las medidas provisionales de la Corte IDH, en el caso del Pueblo indígena Kankuamo y de las comunidades afrocolombianas del Jiguamiandó y el Curbaradó, entre muchas otras. Asimismo, para ilustrar el tipo de situaciones colectivas mencionadas en el marco del conflicto armado colombiano, ver: Corte IDH, "Informe sobre la visita al terreno en relación con las medidas provisionales ordenadas a favor de los miembros de las comunidades constituidas por el Consejo Comunitario del Jiguamiandó y las familias del Curbaradó, Municipio del Carmen del Darién, Departamento del Chocó, República de Colombia", noviembre de 2008.

(24) Sobre las obligaciones positivas de los Estados de garantizar el ejercicio de ciertos derechos civiles, políticos y sociales por los miembros de las comunidades indígenas, pueden verse los casos: "Masacre Plan Sánchez vs. Guatemala", del 29 de abril de 2004; "Comunidad Moiwana vs. Suriname", del 15 de junio de 2005; y "Comunidad Indígena Yákie Axa vs. Paraguay", del 17 de junio de 2005. Recientemente, este principio llevó a la Corte a reinterpretar las obligaciones del Estado en materia de derecho a la vida hasta incorporar el deber de garantizar ciertos mínimos vitales de salud, agua, y educación, vinculados con el derecho a la vida digna de una comunidad indígena expulsada de su territorio colectivo, en el caso de "Sawhoymaxa vs. Paraguay", 29 de marzo de 2006, y subsiguientes decisiones de supervisión de cumplimiento de sentencia.

(25) Ver FRY, PETER, "Color e imperio de la ley en Brasil", en Juan E. Méndez, Guillermo O'Donnell y Paulo Sergio Pinheiro (comps.), *op. cit.*, pp. 191/212; ARIAS O., YAMADA, G. y TEJERINA, L., "Ingresos y color en Brasil: una historia compleja", en M. Buvinic, J. Mazza, J. Pungiluppi

las mujeres en relación al ejercicio de ciertos derechos, como la integridad física⁽²⁶⁾ y la participación política.⁽²⁷⁾ También se ha enfatizado la obligación de garantía de los Estados ante la existencia de grupos en situación de vulnerabilidad: como vimos, los niños que viven en la vía pública o en sistemas de internación, los enfermos mentales en reclusión, los inmigrantes indocumentados, la población campesina desplazada de sus territorio, o las personas pobres portadoras de HIV/SIDA, entre otros.

Esta apretada reseña indica que el SIDH no recoge sólo una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población están en desventaja en el ejercicio de sus derechos por obstáculos legales o fácticos y requieren, por consiguiente, la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la identidad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio o bien, o el ejercicio de un derecho. Al mismo tiempo obliga a examinar, en un estudio de igualdad, la trayectoria social de la supuesta víctima, el contexto social de aplicación de las normas o las políticas cuestionadas, así como la situación de subordinación o desventaja del grupo social al cual pertenecen los potenciales afectados.⁽²⁸⁾

.....

y R. Deutsch, *Inclusión Social y desarrollo económicos en América Latina*, Washington, BID, 2004, pp. 215/236. Ver el caso Simona André Diniz contra Brasil, Informe 37/02 declarado admisible por la CIDH en el que se alega incumplimiento del deber estatal de protección frente a conductas discriminatorias de particulares, basadas en el color o la raza.

(26) Sobre la obligación de adoptar políticas y medidas positivas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, puede verse el Informe 54/01, "Maria Da Penha Maia Fernandez contra Brasil", 16 de abril de 2001.

(27) Ver CIDH Informe 103/01, "María Merciadri de Moroni", Argentina, 11 de octubre de 2001, sobre cupos en el sistema electoral argentino.

(28) Para un análisis de estas nociones de igualdad en la filosofía jurídica y en el derecho constitucional pueden verse, a modo de ejemplo, YOUNG, IRIS. M., "Vida Política y Diferencia de Grupo", en *Perspectivas Feministas en Teoría Política*, Madrid, Paidós, 1996, p. 120; FERRAJOLI, LUIGI, "Igualdad y diferencia", en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, pp. 73/96; GARCÍA ANÓN, J. G., "Current Problems of Legal Dogmatics in European Regulation: The principle of Equality and the Policies of Affirmative Action", en M. van Hoecke y F. Ost (eds), M. Barrère Unzueta, *Discriminación, Derecho Antidiscriminatorio y Acción Positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Civitas, 1997; FISS, OWEN., "Grupos y la Cláusula de Igual

El empleo de la noción de igualdad material conlleva una definición sobre el rol del Estado como garante activo de los derechos, en escenarios sociales de desigualdad. Es, además, una herramienta útil para examinar las normas jurídicas, las políticas públicas y las prácticas estatales, tanto su formulación como sus efectos. La imposición de obligaciones positivas tiene consecuencias muy importantes respecto del rol político o promocional del SIDH, pues impone a los Estados el deber de formular políticas para prevenir y reparar violaciones de derechos humanos que afectan a ciertos grupos o sectores postergados.

Además, tiene consecuencias directas en el debate sobre disponibilidad de remedios judiciales pues es sabido que las obligaciones positivas son más difíciles de exigir en los sistemas de justicia domésticos. En especial, cuando se exige comportamientos positivos para resolver conflictos de naturaleza colectiva.

También las obligaciones positivas entran en tensión con las capacidades estatales de los Estados americanos. El SIDH gradualmente ha ido sumando a los Estados cada vez más deberes de prevención de violaciones y de protección de derechos frente a la acción de actores no estatales en ciertas circunstancias determinadas. Esta ampliación del marco de obligaciones estatales pone en evidencia la brecha existente entre las expectativas puestas en los Estados por el SIDH y la realidad signada por la debilidad de las instituciones y la ineffectividad de las políticas. Para alcanzar los exigentes estándares del SIDH en materia de obligaciones positivas se requieren instituciones con capacidad de planificación y gestión de políticas y con recursos humanos y financieros adecuados. De allí que comience a marcarse con mayor nitidez una creciente brecha entre el discurso normativo y las capacidades reales de satisfacción de las obligaciones impuestas.

Las obligaciones positivas se han fijado también en el SIDH en relación con el ejercicio del derecho a la participación de los pueblos indígenas: entre otras cuestiones, la posibilidad de ejercer su derecho a la consulta previa, libre e informada, respecto a las políticas que pudieran afectar sus territorios comunales, explotaciones económicas y recursos naturales, y a

.....

protección", en Roberto Gargarella (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp.137/167; SABA, R. "(Des) igualdad estructural", en Jorge Amaya (ed.), *Visiones de la Constitución 1853-2004*, Buenos Aires, UCES, 2004, pp. 479/514.

dialogar con las instancias del Estado y con otros actores sociales ha través de sus propias representaciones políticas.⁽²⁹⁾ En este tema se observa la directa vinculación entre el ejercicio de derechos culturales y sociales con derechos civiles y políticos, pues la base de la argumentación es el vínculo especial que tienen los pueblos indígenas con sus territorios y recursos, lo que pone en juego no sólo intereses económicos, sino la preservación de su identidad cultural, y la existencia misma de una cultura.⁽³⁰⁾ Estos derechos, fijados por instrumentos internacionales tales como el Convenio 169 de la OIT, también han recibido reconocimiento con base directa en la Convención Americana, a partir de una relectura en clave social del art. 21 que consagra el derecho de propiedad. En una serie de decisiones, la Corte Interamericana ha establecido la obligación de los Estados de disponer mecanismos adecuados para la participación, producción de información de impactos social y ambiental, y consulta dirigida a la búsqueda de consentimiento de los pueblos indígenas, en aquellas decisiones que pueden afectar el uso de sus recursos naturales o alterar sus territorios. En este sentido, se trata del reconocimiento de facultades de participación diferenciada en decisiones de políticas públicas del Estado nacional pero que, al mismo tiempo, definen más que un derecho procedimental, y alcanzan el reconocimiento de un "derecho especial del grupo" a preservar un ámbito de autogobierno o de autonomía en esas cuestiones.⁽³¹⁾ Si bien la jurisprudencia del SIDH ha establecido que se no se trata de un poder de veto a favor de los pueblos indígenas, es sin duda de uno de los campos más conflictivos dentro de los temas que aborda en la actualidad el SIDH, pues aquí se observa con mayor nitidez la tensión entre el reconocimiento de un derecho diferenciado a favor de un colectivo, y el interés

(29) Ver AYLWIN, JOSÉ, "Derechos Humanos y derechos indígenas en América del Sur: antecedentes, movimientos y desafíos", en *Temas de Derechos Humanos en Debate*, Santiago de Chile, IDL y Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pp. 153/222.

(30) Sobre los derechos colectivos relativos a la preservación de la supervivencia de una cultura y la neutralidad del Estado liberal, puede ver el clásico ensayo de TAYLOR, CHARLES, *El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*, México DF, Fondo de Cultura Económica 1992. También, ANAYA, JAMES. S., *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*, Madrid, Trotta/ Universidad Internacional de Andalucía, 2005.

(31) Corte IDH, caso de la "Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni", sentencia de 31 de agosto de 2001, y también los casos "Plan Sanchez; Moiwana y Yakie Axa", antes citados. Recientemente, CIDH, caso "Pueblo de Saramaka contra Suriname", sentencia del 28 de noviembre de 2007.

público involucrado en ciertas estrategias de desarrollo económico de los gobiernos nacionales.

Años atrás, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció la obligación de los Estados de adoptar medidas positivas para garantizar que los pueblos y comunidades indígenas puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal de que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales, y participar de manera directa y proporcional a sus poblaciones en la dirección de los asuntos públicos, y —hacerlo desde sus propias instituciones políticas y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización—. La Corte, en la sentencia dictada en el caso “Yatama”,⁽³²⁾ consideró que la legislación nicaragüense sobre monopolio de partidos políticos, y las decisiones de los órganos electorales del Estado, habían limitado irrazonablemente la posibilidad de participación en un proceso electoral de una organización política representativa de las comunidades indígenas de la costa atlántica del país. En nuestra opinión, este caso también expresa la afirmación del principio de igualdad estructural, pues la Corte IDH obliga al Estado a flexibilizar la aplicación de las normas electorales de alcance general para adecuarlas a las formas de organización política que expresan la identidad cultural de un grupo. En definitiva, lo que la Corte reconoce es un “derecho especial o diferenciado a favor de un grupo”⁽³³⁾ que fija ciertas “protecciones externas” al grupo minoritario, consideradas indispensables para la preservación de su

(32) Corte IDH, “Caso Yatama contra Nicaragua”, 23 de junio de 2005. En esta sentencia la Corte comienza a definir el alcance del derecho a la participación política consagrado en el art. 23 de la Convención Americana y considera que comprende, además de la participación en procesos electorales formales, la participación en otros mecanismos de discusión y fiscalización de políticas públicas. También se procura avanzar en la sentencia en mayores precisiones sobre el alcance de la obligación estatal de garantizar este derecho de participación respecto de sectores sociales excluidos o que se encuentran en situación de desventaja en el ejercicio de este derecho. Para ello el Tribunal vincula el derecho a la igualdad, entendido como igualdad no sólo formal sino sustantiva, con el derecho de asociación y de participación política. Ver, en tal sentido, el voto concurrente del juez Diego García Sayan. Para entender mejor el sentido que la propia CIDH le da a su decisión en Yatama, se sugiere leer también cómo lo diferencia de un caso posterior sobre exclusión de candidaturas independientes, considerando especialmente en Yatama la existencia de un grupo subordinado con características de identidad cultural diferenciadas. Ver CIDH, caso “Castañeda Gutman Jorge vs. Estados Unidos Mexicanos”, 6 de agosto de 2008, párr. 172.

(33) Ver al respecto, KYMLICKA, W., “Nacionalismo Minoritario dentro de las Democracias Liberales”, en S. García y S. Lukes (comps.), *Ciudadanía: Justicia Social, Identidad*

autonomía, pero también para su participación en las estructuras del propio Estado nacional.

También se han fijado en el SIDH fuertes obligaciones positivas en relación con el derecho de acceso a la justicia que representan otra proyección, en este campo, de la referida noción de igualdad sustantiva. El SIDH ha fijado estándares bastante precisos sobre el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole que resulten idóneos y efectivos para demandar por la vulneración de los derechos fundamentales. En tal sentido, la obligación del Estado no es sólo negativa, de no impedir el acceso a esos recursos, sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos, y en especial aquéllos que se encuentran en situación de pobreza o exclusión, puedan acceder a esos recursos. Para ello, el Estado deberá remover los obstáculos sociales o económicos que obstaculizan o limitan la posibilidad de acceso a la justicia, pero además deberá organizar un servicio público de asistencia jurídica gratuita, y mecanismos para aliviar el costo de los procesos y hacerlos asequibles, por ejemplo estableciendo sistemas para eximir gastos.⁽³⁴⁾ Las políticas que apuntan a garantizar servicios jurídicos a personas carentes de recursos actúan como mecanismos para compensar situaciones de desigualdad material que afectan la defensa eficaz de los propios intereses y, por ello, son políticas judiciales que se emparentan con las políticas sociales. El SIDH ha fijado la existencia de un deber estatal de organizar estos servicios para compensar situaciones de desigualdad real y garantizar igualdad de armas en un proceso judicial. Ha determinado, además, algunas obligaciones concretas de

.....
y *Participación*, Madrid, Siglo XXI Editores, 1999. También KYMLICKA, W., *Ciudadanía Multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996.

(34) Corte IDH, Opinión Consultiva OC-11/90, 10 de agosto de 1990, "Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2. a y 46.2.b CA)". Inspirándose en el caso "Airey", la Corte sostuvo que: "la circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso", párr. 28. También la Corte se refirió expresamente a la obligación estatal de garantizar servicios jurídicos gratuitos a las personas sin recursos cuando resulte indispensable para garantizar acceso efectivo e igualitario a la justicia en la OC 18/03 Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. En este documento la Corte sostuvo: "Se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. Al respecto, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real".

debido proceso que se aplican en relación a los procedimientos judiciales de índole social, como los juicios laborales y previsionales, y las acciones de amparo y desalojo. Recientemente, ha fijado algunos indicadores para evaluar el cumplimiento de estas obligaciones por parte de los Estados.⁽³⁵⁾

Esta base de obligaciones positivas impuestas a los Estados, vinculada al reconocimiento de un escenario de desigualdad que caracteriza la realidad americana, sirve en ocasiones como marco para el examen de las políticas públicas en los Informes temáticos y de país, como fuera mencionado arriba, y es una herramienta central para el trabajo promocional de los órganos del SIDH.

6 | Objeciones a la ampliación de la agenda y a los márgenes de la protección internacional

Existe en el ámbito de la OEA un debate político sobre la ampliación de la agenda. Un tipo de críticas a la ampliación de la agenda no se relaciona con el rol del SIDH en particular, sino con una discusión más amplia sobre qué se entiende por derechos humanos y qué tipo de derechos deben ser resguardados por el Estado de modo prioritario. Las posiciones liberales clásicas, expuestas en la OEA por algunos Estados, critican la ampliación de la agenda del SIDH hacia temas de igualdad sustantiva y derechos colectivos, la extensión de la obligaciones positivas y, en especial, el tratamiento, aunque sea indirecto, de derechos económicos, culturales y sociales. Desde estas posturas conservadoras, el concepto de derechos humanos debería limitarse a los derechos civiles entendidos como derechos de individuos y no de grupos, y como fuente de obligaciones esencialmente negativas de respeto o no injerencia de los Estados. Se busca así evitar que, por la vía del reconocimiento de deberes positivos, se avance en el tratamiento en este espacio de cuestiones relativas a políticas sociales o distributivas, y se pierda el foco central en el resguardo

(35) Ver CIDH, "El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", 7 de septiembre de 2007. También se pueden revisar los indicadores sobre acceso a la justicia y derechos sociales desarrollados en el documento de la CIDH, "Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", 19 de julio de 2008.

de las libertades públicas. En sus versiones más pragmáticas, estas posturas no necesariamente cuestionan algunos desarrollos jurisprudenciales del SIDH que mencionamos en el artículo, sino que previenen sobre las consecuencias de que se profundice ese camino en el futuro y se pierda capacidad operativa para el seguimiento de los demás asuntos clásicos de derechos civiles, que todavía están presentes como problemas regionales y que deberían merecer tratamiento prioritario. Este enfoque sobre la noción de derechos humanos, suele contrastar en algunas discusiones en el seno de la OEA con las posturas de otros gobiernos que, con variados matices ideológicos, defienden la existencia de un vínculo de interdependencia entre los derechos civiles y sociales o, directamente en el polo opuesto, plantean que hay que priorizar la defensa de los derechos sociales por sobre los derechos civiles.

Pero, en nuestra opinión, el eje de la discusión particular sobre la ampliación de la agenda del SIDH en los órganos políticos de la OEA no pasa por el alcance de la noción de derechos humanos, ni por las prioridades entre derechos civiles y sociales. Apunta, por el contrario, a la definición del grado de intervención de la instancia internacional sobre los márgenes de autonomía de los Estados. La ampliación de la agenda implica, naturalmente, una extensión de los asuntos sobre los cuales el SIDH ejercerá supervisión y, eventualmente, tomará decisiones que pueden impactar a nivel interno de los países. La discusión es relevante pues se vincula, en definitiva, con la definición del sentido de un sistema internacional de protección de derechos humanos en el actual escenario político regional.

La mayoría de los países de América Latina aprobaron tratados de derechos humanos y se incorporaron al SIDH en la etapa de las transiciones a la democracia, con finalidades diferentes, pero en muchos casos como una suerte de antídoto para aventar el riesgo de regresiones autoritarias, atando a sus sistemas políticos y legales al "mástil" de la protección internacional.⁽³⁶⁾ Abrir los asuntos de derechos humanos al escrutinio internacional fue una decisión funcional a los procesos de consolidación de la institucionalidad durante las transiciones, pues contribuyó a ampliar las garantías de los derechos fundamentales en un sistema político acotado

(36) John Elster planteó esta metáfora para referirse al acto constituyente en su libro *Ulises y las sirenas: estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, de 1979.

por actores militares con poderes de veto y presiones autoritarias aún poderosas.⁽³⁷⁾

Muchos líderes y gobiernos entienden que la actual coyuntura regional exige replantear el alcance o grado de intervención del sistema interamericano en asuntos locales que, en su opinión, podrían ser dirimidos por el juego institucional del propio Estado, en un marco de democracias constitucionales.

Así, desde este punto de partida, se construyen argumentos que tienen diferentes tonos. Los más moderados, con rasgos "comunitaristas", apuntan a preservar un espacio de autogobierno para la decisión de ciertos asuntos sensibles y complejos que deberían ser resueltos en el espacio más cercano de la comunidad política nacional.⁽³⁸⁾ Estos argumentos se suelen presentar muchas veces no como cuestionamientos directos a la competencia de los órganos, sino como argumentos estratégicos que procuran velar por la integridad del propio sistema de protección, evitando que abra frentes de conflicto innecesarios con los gobiernos y malverse la noción de derechos humanos al erigirla como una "carta de triunfo" para usar en las situaciones extremas. Es decir, se plantea que una extensión

.....

(37) Para algunos autores, como Andrew Moravcsik, las democracias recientemente establecidas y potencialmente inestables son las que encuentran mayor justificación a la suscripción de tratados de derechos humanos y a la inserción en sistemas internacionales como mecanismos para su consolidación. La renuncia a ciertos niveles de autodeterminación que implica la firma de estos tratados y la aceptación de jurisdicciones internacionales tiene un costo por la limitación de la discrecionalidad gubernamental y del sistema político local, que juega en un balance con las ventajas de la reducción de la incertidumbre política. MORAVCSIK, A., *The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe*, International Organizations, primavera 2000, pp. 217/249. En igual sentido, puede verse KAHN, PAUL W., "El Derecho Internacional y la Comunidad", en *Estado de Derecho y Democracia. Un debate sobre el rule of law*, Buenos Aires, SELA 2000-Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, Editores del Puerto, 2001.

(38) En este punto, sólo apuntamos a contestar argumentos corrientes de algunos gobiernos en la OEA y no a dar cuenta del debate más profundo que plantean las posiciones "comunitaristas" a la existencia y el funcionamiento de los sistemas internacionales de derechos humanos y que, como se sabe, no se limita a la definición de un campo de cuestiones que deberían ser resueltas por la comunidades políticas locales, sino también al cuestionamiento de los "déficit de deliberación democrática" que presentan algunos sistemas de justicia internacional. Sin perjuicio de ello, abordamos indirectamente estos asuntos al referirnos al principio de subsidiariedad en este título, a problemas institucionales de transparencia y rendición de cuentas del propio SIDH y al alcance de los remedios judiciales internacionales, en la parte final del artículo (punto 8).

de la noción de derechos humanos en el sistema interamericano podría debilitar los acuerdos políticos que lo sostienen.

Estas posturas, con fundamentos diversos, resultan más o menos refractarias a la injerencia de los órganos internacionales de derechos humanos en ciertos temas sociales e institucionales. Critican concretamente la extensión del concepto de debido proceso que ha permitido al SIDH intervenir en un amplio abanico de temas judiciales que incluyen procesos laborales, de seguridad social, disciplinarios administrativos y casos de remoción de magistrados de altas cortes de justicia. Cuestionan además, que el SIDH se entrometa en asuntos electorales, aún cuando se trate de cuestiones vinculadas con la vigencia de derechos políticos reconocidos por el art. 23 de la Convención. También se oponen a la protección de derechos colectivos que entran en conflicto con las estrategias de desarrollo económico de los gobiernos, tales como la protección de territorios indígenas y el derecho de consulta. Aun algunos gobiernos que defienden el reconocimiento de estos derechos colectivos como asuntos de derechos humanos relevantes, consideran que se trata de cuestiones que deberían ser discutidas y dirimidas esencialmente en el plano político doméstico.

Conviene analizar brevemente estos argumentos con algunas aclaraciones previas.

En primer lugar, en relación con el argumento que procura preservar al SIDH de nuevos “frentes de conflicto” con los gobiernos, es importante señalar que las principales tensiones políticas que provoca la actuación de la CIDH y la Corte —y que, por su complejidad, no vamos a examinar en este artículo⁽³⁹⁾—, no se producen por sus intervenciones en temas sociales o institucionales “novedosos”, sino que obedecen a la reacción de algunos gobiernos al escrutinio del SIDH en temas “clásicos” de violación de derechos civiles que, lamentablemente, siguen teniendo vigencia: ejecuciones extrajudiciales, paramilitarismo militarización y justicia penal

(39) El cuestionamiento a la ampliación de la agenda no es, por supuesto, el único aspecto que recibe críticas de los gobiernos a la CIDH y a la Corte IDH. Las cuestiones son muchas otras, en su mayoría tienen que ver con aspectos procedimentales, tanto del sistema de casos, como de los procesos de elaboración de informes y fijación de audiencias, que no vamos a considerar aquí.

militar, limitaciones de la disidencia política y libertad de prensa, entre otras cuestiones. De allí que es bueno aclarar que no son precisamente los temas de igualdad y derechos sociales los que motivan las reacciones más airadas de los Estados, aunque por supuesto también conllevan aspectos polémicos.

En segundo lugar, corresponde decir que algunas discusiones sobre la limitación de la autonomía política suelen partir de una visión simple o esquemática del proceso de creación de normas internacionales y de su aplicación doméstica. Por un lado, restan importancia a la participación de actores sociales o institucionales locales en la creación de normas y estándares internacionales de derechos humanos. Por otro lado, consideran la aplicación doméstica como si fuera una imposición externa al sistema político y jurídico local, sin considerar que esa incorporación sólo es posible por la activa participación de actores sociales, políticos y judiciales relevantes, así como por la construcción gradual de consensos en los diversos ámbitos institucionales. De allí que suelen marcarse líneas divisorias nítidas entre la esfera internacional y la doméstica, cuando la dinámica de actuación de los mecanismos internacionales evidencia que esa frontera es borrosa y que existe una constante articulación y relación entre la esfera local e internacional, tanto en la creación como en la interpretación y aplicación de normas de derechos humanos. Así, actores sociales y políticos locales relevantes suelen participar de los procesos de creación de normas en la esfera internacional, tanto de la aprobación y ratificación de tratados como en las decisiones de los órganos internacionales que definen su contenido por vía de interpretación y su aplicación en casos o situaciones particulares. Al mismo tiempo, esas normas internacionales se incorporan al ámbito nacional por la acción de los Congresos, los gobiernos y los sistemas de justicia, y también por la activa participación de organizaciones sociales que promueven, demandan y coordinan esa aplicación nacional con las diversas instancias del Estado. La aplicación de normas internacionales en el ámbito nacional no es un acto mecánico, sino un proceso que involucra también diferentes tipos de participación y deliberación democrática e, incluso, un amplio margen para la relectura o reinterpretación de los principios y normas internacionales en función de cada contexto nacional.⁽⁴⁰⁾ En

(40) Martín Böhmer, al contestar críticas formuladas a la ausencia de validación democrática del derecho internacional, señala que el momento de validación no puede quedar limitado al de la celebración de tratados o la aprobación de normas internacionales, sino que

relación con el SIDH, como vimos en el punto 2 y 3 de este artículo, en la actualidad, a diferencia del periodo de las dictaduras, su intervención en ciertos asuntos domésticos puede obedecer a relaciones de coordinación o articulación con diversos actores locales, públicos y sociales, que participan de la formulación de las demandas ante la instancia internacional, y de los procesos de implementación de sus decisiones particulares o de sus estándares generales en el ámbito interno.⁽⁴¹⁾ De allí que siempre resultara difícil conceptualizar su intervención como una limitación del margen de autonomía de los procesos políticos nacionales. El juego de la intervención internacional en este escenario es variado y complejo pero, por lo general, cuenta con el apoyo de actores locales fuertes que activan la respuesta internacional, y potencian luego sus efectos domésticos. En ocasiones, la CIDH se apoya en la sociedad civil para fiscalizar al gobierno a la manera clásica,⁽⁴²⁾ pero también puede actuar de manera coordinada con los gobiernos federales para lograr la implementación de medidas o políticas a nivel de los estados locales o provincias.⁽⁴³⁾ En otras ocasiones se apoya en decisiones precedentes de los tribunales para tener pautas

.....
 comprende también el proceso de interpretación y de aplicación por los órganos judiciales y políticos locales. Así, las normas internacionales no son un producto acabado y unívoco, sino que están abiertas a diferentes lecturas que se dan en el plano nacional, y autorizan en ese proceso de lectura a incorporar niveles de deliberación, y la consideración del contexto social y político de cada comunidad. En tal sentido, ver BÖHMER, M., "Prestamos y Adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional", en www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/MartinBöhmer_Spanish.pdf

(41) En este orden de ideas, al tratar de responder la pregunta acerca de porqué los Estados deberían obedecer el derecho internacional, Harold Koh propone considerar que la asunción de las obligaciones jurídicas internacionales es fruto de un "proceso jurídico transnacional" que consiste en un conjunto de subprocesos complejos y de variadas dimensiones que incluyen la articulación, la interpretación y la incorporación del derecho internacional en el ámbito local, a través de mecanismos políticos, sociales y jurídicos. KOH, HAROLD H., "Transnational Legal Process", en *Nebraska Law Review*, 1996; "Why do Nations Obey International Law?", en *Yale Law Journal*, 1997; "International Law as Part of Our Law", en *American Journal of International Law*, n° 98, pp. 43/56, 2004.

(42) Por ejemplo cuando recibe información sobre situaciones particulares para elaborar sus informes, ya sea a través de audiencias en su sede, o en las visitas al país.

(43) Esta situación se observa por ejemplo en algunos casos sobre superpoblación y violencia en cárceles estatales en Brasil y Argentina, en los cuales la intervención del SIDH ha motivado distintas formas de intervención de la autoridad federal en los sistemas penitenciarios locales. También, por ejemplo, en un acuerdo reciente de solución amistosa celebrado con el gobierno federal en México que motivó la adopción por Estados locales de un protocolo sobre abortos no punibles.

de seguimiento de acciones del Congreso o del gobierno;⁽⁴⁴⁾ o los gobiernos o los Congresos piden su intervención para contribuir a alcanzar consensos con otros poderes como la judicatura⁽⁴⁵⁾ o para acompañar la implementación de medidas resistidas por actores sociales o políticos locales.⁽⁴⁶⁾ Vimos también cómo en ciertos casos y, en especial, en procesos de negociación o de “solución amistosa”, el juego de alianzas es aún más complejo: incluso agencias públicas son usuarias del SIDH, a veces en alianza con organizaciones sociales, procuran activar el escrutinio internacional sobre determinadas cuestiones. Con esta breve reseña no pretendemos negar la importancia de preservar la autonomía política de los Estados para decidir sobre determinadas materias, sino simplemente relativizar ciertas interpretaciones esquemáticas acerca de cómo funciona en la realidad un sistema de justicia internacional y cómo se relaciona con los procesos políticos nacionales.

Respecto de los cuestionamientos concretos a la ampliación de la agenda del SIDH, es oportuno señalar que esta ampliación no ha sido el fruto de una decisión artificial o arbitraria, sino el resultado de un cambio gradual de prioridades, expresado en la variación de las demandas de ciudadanía en los propios países de la región. Esas demandas, por lo demás, no son sofisticadas o extravagantes, sino que apuntan a derechos que fueron ya reconocidos en la OEA desde 1948, como el acceso a los

(44) Por ejemplo, en Colombia ha sido utilizado como marco para seguir situaciones de derechos humanos en decisiones de la Corte Constitucional sobre desplazados internos. En sentido inverso, algunas decisiones de la Corte Constitucional, por ejemplo sobre mujeres desplazadas en el marco del conflicto colombiano, han impuesto obligaciones de prestación al Estado y han considerado como fundamento, entre otros estándares constitucionales, decisiones y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos. Incluso una reciente decisión de la Corte Constitucional invita a la CIDH a integrarse a un sistema de monitoreo del cumplimiento de la sentencia doméstica.

(45) Se ha dado esta situación, por ejemplo, en los acuerdos de solución amistosa sobre la amnistía peruana en el caso “Barrios Altos”. En tal caso, el gobierno peruano, los peticionarios y la CIDH le pidieron a la Corte IDH que definiera los estándares sobre compatibilidad de las leyes de amnistía de graves violaciones a los derechos humanos con la Convención Americana, a fin de brindar un marco jurídico a los tribunales nacionales para que procedieran a la reapertura de los casos judiciales cerrados en virtud de esas leyes. También, por ejemplo, los acuerdos de solución amistosa sobre la tramitación de causas judiciales sobre el derecho a la verdad en la Argentina, celebrados por peticionarios y el gobierno, contribuyeron a comprometer la actuación del sistema judicial local en su implementación.

(46) Por ejemplo, la intervención de la CIDH en los conflictos relacionados con la situación de semiesclavitud de familias indígenas guaraníes en haciendas del Chaco boliviano y las trabas

tribunales y los derechos políticos. Dando vuelta el argumento que procura preservar la integridad del SIDH, podríamos preguntarnos cuál sería su relevancia si no hubiera evolucionado en función de estas dinámicas sociales, y hubiese quedado atado a los temas clásicos de derechos humanos, sin reaccionar frente a las situaciones planteadas por peticionarios y víctimas. Quiénes serían hoy sus usuarios, y qué grado de legitimidad tendría el SIDH en nuestras sociedades. En ese sentido, en relación con el argumento de la preservación del sistema, es bueno señalar que éste no se sostiene exclusivamente en el compromiso político de los gobiernos. Una base de apoyo fundamental es la legitimidad alcanzada precisamente en un amplio espectro de organizaciones, comunidades, y movimientos sociales, y en sus propias redes de alianzas y articulaciones en los países del Norte.

Existen, de todos modos, algunos aspectos relevantes a considerar en esta línea de planteos “comunitaristas”. El SIDH tiene que dar cuenta del cambio del escenario político regional y no puede intervenir en los procesos nacionales de la manera en que lo hizo para presionar las dictaduras. Este cambio de enfoque no consiste en imponerse restricciones o tabicarse de cara a ciertos temas que están cubiertos por el elenco de derechos humanos reconocidos expresamente en la Convención Americana y los demás tratados e instrumentos interamericanos. Por el contrario, el SIDH se limita cuando fija de forma seria y consecuente su campo de actuación en función de un rol subsidiario de los mecanismos de protección domésticos, de modo que preserve márgenes de acción y prioridad en la intervención a los sistemas de justicia nacionales, y admite que existen aspectos sensibles en ciertos conflictos que, por su complejidad, resultan mejor analizados, comprendidos y resueltos en la esfera local.

De ese modo, el resguardo de la autonomía de los Estados se expresa en el alcance de la interpretación que hace el SIDH de algunas reglas procesales que definen su grado de intervención. Por ejemplo, la regla que exige el “agotamiento previo” de los recursos y remedios disponibles en el ámbito interno del país para remediar la situación; o la regla de la “cuarta instancia”, en virtud de la cual el SIDH se inhibe de revisar

.....
.....
..... a la implementación de la legislación sobre reforma agraria en los departamentos del oriente boliviano. En tal sentido, ver comunicado de prensa 26/08 del 13 de junio de 2008.

el acierto o el error de las decisiones de los tribunales nacionales en materias no regidas directamente por la Convención y, si se respetan, las garantías de procedimiento.

La primera regla, del “agotamiento previo de recursos internos”, si bien tiene naturaleza procesal, resulta un factor clave para entender la dinámica de funcionamiento de todo el sistema interamericano y, en especial, su función subsidiaria. Al obligar a presentar y agotar el sistema de acciones y recursos organizado por el sistema judicial del Estado nacional, se brinda a cada Estado Parte la posibilidad de solucionar el conflicto y remediar las violaciones antes de que el asunto sea examinado en la esfera internacional. En definitiva, el alcance que se le brinda a esta regla en la jurisprudencia de los órganos del SIDH marca los grados de intervención que está dispuesto a ejercer en las diferencias situaciones, sobre la base de la mayor o menor idoneidad y eficacia del sistema judicial nacional.

La segunda regla, denominada de la “cuarta instancia”, funciona como una suerte de margen de deferencia a los sistemas judiciales nacionales, pues les reconoce un amplio margen de autonomía para actuar en la interpretación de las normas locales y la decisión de los casos particulares, bajo la condición exclusiva de que respeten las garantías procesales establecidas en la Convención.⁽⁴⁷⁾

También el SIDH ha dado cuenta del nuevo escenario de democracias constitucionales en la región, reconociendo márgenes de deferencia a los Estados nacionales en la definición de ciertos asuntos sensibles, como el diseño de los sistemas electorales en función de cada contexto social e histórico, y siempre que se respete el ejercicio igualitario de los derechos políticos.⁽⁴⁸⁾

(47) Ver la doctrina expuesta por la CIDH en sus informes de inadmisibilidad más recientes, incluso para inhibirse de revisar condenas penales alegadas como injustas, ante la imposibilidad de reemplazar a los tribunales nacionales en la valoración de la prueba. Por ejemplo, CIDH, Informe 87/2007, Luis de Jesús Maldonado Manzanilla. México, 17 de octubre de 2007. Por supuesto que el límite entre revisión de contenido de las sentencias, o de la evaluación de la prueba del juicio, y el estudio de la vulneración de ciertas garantías procesales fijadas por la Convención, es a veces borroso y requiere afinar los estándares técnicos.

(48) Ver el debate sobre obligaciones positivas del Estado en materia electoral, y el margen de deferencia para diseñar sistemas electorales y de partidos políticos. CIDH, Informe 113/06,

En algunos casos, además, la CIDH ha considerado especialmente en su examen de la aplicación de la Convención en casos particulares, los argumentos desarrollados por los tribunales superiores de los Estados que han aplicado la misma Convención, o analizado los mismos asuntos con sus propios parámetros constitucionales. No se trata del reconocimiento de márgenes de deferencia en sentido estricto, sino de la consideración especial de ciertas decisiones de tribunales internos como punto de apoyo, o como una base de argumentación, que es tenida particularmente en cuenta por la CIDH al realizar su propio examen del caso. Este tipo de argumentación sostenida en decisiones de tribunales locales, se ha considerado, por ejemplo, en análisis sobre la razonabilidad de leyes internas que impusieron restricciones de derechos fundamentales. Lo ha hecho, por ejemplo, al considerar razonables argumentos de tribunales locales que determinaron la proporcionalidad de condenas de daños y perjuicios por difamación, a fin de determinar si se había violado la libertad de prensa.⁽⁴⁹⁾ También al examinar una decisión de un tribunal nacional acerca de la razonabilidad de una reforma del sistema de seguridad social, a fin de determinar si esa reforma cumplía con parámetros de proporcionalidad y progresividad y, por lo tanto, si existían restricciones legítimas de derechos sociales.⁽⁵⁰⁾

Como vimos, la aplicación con mayor rigurosidad de estos institutos procesales y las materias en las cuales el SIDH ha reconocido márgenes de apreciación a las autoridades nacionales, expresan que el SIDH toma en cuenta el nuevo escenario de democracias constitucionales en el continente y procura un equilibrio entre autonomía y protección internacional. Por un lado, el SIDH restringe su intervención con respecto de ciertos asuntos sensibles que, considera, deben ser resueltos en el ámbito del Estado. Por otro lado, se fija una regla general que conduce a modular la intervención en función del grado de desarrollo de la institucionalidad en

Fondo y Admisibilidad, Jorge Castañeda Gutman, México, 26 de octubre de 2006, párr. 173 y 174. Ver, además, la demanda de la CIDH ante la Corte IDH, Jorge Castañeda Gutman, caso 12.535 contra los Estados Unidos Mexicanos. También Corte IDH, caso "Castañeda Gutman, Jorge vs. Estados Unidos Mexicanos", del 6 de agosto de 2008, párrs. 162/166 y párr. 193.

(49) Ver CIDH, Informe 23/08, Fondo, caso "Dudley Stokes", Jamaica, 14 de marzo de 2008.

(50) Ver CIDH, Informe 38/09, caso 12.670, "Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras", Perú, 27 de marzo de 2009.

cada Estado. Así, cuanto mayor es el grado de desarrollo de la institucionalidad doméstica, mayor es el margen de autonomía que se reconoce al Estado y menor el alcance de la intervención del sistema. El SIDH interviene exclusivamente cuando el Estado no logra asegurar un mecanismo idóneo y efectivo para garantizar los derechos en el ámbito interno. Lo cierto es que, precisamente, uno de los mayores déficits de las democracias latinoamericanas reside en la ineficacia e inequidad de sus sistemas judiciales, que no logran remediar la afectación de derechos fundamentales y se vuelven ellos mismos un factor de vulneración de derechos (como veremos en el punto 8).

El argumento de autonomía y el principio de subsidiariedad tienen, además, connotaciones especiales cuando nos referimos a conflictos de vulneración de derechos por patrones de desigualdad o exclusión. Como vimos, esta cuestión no se limita a la afectación de derechos económicos, culturales o sociales, sino que, por lo general, se presenta ante el SIDH como casos de vulneración de derechos civiles y políticos. No son formalmente planteos de nuevos derechos, sino otra dimensión de problemas clásicos de violencia y discriminación. Es verdad que estos casos imponen cargas fuertes a los Estados pues, como dijimos, obligan a acciones positivas de alcance colectivo y extienden la responsabilidad indirecta del Estado por conductas de actores no estatales. Pero el aumento de las cargas estatales se relaciona con la magnitud de los desequilibrios sociales que se procura reparar. Aquí el SIDH está jugando un rol indispensable, que tiene una fuerte relación con el rol que jugó durante el terrorismo de estado en América Latina, y en donde el carácter subsidiario de su intervención debe evaluarse cuidadosamente, en función de las restricciones de la capacidad de acción colectiva y de autodefensa de derechos de los grupos afectados. Esa función del SIDH consiste precisamente en ampliar la voz de los sectores más débiles de la población, aquellos que están fuera del sistema de representación social o política, que no logran acceder con fuerza a la esfera pública, que no alcanzan los sistemas de protección social y judicial del Estado, y que sienten que las reglas del juego político en los Estados nacionales no ofrece salidas y conducen a la reproducción de las injusticias sociales. En ese sentido, la subordinación estructural de ciertos sectores sociales presenta características similares a la asfixia política por el cierre de los esfera pública llevada a cabo por los Esta-

dos autoritarios. Se trata de esas situaciones extremas en las cuales el espacio político del Estado nacional funciona como una prisión. Este tipo de situación expone los límites de las soberanías estatales como mecanismo excluyente de protección de derechos y justifica, en nuestra opinión, una mayor injerencia de la comunidad internacional. Si el Estado no logra revertir patrones estructurales de desigualdad, difícilmente esté en condiciones de invocar su autonomía a fin de resistir el escrutinio internacional de derechos humanos. De allí que planteamos que son precisamente estos asuntos los que justifican una mayor injerencia internacional sobre los procesos internos. En este tipo de conflictos la apertura de la instancia internacional no puede verse exclusivamente como una amenaza para la autonomía de los Estados nacionales. Es común que tenga también un efecto estabilizador, merced a la ampliación de los ámbitos institucionales en que pueden ser planteados, discutidos y procesados ciertos conflictos colectivos que no logran ser dirimidos adecuadamente en los espacios sociales y políticos locales, entre otros factores, por el fuerte desequilibrio de poder entre los actores involucrados.⁽⁵¹⁾

La garantía básica de los derechos en situaciones de desigualdad estructural marcan, en nuestra opinión, la prioridad y el sentido político del SIDH en la etapa posterior al fin de las transiciones, en un escenario de democracias constitucionales caracterizado por el déficit de las instituciones y por la amplitud de las brechas sociales. El abordaje de esta temática, lejos de debilitar al SIDH o desfigurar la noción de derechos humanos, contribuye a definir un núcleo duro de cuestiones prioritarias, que le dan al sistema un renovado sentido en el contexto regional.

En cierta medida, las críticas a la intervención del SIDH en estas nuevas agendas, con frecuencia están reflejando no sólo una mirada acotada del proceso de internacionalización de los sistemas jurídicos locales, sino también las limitaciones y carencias de las políticas públicas de muchos gobiernos latinoamericanos. Incluso de gobiernos que han sido enérgicos y ejemplares en relación con el legado de las dictaduras, pero que no alcanzan a relacionar otro tipo de problemas urgentes,

(51) Ver al respecto, KECK, MARGARET E. y SIKKINK, KATHRYN, *Activist Beyond Borders*, Itaca, Cornell University Press, 1998.

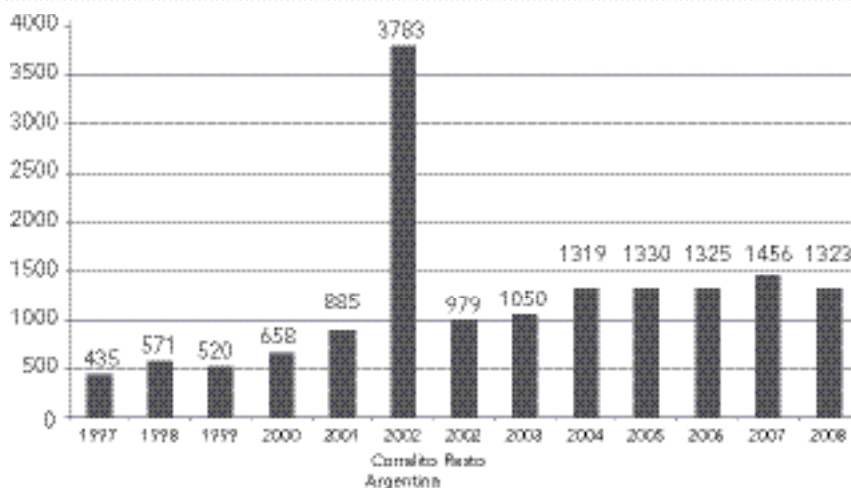
como la violencia carcelaria y la desigualdad social, con las políticas de derechos humanos.

Esta ampliación de la agenda del SIDH y el cambio de enfoque reseñado, —que pone el acento en los problemas estructurales, así como en las políticas públicas y en los remedios de alcance general— requiere una institucionalidad básica para el propio SIDH que desafía las restricciones de diversa índole que enfrenta en la actualidad. El tema tiene enorme complejidad y no vamos a cubrir aquí todos los temas que deberían ser discutidos. En lo que sigue, procuraremos sólo enunciar algunos asuntos que entendemos relevantes para una discusión estratégica sobre el funcionamiento del SIDH.

7 | Articulación y tensión entre el rol judicial y el rol político

En nuestra opinión, una de las principales tensiones institucionales que enfrenta el SIDH, y en especial la CIDH, se da entre la ampliación del cúmulo de casos, y la necesidad de preservar y ampliar su rol de supervisión de la situación de derechos humanos en los países. Como vimos, en la etapa de las transiciones y en la actualidad, la CIDH se plantea dar seguimiento a situaciones generales, a patrones estructurales y a las políticas de protección de derechos humanos de los Estados. Pero la dinámica de actuación del SIDH parece, en ocasiones, marcar un límite a la posibilidad de articular adecuadamente casos y supervisión, rol cuasi-judicial y rol político.

La cantidad de denuncias recibidas por año ante la CIDH como surge del Gráfico 1, ha crecido de manera ininterrumpida en los últimos años. Ello es el resultado de algunos factores positivos ya enunciados, como un mayor conocimiento del sistema y el éxito de sus intervenciones en ciertos países, lo que le ha dado una fuerte legitimidad. Pero también es el resultado de numerosos factores negativos, entre los que podemos mencionar la persistencia de un alto nivel de violaciones de derechos humanos por las diferentes agencias estatales, y las serias deficiencias de los sistemas de administración de justicia en varios países del continente.

GRÁFICO 1: TOTAL DE DENUNCIAS RECIBIDAS POR AÑO

Fuente: CIDH

En el Gráfico 1 surge que la cantidad de denuncias recibidas por el SIDH ha aumentado año tras año, instalándose desde principios de la última década por encima de las mil denuncias por año, sin retroceso. El promedio de casos en los últimos años de la década del 90, entre 1997 y 2001, era de 600 por año, entre 2003 y 2008, el promedio actual se ha estabilizado en 1.300 casos por año.

En algunos países, el cúmulo de casos ha tenido directa relación con el resultado de algunos casos previos, lo que, en alguna medida, torna al sistema víctima de su propio éxito. Así, el aumento de peticiones en casos peruanos tiene directa vinculación con el "Caso Cinco Pensionistas" de la Corte, sobre reformas del sistema de seguridad social. Miles de pensionistas acudieron al SIDH ante el rechazo de sus reclamos en instancias locales. También se observa en el gráfico la presentación, sólo en 2002, de 3.783 denuncias relacionadas con el congelamiento de los depósitos bancarios en la Argentina, llevadas adelante por abogados particulares familiarizados con el uso del SIDH.

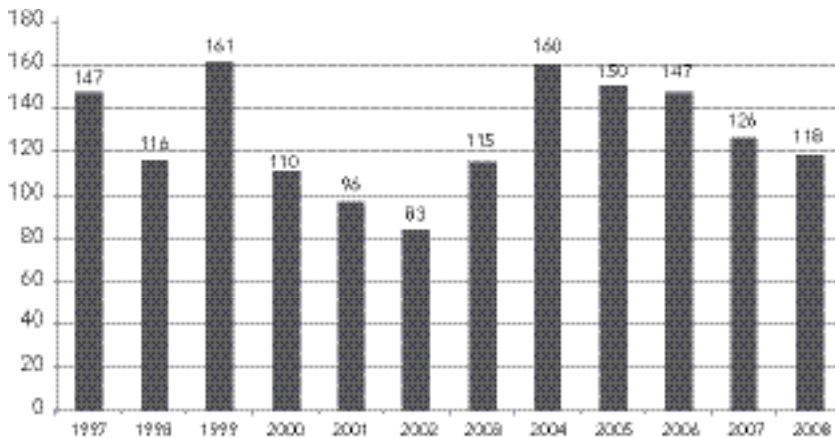
El aumento progresivo del número de denuncias se ha producido sin que la CIDH haya logrado aumentar sustancialmente su capacidad de procesamiento y evaluación de esas denuncias, lo que acumuló un significativo atraso procesal. Si bien el ritmo de evaluación aumenta cada año, la ca-

pacidad operativa limitada no logra reducir significativamente el atraso procesal de arrastre. En este punto hay que señalar que el sistema sigue funcionando con el mismo promedio de recursos financieros de la década pasada e, incluso, ha sufrido recortes presupuestarios importantes en algunos períodos en los aportes estatales; vacíos que fueron cubiertos con la cooperación internacional privada y por Estados donantes que no integran el sistema, como países europeos. Esto produce un fuerte atraso en la tramitación de los expedientes y afecta sensiblemente la efectividad de la labor de supervisión, si se la analiza en función exclusivamente del sistema de casos.

En el año 2006 la CIDH creó un grupo de registro para enfrentar ese tema con financiamiento externo y avanzó en el estudio y la tramitación de expedientes demorados, pero el atraso procesal sigue siendo un problema operativo grave de la CIDH.

En el Gráfico 2 se observa que el número de peticiones abiertas a trámite por año por la Comisión, esto es, las denuncias que presentan a primera vista elementos suficientes para ser tramitadas y que, por lo tanto, se envían en traslado al Estado, se mantiene estable desde los años 90. En relación con el número de denuncias recibidas por año en la actualidad (Gráfico 1), representa en promedio el 10% de éstas.

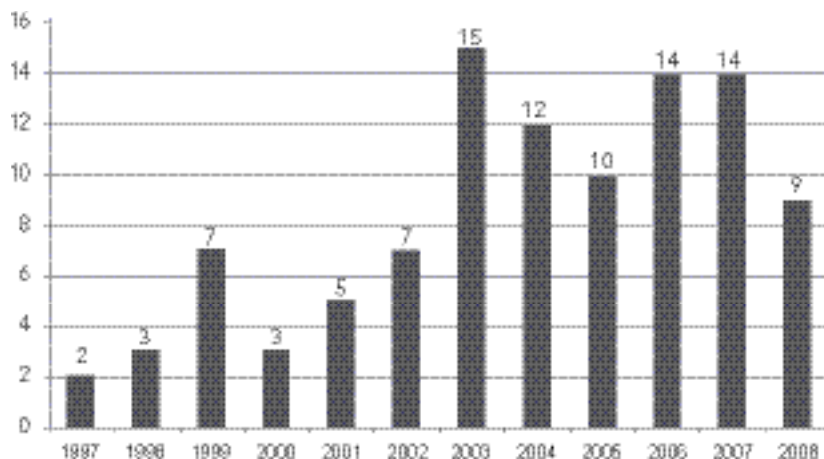
GRÁFICO 2.



Fuente: CIDH

En el Gráfico 3 se indica el aumento del número de casos sometidos a la Corte por la Comisión.

GRÁFICO 3.



Fuente: CIDH

De dos casos en 1997 a 15 casos en 2003 y, a partir de allí, un número promedio de 12,3 casos por año en el período 2003 a 2008. Esto marca un aumento del número de casos que ingresa a la Corte —en particular desde la reforma del reglamento de la CIDH de 2001⁽⁵²⁾— pero, si lo comparamos con el total de peticiones que ingresan por año a la Comisión (ver Gráfico 1), se puede concluir que el promedio de casos que llegan a la Corte sigue siendo muy bajo, de alrededor del 1% de las denuncias recibidas por año, que es más o menos el promedio histórico del SIDH desde los años 90.

El aumento del número de casos enviados y decididos por la Corte, tiene un aspecto positivo, pues ha contribuido a desarrollar criterios jurisprudenciales claros y precisos en una amplia gama de asuntos, incluso sobre temas de procedimiento. En particular, la jurisprudencia de la Corte es más completa y ayuda a contar con criterios sobre los asuntos que se pre-

(52) Esa reforma invirtió la regla de envío de casos a la Corte, fijando como principio que todos los casos serán enviados a la Corte, salvo decisión fundada adoptada por la mayoría absoluta de la CIDH en función de una serie de principios enumerados en el art. 44 del Reglamento.

sentan a consideración de la CIDH, y brinda también pautas más claras para la argumentación de los peticionarios y los Estados. Es difícil definir tendencias en relación con la tramitación de casos pero, en mi opinión, las decisiones de la CIDH y de la Corte tienen en la actualidad mayor desarrollo conceptual, mayor rigor y coherencia jurídica, y procuran basarse en los precedentes o apartarse de ellos de manera fundada. Esto confiere mayor certeza a los usuarios del sistema y mejora la transparencia de los mecanismos. Estos cambios han ido acompañados de una mayor profesionalización de las secretarías de la CIDH y de la Corte IDH.

La enorme cantidad de casos ha provocado también, en mi opinión, una tendencia no siempre positiva a judicializar la actuación de la Comisión que, como dijimos, es un órgano que además tiene un rol político de supervisión que excede el tratamiento de casos contenciosos. Lo que aquí denominamos tendencia a la judicialización, no está dada por un aumento del número de casos ante la Corte. No se trata de una judicialización a la manera del sistema europeo por una mayor incidencia de la Corte en desmedro de la CIDH y de la tarea de supervisión política. Este argumento, que es planteado por algunos Estados, no tiene correlato en las estadísticas. Como vimos, hay un aumento del número de casos que llegan a la Corte desde la reforma de 2001, pero también hay un aumento simultáneo del número de denuncias que recibe el SIDH por año, de modo que se preserva el promedio histórico del 1% de judicialización ante la Corte, sobre el total de las denuncias recibidas en el SIDH. La participación de la Corte en el total de asuntos del SIDH sigue siendo limitada en cuanto al número de casos en los que interviene. Esto determina una tasa muy baja de judicialización ante la Corte, inferior incluso al promedio de casos que estudian y deciden los tribunales supremos y cortes constitucionales de los Estados, que suele ser de aproximadamente el 10% de los presentados.

Hablamos aquí de judicialización en otro sentido: los informes sobre casos y medidas cautelares suelen cubrir una parte muy importante del tiempo de los Comisionados y del equipo de trabajo de la Secretaría de la CIDH, lo que deja un tiempo mínimo para el desarrollo de la función promocional y la planificación estratégica de su rol de supervisión, y, por lo tanto, suele provocar algunas tensiones. La economía del tiempo de la CIDH no es un tema meramente administrativo: por año, por ejemplo, se celebran habitualmente alrededor de 100 audiencias durante sus períodos regula-

res de sesiones. En la fijación de esas audiencias compiten directamente los casos y las solicitudes de audiencias sobre situaciones de derechos humanos en los países.

Es verdad que existen algunas sinergias entre el rol judicial y el rol político que deben incorporarse al análisis de situación. Los casos que llegan al sistema ayudan al diagnóstico de situación de los países. Las peticiones reiteradas sobre ciertos asuntos son una “señal de alerta” y el registro de casos funciona, de alguna manera, como una “caja de resonancia” de ciertos conflictos extendidos y, a veces, de problemas estructurales, así como de las deficiencias o debilidades de las respuestas institucionales.⁽⁵³⁾

Pero el sistema de casos no puede ser la única fuente de información para definir las prioridades temáticas del SIDH. Los casos no representan la totalidad de los temas centrales en un país y, además, su conformación está también determinada por la posibilidad de ciertas víctimas de llegar con sus reclamos a la instancia internacional. En tal sentido, expresan también las limitaciones y problemas de acceso a la justicia que tiene el mismo sistema interamericano. De allí que muchas veces los casos reflejan la agenda de las organizaciones sociales con mayor capacidad de acción en este ámbito internacional e, incluso, la narración de ciertos conflictos locales en función del enfoque que le dan estas organizaciones, y que no tiene por qué ser la misma perspectiva que adopte el SIDH.

El litigio de los casos tampoco permite cubrir en su complejidad y profundidad los principales problemas de derechos humanos pues se suele recortar aspectos importantes de los conflictos colectivos, más allá de que, como vimos, cada vez más el SIDH procura observar en casos particulares patrones y pautas estructurales.

(53) Este diagnóstico de situación, construido a partir del *docket* de casos, sería una herramienta útil para otros actores regionales y locales, si la CIDH en especial mejorara y refinara su sistema estadístico, clasificando mejor los asuntos planteados en cada petición, quiénes son los usuarios, qué tipo de problemas estructurales se denuncian, etc. No se trata de emitir juicios sobre casos en trámite, sino de aprovechar el cúmulo de información disponible en los legajos de casos para mejorar la labor de supervisión y promoción de la CIDH y brindar información que puede ser relevante para la comunidad de derechos humanos en la región.

Como señalamos, la Comisión y las organizaciones sociales han procurado adaptar el litigio de casos a sus estrategias de incidencia en políticas públicas, de modo que en la mayoría de los casos reciben el tratamiento de un "litigio paradigmático". Los casos individuales suelen ser la plataforma para el debate de cuestiones de interés público que trascienden la situación particular de las víctimas y su reparación, tales como el cuestionamiento de prácticas, políticas de gobierno y patrones estructurales. Por lo demás, en los últimos años ha crecido sustancialmente el litigio de casos colectivos. Esto es, casos en los cuales se plantea la afectación de un grupo o una "clase" de víctimas por la acción u omisión de un Estado. Como ejemplo de ello puede mencionarse los casos sobre pueblos indígenas, así como las recientes medidas provisionales dispuestas por la Corte en materia carcelaria,⁽⁵⁴⁾ y sobre comunidades negras.⁽⁵⁵⁾

La última reforma del Reglamento de la Corte ha ampliado considerablemente la posibilidad de las víctimas, y de las organizaciones no gubernamentales que las representan, de presentar ante la Corte sus propios alegatos y ofrecer su propia prueba, aunque deben sujetarse a los hechos planteados por la Comisión en su demanda. Los representantes de las víctimas tienen, además, plena legitimación procesal en la etapa de reparaciones y suelen fijar sus propios pedidos en cuanto al tipo de medidas de reparación no económica que debería fijar la Corte. En esta etapa se discuten, por ejemplo, reparaciones de alcance general, como el cambio de normas legales o de políticas públicas. Es indudable que esa mayor participación de las víctimas y de las organizaciones que las asisten enriquece el debate y permite disponer medidas de reparación que tienen un rol central en el fortalecimiento de las instituciones nacionales, lo que en

(54) Entre otras puede verse: Corte IDH, Asunto de la Cárcel de "Urso Branco" respecto de Brasil, resolución de 18 de junio de 2002 y última resolución de 2 de mayo de 2008; Corte IDH, Asunto de las Penitenciarías de la Provincia de Mendoza respecto de Argentina, resolución del 22 de noviembre de 2004 y resolución del 17 de octubre de 2008; Corte IDH, Asunto de las personas privadas de libertad de la penitenciaría "Dr Sebastiao Martins Silveira en Araquara, Sao Paulo", respecto de Brasil, resolución del 28 de julio de 2006 y última resolución del 25 de noviembre de 2008; Corte IDH, Asunto de los niños y adolescentes privados de la libertad en el "Complejo de Tatuapé" da FEBEM, respecto de Brasil, resolución del 17 de noviembre de 2005 y última resolución del 25 de noviembre de 2008.

(55) Corte IDH, Asunto comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó respecto de Colombia, resolución del 7 de marzo de 2006 y última resolución del 5 de febrero de 2008.

cierta medida contribuye a compatibilizar el rol judicial con el rol político o promocional del SIDH.

La incorporación de la voz de las víctimas, y de las organizaciones peticionarias en el litigio ante la Corte, introduce la perspectiva y la "teoría del caso" de los demandantes particulares. A partir de la consolidación de esta tendencia se ha abierto una discusión sobre la necesidad de que la CIDH gradualmente reformule su rol en el litigio ante la Corte. Ello otorgaría a los peticionarios un lugar central, y preservaría un lugar más estratégico, como una suerte de ministerio público para la formulación de asuntos de interés general que estén involucrados en el caso particular. Así, por ejemplo, se podrían señalar aquellos temas estructurales o generales que subyacen a la violación de derechos de las víctimas individuales de un caso, de modo de aportar un enfoque más amplio que, al mismo tiempo, contribuya a articular mejor su función cuasi-judicial con su rol político. La CIDH debería preservar la posibilidad de sugerir a la Corte medidas de reparación de alcance estructural, como cambios de leyes, de prácticas, y de políticas, y podría aportar también sobre la situación de los derechos humanos en el país demandado. Este cambio de rol podría consolidarse sólo en aquellos casos donde los derechos de las víctimas estuvieran resguardados y se asegurara un adecuado equilibrio procesal con los Estados.

Una estrategia importante, que la Comisión ha buscado para articular el sistema de casos con su tarea promocional, es la creación de Relatorías temáticas. Las Relatorías además de interiorizarse en los casos, realizan un trabajo de diagnóstico y seguimiento de los temas específicos de su competencia e impulsan actividades de incidencia de la Comisión sobre las políticas nacionales que los afectan, tales como visitas *in loco*, audiencias de situación general e informes temáticos. Esta actividad permite la utilización, en ocasiones, de los casos en trámite para avanzar en las discusiones sobre temas que la Relatoría considera prioritarios en su propia agenda de diálogo con los Estados y la sociedad civil. Así, la Relatoría sobre pueblos indígenas se ha involucrado en una serie reciente de casos tramitados ante la Corte sobre propiedad comunitaria de territorios ancestrales y participación política. La Relatoría especial para la libertad de expresión ha definido como un asunto central de su agenda la despenalización de la crítica sobre temas de interés público y, además de analizar la temática

en sus informes y comunicados de prensa de manera frecuente, ha acompañado el litigio ante la Corte de algunos casos que procuran avanzar en los estándares del SIDH en este campo. Las decisiones logradas servirán en el futuro como marco conceptual para el trabajo de la Relatoría en este tema, y así, se mejorará la articulación de estrategias judiciales y de promoción.⁽⁵⁶⁾

También puede observarse esa articulación entre los Informes temáticos de la Relatoría sobre derechos de las mujeres y los casos tramitados ante la Corte IDH sobre violencia estructural, discriminación y denegación de acceso a la justicia. También la Relatoría sobre afro-descendientes y discriminación racial ha comenzado gradualmente a iluminar aspectos particulares de discriminación racial en casos de violencia contra comunidades negras en algunos países.

La búsqueda de articulación de rol judicial y rol político no es sólo una estrategia desarrollada por las Relatorías temáticas, sino también por las Relatorías a cargo del seguimiento de la situación en los países. Así, por ejemplo, el seguimiento que la CIDH ha realizado en los últimos años sobre las actividades de grupos paramilitares en Colombia —sus crímenes masivos y el alto grado de impunidad de sus acciones en la justicia colombiana—, además de ser considerado en los informes por país y en el anual de la CIDH, y de estar en la agenda de supervisión de los Relatores de país, fue ilustrado por una serie de casos paradigmáticos presentados ante la Corte IDH. En esos casos, no sólo se fijaron estándares jurídicos claros sobre la responsabilidad estatal por los crímenes del paramilitarismo, sino que se analizaron problemas estructurales del funcionamiento de las instituciones judiciales, como la justicia penal militar y el fuero contencioso administrativo. Más recientemente, la CIDH y varios peticionarios pidieron a la Corte IDH que se pronunciara sobre aspectos de la ley de justicia y paz que rige el proceso de desmovilización de paramilitares colombianos. Al mismo tiempo, la CIDH como parte de su rol político, realizó un seguimiento del proceso de desmovilización y un acompañamiento de la misión MAPP/OEA en Colombia, pronunciándose sobre aspectos jurídicos del marco normativo, pero también sobre problemas concretos de implementación de la ley de justicia y paz. De modo que la misma cues-

(56) Ver los casos “Ricardo Canese vs. Paraguay”; “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”.

ción se abordó y discutió en el contexto de los casos ante al Corte IDH y en la agenda de supervisión de la CIDH. En tal sentido, la jurisprudencia que fue fijando la Corte en diferentes asuntos como el alcance del deber de investigación penal, las medidas adecuadas de protección de víctimas y de testigos, la naturaleza y características de las reparaciones a las víctimas de los grupos paramilitares y la responsabilidad del Estado colombiano al respecto, tuvo un enorme peso en las discusiones internas sobre el alcance de las normas que rigieron la desmovilización y las políticas públicas adoptadas en ese proceso.⁽⁵⁷⁾ La CIDH usó la jurisprudencia de la Corte como base de sus análisis en sus diálogos con agencias del Estado, en sus pronunciamientos públicos y en sus informes.⁽⁵⁸⁾ También funcionó como marco de referencia de algunas agencias del propio Estado, al formular recomendaciones al Gobierno y al Congreso, como la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación de Colombia (CNRR),⁽⁵⁹⁾ y sirvió como marco al trabajo de control que ejercieron las organizaciones de derechos humanos en Colombia.⁽⁶⁰⁾ Las sentencias de la Corte, las recomendaciones y lineamientos de la CIDH, también fueron considerados relevantes, en varios debates parlamentarios durante el proceso que todavía está en curso: no sólo la discusión en el Congreso de la ley de Justicia y Paz, sino también la reciente discusión sobre una ley general sobre reparaciones a las víctimas del conflicto.

Sin embargo, más allá de estas formas positivas de articulación, en un sistema caracterizado por la limitación de recursos, existe también tensión entre el uso de recursos para avanzar la tramitación de casos, frente al uso de recursos para las actividades de promoción —como las visitas *in loco*,

(57) Ver CIDH, el caso de la “Masacre de Ituango vs. Colombia”, sentencia del 1 de junio de 2006, y CIDH, y el caso de la “Masacre de la Rochela. 11 de mayo de 2007.

(58) Ver CIDH, “Seguimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Proceso de Desmovilización de las AUC en Colombia. Compendio de documentos publicados (2004-2007), 2/07. También CIDH, “Lineamientos Principales para una Política Integral de Reparaciones”, 2008.

(59) Ver, Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, “Recomendación de Criterios de Reparación y de Proporcionalidad Restaurativa”, Bogotá, CNRR, abril de 2007.

(60) Ver por ejemplo, UPRIMNY RODRIGO; BOTERO, CATALINA; RESTREPO, ESTEBAN y SAFFON, MARÍA PAULA (eds.), *¿Justicia Transicional sin Transición? Verdad, Justicia y Reparación para Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006; DIAZ, ANA M. y MARIN, CARLOS A. (eds.), “Colombia: El espejismo de la justicia y la Paz. Balance de la Aplicación de la ley 975 de 2005”, Bogotá, Comisión Colombiana de Juristas (CCJ), 2008.

las visitas a los países de las Relatorías, las audiencias de situación general, o los procesos de consulta y de elaboración de informes o estudios temáticos—.

Las necesidades que se derivan de la gestión de los casos han predominado también en los criterios de contratación del personal de la secretaría ejecutiva y en su estructura de organización interna, que parece más adaptada a la lógica de un tribunal, que a la de un órgano con dos competencias diferenciadas: cuasi judiciales y de supervisión. Un ejemplo es el predominio de abogados en el equipo de trabajo de la secretaría y la inexistencia de un área que coordine y fije reglas metodológicas comunes para la elaboración de informes, visitas, y actividades de promoción y supervisión.

Además de la limitación de recursos, es común que se invoque el rol cuasi-judicial para inhibir a la CIDH de intervenir o pronunciarse sobre temas que están siendo materia de estudio en el sistema de casos, para evitar eventuales prejuicios. El abuso de este argumento puede conducir a actitudes conservadoras en el ejercicio de las facultades de supervisión. Lo que se contrapone es la necesidad de preservar la imparcialidad para decidir si existió en un caso una violación de derechos, frente a la necesidad de intervenir en situaciones en curso, a través de las vías de supervisión, como las visitas, los informes y los posicionamientos públicos. Sin duda, esta cuestión presenta aristas complicadas y pone en evidencia la naturaleza particular de la CIDH que ejerce, al mismo tiempo, facultades que a veces resultan contrapuestas. La intervención retroactiva que apunta a reparar violaciones consumadas puede, en ocasiones, oponerse a otro tipo de intervención de índole preventiva que actúe sobre situaciones en curso, y que apunte precisamente a evitar que las violaciones se consumen o persistan en el tiempo.

La tensión entre el rol cuasi-judicial y el rol político, propia de un órgano de protección híbrido con amplísimas competencias, caracteriza la dinámica de trabajo de la CIDH. Este tema merece, sin duda, una discusión profunda, y existe un debate sobre la necesidad de separar tajantemente los roles judiciales y políticos, que reserve cada rol para un órgano en particular del SIDH. Es posible que este deslinde contribuya a brindar mayor claridad y certeza sobre el alcances de las competencias de la Comisión y de la Corte, y logre eliminar, algunas de las tensiones antes mencionadas.

Sin embargo, en nuestra opinión, gran parte del valor estratégico de la CIDH reside precisamente en la capacidad de articular esas funciones disímiles, y gestionar adecuadamente esa tensión. Ello permite al sistema en su conjunto montar y ajustar en un único engranaje los casos y la supervisión, como dos vías conectadas para intentar incidir en los conflictos complejos y estructurales que caracterizan el escenario político regional.

8 | La efectividad de las decisiones. La articulación con los sistemas de justicia locales

La autoridad de las decisiones y de la jurisprudencia de los órganos del sistema depende en parte de la legitimidad social alcanzada y de la existencia de una comunidad de actores interesados que acompaña y difunde sus estándares. No se trata de incidir a través de una fuerza coactiva, de la que se carece, sino de una fuerza persuasiva que debe construir y preservar.

Así, en los países en los cuales el derecho internacional de los derechos humanos hace parte cotidiana del discurso jurídico y los argumentos planteados en las cortes, se dan algunos factores para considerar como relevantes. Por un lado, el SIDH tiene un prestigio ganado a partir de ciertas acciones y decisiones que han marcado los procesos políticos del país. Por otro lado, existe una comunidad de actores sociales, políticos y sectores académicos, que se consideran protagonistas de la evolución del propio SIDH. En la Argentina, por ejemplo, la incorporación de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional en 1994 fue un paso importante para ello, pero también lo fue el rol jugado por la Comisión en su visita al país en plena dictadura militar en 1979, y su informe que contribuyó a fortalecer a las organizaciones de víctimas y a desgastar al gobierno ante la comunidad internacional. En Perú también ha sido central la legitimidad ganada por la Comisión y la Corte en sus planteos de violaciones de derechos humanos durante el gobierno de Fujimori, lo que ha contribuido a conformar un sector de organizaciones sociales, de académicos, así como un núcleo de jueces y operadores jurídicos, familiarizados con el sistema.

Si bien en la última década se ha avanzado sustancialmente en la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno de los Estados, y en varios países de la región la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte se considera como una guía, e incluso como una "guía ineludible" para la interpretación de la Convención Americana por los jueces locales,⁽⁶¹⁾ no se trata de un proceso lineal y existen voces disidentes. Recientes decisiones de los tribunales superiores en República Dominicana y en Venezuela relativizan la obligación de aplicación automática de las decisiones de la Corte IDH y procuran resguardar para las cortes nacionales una facultad de revisión previa (test de legalidad), acerca de la compatibilidad de la decisión del órgano internacional con el orden constitucional del país. Se trata de un debate abierto en los sistemas de justicia del continente, en el cual las posiciones refractarias a la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos tienen todavía un peso considerable.

Un factor importante para la consolidación de una mayor apertura de los sistemas de justicia nacionales a la aplicación del derecho internacional es, en mi opinión, la conformación de una fuerte comunidad académica, que discuta críticamente las decisiones del sistema y aporte insumos para el tratamiento de la jurisprudencia por los jueces y operadores jurídicos. Esta comunidad académica local y regional no sólo es indispensable para asegurar la aplicación de los estándares interamericanos a nivel doméstico, sino también para obligar a rendir cuentas a los propios órganos del SIDH y presionar por una mejora en la calidad, la consistencia y el rigor técnico de sus decisiones. Si bien existen claros avances en los últimos tiempos, aún no es posible afirmar que esa comunidad exista a nivel regional. Las decisiones de la Corte y de la Comisión son poco comentadas, muy poco criticadas y, en varios países, escasamente conocidas. Los tímidos debates originados en los últimos tiempos han obligado a replantear al menos a nivel teórico algunas premisas. Sólo como ejemplo es interesante plantear los cuestionamientos que, desde la dogmática penal tradicional se han formulado al alcance de los deberes de persecución penal de graves violaciones de derechos humanos establecidos en la jurisprudencia del SIDH y sus consecuencias sobre algunas garantías de los imputados, como el

.....

(61) Por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina en los casos Giroldi; Poblete; Arancibia Clavel entre otros. Ver Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.), *op. cit.*

principio de cosa juzgada y del *ne bis in idem*,⁽⁶²⁾ así como las discusiones que un sector de la doctrina constitucional formula al valor de autoridad de las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos, y el cuestionamiento del déficit democrático de estos órganos internacionales o su falta de conocimiento de los procesos que se dan al interior de las comunidades políticas nacionales.⁽⁶³⁾

Es verdad que el nivel de cumplimiento de las decisiones particulares en el SIDH es importante en relación con las medidas reparatorias. También respecto de medidas de reformas legislativas que fueron ya mencionadas. En ambos casos, algunos estudios preliminares sugieren que el nivel de cumplimiento más alto se da en el marco de los procesos de solución amistosa, donde el Estado, de manera autónoma, se fija compromisos de esta índole.

Sin embargo, los principales problemas de incumplimiento tanto, de las recomendaciones de la Comisión IDH cuanto de las sentencias de la Corte IDH, están en las medidas de investigación penal de crímenes de Estado, en particular cuando los procesos internos se han cerrado y su reapertura puede afectar las garantías de los acusados. En algunos países se observa un grave deterioro de las instancias judiciales con niveles de impunidad generalizados, esto es, que éstas no se limitan a los casos de violaciones a

(62) Ver por ejemplo, MARGARELL, L. y FILIPPINI, L. (eds.), *El Legado de la Verdad. La Justicia Penal en la Transición peruana*, Lima, ICTJ e IDEHPUEP, 2006.

(63) GARGARELLA, ROBERTO, "Justicia Penal Internacional y Violaciones Masivas de Derechos Humanos", en GARGARELLA, ROBERTO, *De la Injusticia Penal a la Justicia Social*, Bogotá, Universidad de Los Andes y Siglo del Hombre Editores, 2008. El autor repasa algunos cuestionamientos que pueden formularse desde una teoría de la democracia deliberativa al valor de autoridad de las decisiones de órganos internacionales de protección, muchos de los cuales admitimos en este artículo. Propone una serie de problemas constitucionales y de déficit democrático que los internacionalistas no solemos plantearnos. Ello, pese a presentar una visión a mi juicio un tanto esquemática del proceso social, político y jurídico complejo que condujo a la construcción de nuevos consensos para la invalidación de las leyes de amnistía por el Congreso y la Justicia en Argentina. Para una crítica de algunas objeciones "comunitaristas" a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en Argentina, ver ABRAMOVICH, V., "Editorial", en *Nuevo Doctrina Penal*, 2007-B. También puede seguirse el debate entre Carlos F. Rosenkrantz y Leonardo Filippini. Ver al respecto, ROSENKRANTZ, CARLOS F., "En contra de los Préstamos y otros usos no autoritativos del derecho extranjero", en *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, octubre, n° 1, año 6, 2005, pp. 71/95; FILIPPINI, LEONARDO "El Derecho Internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz", y ROSENKRANTZ, CARLOS F., "Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, septiembre, n° 1, año 8, 2007, pp. 191/213.

los derechos humanos. Hemos visto cómo el SIDH ha utilizado el examen de patrones estructurales de impunidad para invalidar decisiones judiciales que intentan clausurar la investigación de este tipo de crímenes, por lo general para beneficiar a grupos con poder y en perjuicio de ciertos sectores de víctimas.⁽⁶⁴⁾

Por otro lado, no se ha avanzado de manera significativa en mecanismos internos de implementación de decisiones de los órganos del SIDH.⁽⁶⁵⁾ Esto en particular resulta un obstáculo cuando se trata de la imposición de obligaciones positivas. El trámite de un caso internacional y el cumplimiento de las medidas de reparación fijadas, requieren un alto nivel de coordinación entre diferentes agencias de gobierno que no suele alcanzarse. Esto dificulta sensiblemente el trámite del caso, el trabajo de los órganos del SIDH y el cumplimiento de las decisiones. La coordinación al interior del mismo gobierno es compleja, pero más lo es la coordinación del gobierno con el Parlamento o la Justicia, cuando las medidas involucradas en un caso requieren reformas legales o la activación de procesos judiciales. El tema es aún más grave cuando se trata de coordinar agencias del Estado Nacional con estados provinciales en sistemas federales.

La Comisión y la Corte realizan un informe a la Asamblea de la OEA sobre los incumplimientos, pero el tiempo que tienen para plantear y activar los mecanismos de garantía colectiva de los Estados es mínimo. Tampoco existe un debate serio en el ámbito del sistema sobre cómo mejorar los mecanismos de cumplimiento de índole política y alcanzar un mayor compromiso de los diversos órganos de la OEA.

.....

(64) En el caso “Carpio Nicolle contra Guatemala”, la Corte IDH ha considerado el concepto de “cosa juzgada aparente o fraudulenta” en función no sólo de las circunstancias del proceso judicial en estudio, sino también del contexto y de la existencia de un “patrón sistemático de impunidad” de ciertos crímenes de Estado. Nuevamente hay aquí una perspectiva que apunta a examinar desigualdades en la aplicación de la ley penal en beneficio de ciertos sectores privilegiados o en perjuicio de otros sectores sociales sojuzgados. En este caso, la desigualdad ante la ley es el fundamento de la descalificación de la decisión judicial de cierre del proceso y eso permite relativizar también el principio de cosa juzgada y de *ne bis in idem*. Puede consultarse el completo artículo de KRSTICEVIC, VIVIANA, “Reflexiones sobre la Ejecución de las Decisiones del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”, en Liliana Tojo y Viviana Krsticevic (coords.), *Implementación de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, Normativa y Experiencias Nacionales*, Buenos Aires, CEJIL pp. 15/112

(65) Colombia y Perú han sancionado normas sobre implementación y coordinación intergubernamental que son un modelo a considerar.

El mecanismo más efectivo hasta ahora para lograr resultados en el cumplimiento es la creación de instancias de supervisión internacional como las audiencias de seguimiento ante la Comisión o la Corte. Muchas organizaciones que representan víctimas prefieren estos mecanismos de supervisión internacional a los sistemas de ejecución internos, pues entienden que volver al ámbito nacional implica devolver a las víctimas a una situación de desequilibrio de poder con el Estado que sólo la participación del órgano internacional puede evitar.⁽⁶⁶⁾

Otro punto a considerar cuando se examinan los obstáculos a la efectividad del sistema, es el tipo de remedios que se disponen como medidas de reparación en los casos contenciosos, o en el marco de las medidas cautelares o provisionales. Si bien muchas veces los remedios fijados en los casos obedecen a las sugerencias de los peticionarios y representantes de las víctimas, no existe una línea jurisprudencial consistente sobre esto. Otro problema es que el sistema sigue pensando y diseñando remedios bajo el modelo elaborado en el tiempo de las transiciones, poniendo más énfasis en la investigación y determinación de responsables de las violaciones, y menos en la modificación de los problemas estructurales que esas violaciones evidencian. Este sistema de remedios clásicos no encaja plenamente con el tipo de conflictos propios de la nueva agenda a la que hacíamos referencia. Sobre todo cuando el SIDH no se limita a juzgar hechos ocurridos en el pasado, sino que procura prevenir la consumación de daños, o el agravamiento de situaciones en curso, o pretende incidir en la reversión de patrones sistemáticos o superar deficiencias institucionales. Ello ha quedado expuesto, en mi opinión, con mayor claridad en el marco de las medidas provisionales de la Corte en materia carcelaria. Estos asuntos en los que se plantea la existencia de condiciones inhumanas de detención, y prácticas estructurales de violencia toleradas por autoridades estatales y federales, funcionan como una suerte de “*habeas corpus*” colectivo internacional. En ellos se ha desarrollado un interesante debate sobre el tipo de remedios y los mecanismos de supervisión internacionales y locales. La Corte, a instancia de los peticionarios y de la Comisión, ha ido modificando gradualmente el tipo de remedios impuestos al Estado federal y, por su intermedio, a los Estados provinciales, pero aún no se

(66) Ver al respecto, Abregú, M. y Espinoza, O. “La Eficacia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Aplicación de sus Decisiones por los Estados Parte”, en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.), *op. cit.*, pp. 191/216.

ha conseguido un cumplimiento adecuado de las órdenes establecidas. La lógica de los remedios fijados se asemeja a los remedios del litigio de reforma estructural en los tribunales nacionales. En este tipo de casos se procura equilibrar numerosos intereses contrapuestos y dar al gobierno un margen para definir medidas, presentando planes de acción de mediano y largo plazo. Se busca, además, resguardar el acceso a la información, y la participación de las víctimas y sus representantes en los procesos que definen esas políticas.⁽⁶⁷⁾ Una discusión abierta es si este tipo de medidas de supervisión internacional pueden ser efectivas, sin que se involucre activamente al propio sistema de justicia doméstico, y a órganos públicos nacionales que estén en condiciones de realizar una evaluación y fiscalización de la situación carcelaria permanente en el terreno.⁽⁶⁸⁾

La persistencia de bajos niveles de efectividad de este tipo de remedios estructurales puede conducir a un replanteo de todo el SIDH, y traer costos en término de legitimidad de la Corte. Lo cierto es que el SIDH ingresó en una etapa de desarrollo de un modelo de litigio estructural de protección de grupos o colectivos, sin haber afinado y discutido con profundidad los límites o potencialidades de sus reglas procesales,⁽⁶⁹⁾ su sistema de remedios, y sus mecanismos de seguimiento y supervisión de decisiones.

.....

(67) Ver SABEL, C. y SIMON, W., "Desestabilization rights: How Public law litigation succeeds", en *Harvard Law Review*, 117: 1016, 2004; GAURI, VARUN y BRINKS, DANIEL M., "A New Policy Landscape: Legalizing Social and Economic Rights in the Developing World", en Varun Gauri y Daniel M Brinks. (eds.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Nueva York, Cambridge University Press. 2008; ABRAMOVICH, VÍCTOR, "El Rol de la Justicia en la articulación de políticas y derechos sociales", en Víctor Abramovich y Laura Pautassi (comps.), *La Revisión Judicial de las Políticas Sociales. Estudio de casos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, pp.1/91.

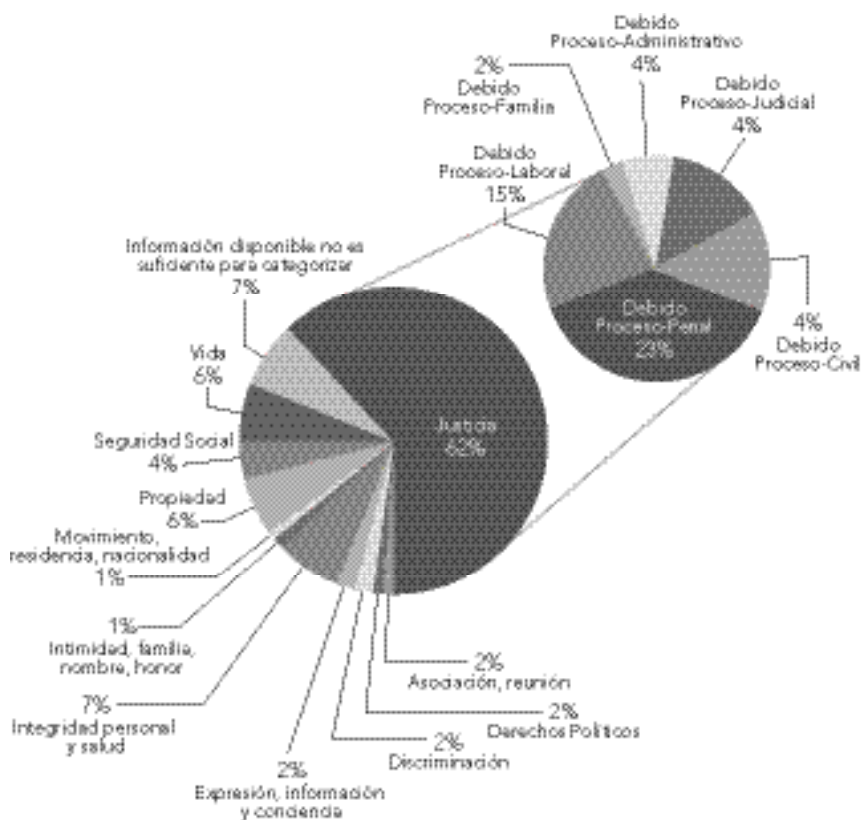
(68) Ver "Lavado, Diego Jorge y otros c. Mendoza, Provincia de y otro sobre acción declarativa de certeza". Se trata de la decisión del Superior Tribunal de la Argentina en la que se discute la implementación de las medidas provisionales dispuestas por la Corte IDH en el asunto de las "Penitenciarias de Mendoza" respecto de aquél país.

(69) Por ejemplo, existe un debate sobre el grado de precisión que se requiere en la identificación de las víctimas en casos de índole colectiva. Se necesita, en todos los casos, nombrar a cada persona afectada. O el SIDH, que ingresó en el tratamiento de patrones estructurales y el reconocimiento de "derechos de grupos", debe adaptar sus procedimientos a esta nueva agenda y aceptar la identificación de grupos o "clases" como víctimas, en especial en la etapa de reparaciones y en el marco de las medidas de protección cautelar. El riesgo es una cierta esquizofrenia, o un desarrollo en direcciones opuestas, entre la jurisprudencia sobre igualdad, y las decisiones en materia procesal.

El debate sobre la efectividad de la supervisión internacional, esta relacionado directamente a una cuestión vital para la calidad de los procesos democráticos, que es la pobre actuación de los sistemas de justicia locales.

En el Gráfico 4, se observa un análisis temático del total de peticiones recibidas en la CIDH en 2008, y surge claramente el lugar central que ocupan los problemas relacionados con el funcionamiento de los sistemas judiciales nacionales: alrededor del 62% de las denuncias contienen esta temática. Dentro de la cuestión justicia, un 23% denuncia violaciones de debido proceso en el ámbito penal, 15% en materia laboral, 9% en procesos administrativos.

GRÁFICO 4: PETICIONES DEL AÑO 2008 EN ESTUDIOS CATEGORIZADOS POR TIPO DE VIOLACIÓN ALEGADA



Fuente: CIDH

Es indudable que una estrategia central para mejorar la efectividad del SIDH es trabajar en mejorar la respuesta de los sistemas de administración de justicia nacionales. El SIDH ha dado pasos importantes en este camino al fijar algunos principios claros acerca de qué debe entenderse por tribunales independientes o imparciales, plazo razonable de los procesos, uso excepcional de la prisión preventiva, el alcance de la cosa juzgada, la revisión judicial de decisiones administrativas, entre otros temas. Una mejor sistematización de esta jurisprudencia podría servir como marco orientador de las políticas de reforma judicial en la región, mejorando la tutela de los derechos en los sistemas judiciales locales. El seguimiento de los sistemas judiciales nacionales debe seguir ocupando un espacio prioritario de la agenda de supervisión política de la Corte.

El desarrollo de obligaciones positivas en el campo de los derechos humanos, así como de derechos que pueden presentar una dimensión colectiva, exige al mismo tiempo determinar con mayor precisión qué debe entenderse por recursos idóneos y efectivos para protegerlos. Un sistema adecuado y accesible de acciones colectivas —como amparos colectivos, “mandatos de *seguranca*”, acciones de clase y mecanismos de protección cautelar urgente—, puede promover un litigio local de interés público que permita dirimir en los tribunales nacionales muchos conflictos que hoy se dirimen en el escenario internacional. La promoción de vías judiciales para el litigio local de interés público en asuntos de derechos humanos, es, por lo tanto, también estratégica para el SIDH.

9 | Conclusión

Es indudable que el SIDH cuenta con una importante legitimidad, originada en su labor de desestabilización de las dictaduras y, luego, en su rol inverso, definido como de acompañamiento de los procesos de transición a la democracia. En este artículo planteamos que en el actual escenario político de América Latina, el valor estratégico del SIDH consiste en su contribución al fortalecimiento de las instituciones democráticas, en especial la justicia, y a los esfuerzos nacionales para superar los actuales niveles de exclusión y desigualdad. Para ello, además de la solidez de su jurisprudencia y el desarrollo de su sistema de peticiones individuales, el SIDH debe considerar su rol político, poniendo la mira en los patrones

estructurales que afectan el ejercicio efectivo de derechos por los sectores subordinados de la población. Para lograrlo deberá resguardar su función subsidiaria de los sistemas de protección nacionales, y procurar que sus principios y estándares se incorporen no sólo en la doctrina de los tribunales, sino en la orientación general de las leyes y las políticas de gobierno.
